

Arbetsbrist

Mats Glavå

Arbetsbrist

och kravet på saklig grund

En alternativrealistisk arbetsrättslig studie

Norstedts Juridik AB

Adress till förlaget:

Norstedts Juridik AB, Box 6472, 113 82 Stockholm

Fax 08-690 90 70, telefon 08-690 91 00

Beställningar:

Norstedts Juridik AB, Kundservice, Box 6545, 113 82 Stockholm

Fax 08-690 90 30, telefon 08-690 96 96, växel 08-690 91 00

e-post: kundservice.njab@liber.see

Arbetsbrist – och kravet på saklig grund. En alternativrealistisk arbetsrättslig studie

Mats Glavå

Upplaga 1:1

ISBN 91-39-00509-7

© 1999 författaren och Norstedts Juridik AB

Tryck: Norstedts Tryckeri, Stockholm 1999

Att mångfaldiga innehållet i denna bok, helt eller delvis, utan medgivande av Norstedts Juridik AB, är förbjudet enligt lagen (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk. Förbudet gäller varje form av mångfaldigande, såsom tryckning, kopiering, bandinspelning etc.

Förord

Under en stor del av åttiotalet hade jag och min (blivande) handledare Dennis Töllborg gemensamt hand om vår institutions arbetsrättskurser. I kraft av ålder och formell position tog Dennis hand om de roligaste och i vart fall mest publikfriande delarna av ämnet; det vi kallar begränsningar i antagnings- och uppsägningsrätten. Självt fick jag hålla tillgodo med arbetsrättens kollektiva delar. När jag i början av nittiotalet, på grund av ändrade tjänsteförhållanden för Dennis, övertog hela ansvaret för arbetsrättskurserna fick jag anledning att närmare fördjupa mig i de delar Dennis tidigare haft hand om. Det var då jag kom att börja reflektera kring de frågor som nu resulterat i föreliggande arbete. Jag kände redan tidigt en intuitiv otillfredsställelse – om än jag inte ifrågasatte att det utgjorde ”gällande rätt” – med att presentera uppsägningsproblematiken genom att inledningsvis definiera de två huvudtyperna av uppsägningsgrunder – arbetsbrist och personliga förhållanden – för att därefter slå fast att arbetsbrist är saklig grund för uppsägning. Min uppfattning om det märkliga i rådande rättsförhållanden förstärktes av de erfarenheter jag gjorde i min praktiska gärning vid denna tid. Jag fick också klart för mig att rättsläget i hög grad bidrog till ”trixandet med arbetsbrist”, som praktikerna inom arbetsrätten brukar uttrycka det. Jag insåg att här fanns en angelägen forskningsuppgift och samtidigt ett potentiellt avhandlingsämne. Dennis ”köpte” genast mina idéer när jag presenterade dem för honom. Allt sedan han en tid därefter blev min handledare har han fortsatt att stötta mig, inte minst genom att ständigt göra mig påmind om att jag inte bara satt mitt eget utan framför allt hans huvud i pant.

Under några års tid ägnade jag den tid som blev över efter undervisning, administration (studierektor), institutionskollegialism, familjebestyr, föräldrakooperativengagemang, sommarhusrenovering etc till att samla material och utveckla mina tankar kring ämnet och hade en ganska god grund att stå på när jag våren 1995 kom till insikt om att jag stod i tur för en doktorandtjänst. Jag förstod att det var nu eller aldrig. (Jag hade redan vid åttiotalets mitt lagt ett avhandlingsprojekt på hyllan för att tillgodose institutionens skriande behov av lärarinsatser.) Genom att skriva vid sidan av lärar- och studierektorsjobbet kunde jag hålla omgivningens förväntningar nere. Om jag sökte och fick en doktorandtjänst förstod jag att det inte fanns någon återvändo. När jag fick besked om att jag erhållit en doktorandtjänst försökte jag komma undan genom att ställa krav på villkor som förvisso påtagligt understeg min dåvarande lön men klart översteg det

normala för en doktorandtjänst. Det misslyckades. Jag fick de villkor jag begärde.

Det långa umgänget med Dennis har avsatt spår i min syn på vetenskapens uppgift. Vetenskapens yttersta mål och därmed forskarens ambition måste vara en strävan att göra världen bättre och det patos som präglat Dennis egen forskning har smittat av sig. Alltsedan åttiotalets början är det också främst Dennis som genom sina kontakter givit mig och andra på (numera) Juridiska institutionen möjlighet att kontinuerligt träffa framstående och intressanta rättsvetare, vetenskapsteoretiker, idéhistoriker, sociologer etc såväl på seminarier och forskarkurser som på mer informell basis. Härigenom har det successivt vuxit fram en forskningsmiljö på institutionen som präglas av ämnesöverskridande generella teori- och metoddiskussioner och där det är påtagligt högt i tak.

I denna miljö är det utöver Dennis särskilt en person jag vill framhålla. De närmast dagliga diskussionerna med Ulf Petrusson är ovärderliga, om än diskussionerna inte gjort forskningsuppgiften enklare (vilket var och en som tar del av Ulfs egen avhandling snart förstår). De grundläggande rättsteoretiska utgångspunkterna för våra respektive avhandlingar har vuxit fram i dessa diskussioner. Mot bakgrund av bådas våra ställningstaganden för en realistisk syn på rätten är det också en händelse som ser ut som en tanke att vi lägger fram våra respektive arbeten samtidigt som det hålls symposier till minnet av hundraårsdagen av Alf Ross födelse.

I sammanhanget vill jag också lyfta fram Håkan Gustafsson, som sedan sin ankomst till institutionen för några år sedan försett mig med åtskilliga synpunkter och tillhandahållit begrepp och förklaringsmodeller som i hög grad utvecklat min egen förståelse och därmed förhoppningsvis bidragit till att förtydliga mina teser.

I den kollektiva och kommunikativa process som all forskning utgör är det naturligtvis många som deltar. Bland övriga kollegor som nedlagt stor möda på att förse mig med konstruktiva synpunkter på mitt manus vill jag framhålla Per Cramér, Susanne Fransson, Claes Martinson och Robert Pålsson. Bland personer utanför institutionen vill jag särskilt tacka Reinhold Fahlbeck och Gustav Svensson för värdefulla synpunkter som bidragit till att klargöra mitt budskap.

Avhandlingsskrivandet har möjliggjorts genom att jag under tre år haft förmånen att inneha en doktorandtjänst. Nu efteråt inser jag vilket sällsynt privilegium det är att under en så lång period få ägna huvuddelen av sin arbetstid åt forskning. De två första åren har finansierats genom reguljära fakultetsmedel och det sista året av Riksbankens jubileumsfond. Jag har erhållit tryckningsbidrag från Emil Heijnes stiftelse för rättsvetenskaplig forskning.

Med den engelska översättningen har jag fått hjälp av min bror Leif Glavå. Tack Leif, det sparade mycken tid.

Slutligen går mina tankar till Anki och våra tre grabbar Gustaf, Hannes och Zacharias. Fysiskt närvarande har jag nog varit i stor utsträckning under hela denna tid. Däremot många gånger andligen frånvarande, försjunken i någon avhandlingsproblematik. Nu skall jag även andligen bli mer närvarande och skall inte släpa med mig *massor av* pärmar och böcker på semestern.

Käringberget i april 1999

Mats Glavå

Innehåll

1.	Inledning	19
1.1	Ämnet	19
1.2	Några metodologiska och teoretiska utgångspunkter och ställningstaganden	23
1.2.1	Inledning	23
1.2.2	Rättsdogmatikens dilemma	25
1.2.2.1	Rättsdogmatik och rättstillämpning	25
1.2.2.2	Rättsvetenskapliga kunskapsintressen	29
1.2.2.3	Något om den rättsliga argumentationens karaktär	31
1.2.2.4	Deskriptiva utsagors normerande funktion	45
1.2.3	Sammanfattande avstamp	50
1.3	Ett realistiskt alternativ	53
1.3.1	Rättsteoretiska bekännelser	53
1.3.2	Kritisk deskription...	54
1.3.2.1	Rätten som ett socialt maskineri. Det grundläggande sambandet mellan rätt och moral i realismen	54
1.3.2.2	Olika realistiska riktningar	58
1.3.2.3	Kritik mot realisternas metodologiska program	60
1.3.2.4	Föreställningar och beteenden - idésystem och handlingssystem	64
1.3.2.5	Idésystemets olika nivåer	66
1.3.2.6	Metodologiska implikationer - rättsvetenskapens uppgift	69
1.3.3.	...och alternativ normativitet	74
1.3.3.1	Utrymmet för och behovet av att förse rättsverksamheterna med normativt beslutsunderlag	74
1.3.3.2	Myten om realisternas inställning till en värderande vetenskap	78
1.3.3.3	Den alternativa jurisprudensen (AJ)	96
1.3.3.4	AJ och annan konstruktiv rättsvetenskap	98
1.3.3.5	Vikten av en öppen normativitet	104
1.3.3.6	Närmare om det Wilhelmssonska alternativet	105
1.3.3.7	AJ och rättssäkerheten	109
1.3.3.8	Rätten som möjlighet	113
1.3.3.9	Mikro- eller makrolegitimation? Kritik eller alternativ?	116
1.4	Uppgiften preciserad	120
1.4.1	Syften mm	120
1.4.2	Något om metod, källor och framställningsteknik	123
1.4.3	Den fortsatta framställningen	127

2.	Något om förhållandena före LAS	131
2.1	Inledning	131
2.2	Kollektivavtalsreglering av anställningsskyddet	136
2.2.1	Inledning	136
2.2.2	Decemberkompromissen	138
2.2.3	Exempel på kollektivavtalsreglering utanför LO/SAF-området fram till Saltsjöbadsavtalet	140
2.2.3.1	Inledning	140
2.2.3.2	Materiella begränsningar i uppsägningsrätten	142
2.2.3.2.1	Generellt uttryckta begränsningar	142
2.2.3.2.2	Preciseringar av när uppsägning får ske	142
2.2.3.2.3	Precisering av när uppsägning inte får ske	144
2.2.3.2.4	Andra former av materiella begränsningar	144
2.2.3.3	Turordnings- och företrädesrättsregler	147
2.2.3.4	Förfarande- och inflytanderegler mm	155
2.2.4	Saltsjöbadsavtalet 1938	157
	Företagsnämndsavtalet och ändringarna i Saltsjöbadsavtalet 1946-47	162
2.2.5	Exempel på kollektivavtalsreglering utanför SAF/LO-området under perioden mellan Saltsjöbadsavtalet och apriluppgörelsen	163
2.2.5.1	Inledning	163
2.2.5.2	Materiella begränsningar i uppsägningsrätten	165
2.2.5.2.1	Generellt uttryckta begränsningar	165
2.2.5.2.2	Preciseringar av när uppsägning får ske	166
2.2.5.2.3	Precisering av när uppsägning inte får ske	168
2.2.5.2.4	Andra former av materiella begränsningar	169
2.2.5.3	Turordnings- och företrädesrättsregler	171
2.2.5.4	Förfarande- och inflytanderegler mm	177
2.2.6	Apriluppgörelsen 1964	179
2.3.	Arbetsdomstolen och den fria uppsägningsrätten	182
2.3.1	Inledning	182
2.3.2	Den fria uppsägningsrätten i AD:s praxis	183
2.3.2.1	Tiden före AD 1932:100	183
2.3.2.2	AD 1932:100	184
2.3.2.3	Principen förstärks; AD 1933:159	187
2.3.2.4	Principen testas; turordning och sjukdom	189
2.3.2.5	Första uppsägningen i strid med lag och goda seder	189
2.3.2.6	Principen utvecklade; AD 1936:121	190
2.3.2.7	Rättsgrundsatsernas gränser stakas ut	191
2.3.2.8	Tidigt sextotal; synsättet består	193
2.3.2.9	Sju år före LAS; principen alltjämt gällande	194
2.3.2.10	LAS tillåts påverka	196
2.3.3	Påstådda begränsningar i uppsägningsrätten med	

	hänvisning till avtalets bestämmelser i övrigt	197
2.3.3.1	Inledning	197
2.3.3.2	Begränsningar med hänvisning till avtalsbestämmelser om olika arbetstagar kategorier mm	198
2.3.3.3	Påstådda begränsningar med hänvisning till lönesystem mm	200
2.3.3.4	Bestämmelser om sjukdom och sjuklön	203
2.4	Punktbegränsningars betydelse för den i övrigt fria uppsägningsrätten	206
2.4.1	Inledning	206
2.4.2	Förbud mot föreningsrättskränkande uppsägningar (Bevisbördan i föreningsrättsmål)	208
2.4.2.1	Inledning	208
2.4.2.2	De första antydningarna	209
2.4.2.3	Första steget; bevisbördan fördelas	211
2.4.2.4	Andra steget; beviskravet lättas	213
2.4.2.5	Bevisbörderegeln motiveras och befästs; AD 1937:57	216
2.4.2.6	Några avslutande kommentarer kring bevisbördan i föreningsrättsmål	217
2.4.3	Turordningsregler vid uppsägning p g a arbetsbrist	218
2.4.3.1	Inledning	218
2.4.3.2	Inledande restriktivitet	220
2.4.3.3	Arbetsagarledamöterna mjuknar	222
2.4.3.4	Domstolens majoritet får upp ögonen...	224
2.4.3.5	...svänger ett halvt varv...	225
2.4.3.6	...och tar steget fullt ut	226
2.4.3.7	Principen preciseras	229
2.4.4	Förbud mot uppsägning med anledning av värnpliktstjänstgöring (vpl-lagen)	231
2.4.5	Förbud mot uppsägning av skyddsombud	234
2.4.6	Återanställningsrätt för vissa arbetstagare; äldrelagen	235
2.5.	'Arbetsbrist' i rättstillämpningen före LAS	240
2.5.1	Inledning	240
2.5.2	Arbetsbrist som rekvisit i klausuler om iakttagande av turordningsregler etc	242
2.5.3	Arbetsbrist som precisering av när uppsägning får ske	246
2.5.4	Arbetsbrist och krav på objektiva godtagbara skäl	253
2.5.5	Arbetsbrist och motbevisning i föreningsrättsmål	255
2.5.6	Övriga fall	260
2.6	Sammanfattande kommentarer	262
3.	Arbetsbrist och kravet på saklig grund	265
3.1.	Inledning	265
3.1.1	Uppgiften	265

3.1.2	Olika synsätt – approximativa bestämmingar	266
3.1.3	Något om arbetsmetod och framställning	267
3.1.4	Urvalet av källor	270
3.1.5	Den fortsatta framställningen	271
3.2	Arbetsbristermen - och begreppen	272
3.2.1	Inledning	272
3.2.2	Termer och begrepp	272
3.2.3	Motsatser och dikotomier	274
3.2.4	Juridiskt språk och vardagsspråk	276
3.2.5	Rättsfaktum och rekvisit	277
3.2.6	Arbetsbristbegreppen	279
3.3.	7 § LAS och s k arbetsbristuppsägningar - ett distinkt avstamp	286
3.3.1	Inledning	286
3.3.2	Är 7 § LAS tillämplig på s k arbetsbristuppsägningar?	287
3.3.3	Spelar det någon roll om regeln är tillämplig eller inte?	289
3.3.4	Påbjuder 7 § eller dess motiv en normativt relevant tudelning mellan 'arbetsbrist' och 'personliga förhållanden'?	291
3.3.4.1	Inledning	291
3.3.4.2	Rekvisit? Månadsregelns betydelse i sammanhanget	291
3.3.4.3	Varför inte rekvisit?	298
3.3.4.4	Betydelsen i sammanhanget av andra bestämmelser i lagen vari 'arbetsbrist' och 'personliga förhållanden' utgör rekvisit	301
3.3.5	Ger 7 § eller dess motiv stöd för ett schabloniserat synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund?	303
3.3.5.1	Motivens deskriptiva inslag	303
3.3.5.2	Normativa ställningstaganden till frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund	308
3.3.6	Något om arbetsbristermen i motiven	315
3.3.7	Några avslutande reflektioner och preciseringar inför fortsättningen	316
3.4	Kritiken framställd	319
3.4.1	Tidig praxispåverkad litteratur	319
	Lunning Anställningsskydd	319
	Schmidt, Arbetsrätt II	322
	Lunning, andra upplagan	325
3.4.2	De första AD-målen	327
	Bevisbördan vid fingerad arbetsbrist	327
	AD 1976:26 Kolmårdenfallet	327

	Substantiella krav på saklig grund i arbetsbristmål	332
	AD 1976:28, Revisorsassistenten Laszlo	332
	AD 1976:49 Hushållslärarna vid särskolan i Umeå	334
	AD 1976:111 Syokonsulenten i Överkalix	336
	AD 1976:128	339
3.4.3	Arbetsbristbegreppet styr argumentationen	341
	Arbetsbristbegreppet börjar påverka argumentationen	341
	AD 1977:64 Civilingenjören Öhrner	341
	..men alltjämt substansiella krav på saklighet	345
	AD 1977:80 Mattförsäljare Björklund på Myntgatan	345
	Lunning, tredje upplagan 1977	347
	Inställningen skärps men man släpper inte saklighets- prövningen	348
	AD 1977:215 Tjänstemännen på Brottbymekaniska	348
	'Arbetsbrist' ett tydligt rekvisit	353
	AD 1978:57 Kärnkraftsmålet	353
3.4.4	Föreställningen om en normativt relevant tudelning etableras i litteraturen	357
	Fahlbeck, Praktisk arbetsrätt 1978	357
	Bo Bylund i omregleringsdebatten, Lag & Avtal nr 4 1979	361
	Lunning, fjärde upplagan 1979	365
3.4.5	Saklig grund-prövningen schabloniseras	368
	AD 1978:110 Vansbrofallet	369
	AD 1980:54 En företrädesrättsparentes	372
	AD 1980:133 Samuelsson vs S Wahlström AB	374
	AD 1981:146 Skådespelarna på Malmö stadsteater	379
	AD 1982:57 Huvudlärartjänsterna	383
	AD 1982:60 Kutzner vs Firestone	385
3.4.6	1982 års lag	387
	Departementspromemorian	388
	Propositionen	390
	Utskottsbetänkandet	390
	Lunning, 1982	391
3.4.7	En parentetisk äkta saklig grund-prövning..	392
	AD 1982:107 Skattemyndigheten i Skellefteå	392
3.4.8	..men sedan skärps tonen	394
	Klara besked	395
	AD 1983:42 Lärarna vid S:t Eriks folkhögskola	395
	Läarmålen	398
	AD 1983:127 Läarmål 1; Övik	398
	AD 1984:19 Läarmål 2, Luleå	406
	AD 1984:26 Läarmål 3; Göteborg	410
	Oavgjort när arbetsgivarens bedömningar är otillfreds-	

	ställande	416
	AD 1985:79 Fastighetsskötaren Bekamp	416
	AD 1986:55	420
3.4.9	Det kontradiktoriska arbetsbristbegreppet slår rot i arbetsdomstolens praxis	421
	Föreställningen om en normativt relevant tudelning anammas av arbetsdomstolen....	422
	AD 1986:60 Vpl-anställningen	
	...och används som normativ utgångspunkt.	427
	AD 1987:34 Pensionären Stenström på Sheraton	427
3.4.10	Det schabloniserade synsättet ges stabilare normativ grund och skärps ytterligare	433
	AD 1993:101 Skattemyndigheten i Västmanland	435
3.4.11	Föreställningen om en normativt relevant tudelning utvecklas till en metod	446
	Omregleringsproblematiken får sin lösning	446
	AD 1993:61 Thorn och bilförmånerna	446
	Dikotomin som metodiskt redskap förfinas...	456
	AD 1994:122 Lokkinen och lönesänkningen	456
	...och saklig grund blir en fråga om ord	467
	1995:40 Organisten Åberg och lönesänkningen	467
3.4.12	...och lagstiftaren spelar med	471
	"Återställarproppen"	471
	Uppsägningsförbudet i nya tredje stycket	472
3.5.	Kritiken sammanfattad och preciserad	477
3.5.1	Inledning	477
3.5.2	Sammanfattning och statistik	477
3.5.3	Synsätten preciserade	480
3.5.4	Det schabloniserade synsättets uttryck och konsekvenser	484
	Inledning	484
	Det sätt varpå arbetstagarsidans talan uppfattas	485
	Icke-personligt "godtycke" tolereras	485
	Domstolens syn på sitt mandat/sin uppgift	487
	Rädsla för att angripa företagsledningsbeslut och oförmåga att beakta heterogeniteten i de verksamhetsrelaterade uppsägningarna	488
	Kompensatorisk och disharmonisk tillämpning av anknytande regler	488
	Oförmåga att beakta rättsliga förändringar och särdrag	489
3.5.5	Det formalistiska synsättet avfärdat	491
	Utgångspunkten	491
	Sammanblandningen	492
	Synsättet avfärdas	493

	Varför olämpligt	497
	Avrundning	498
4.	Anställningsskydd och företagsledningsrätt	501
4.1	Inledning	501
4.2	Anställningsskyddets struktur och skyddsreglernas begränsning	502
4.2.1	Inledning	502
4.2.2	Anställningsskyddets struktur	502
4.2.3	Skyddsreglerna och ett schabloniserat synsätt	508
4.2.4.	Skyddsreglernas begränsning	512
4.2.4.1	Turordningskretsarna	512
	Kollektivavtalsområden	516
	Bolagisering och bolagskonstruktioner	517
	Avslutning	519
4.2.4.2	Tillräckliga kvalifikationer	519
4.2.4.2.1	Utvecklingen har gjort turordningsreglerna arbetsgivarvänligare	519
	Omplaceringsbegreppet mm	521
4.2.4.2.2	Tillräckliga kvalifikationer och personliga förhållanden	524
	AD 1995:2 Fordonslärare J	527
4.2.4.2.3	Några ytterligare aspekter på begreppet tillräckliga kvalifikationer	537
4.2.4.3	Kvalifikationstid för företrädesrätt till återanställning	539
4.2.4.4	Den tid varunder företrädesrätten gäller	546
4.2.4.5	Nyanställningsbegreppet i 25 § och utrymmet för legala kringgåenden	548
4.2.4.5.1	Nyanställning	548
4.2.4.5.2	Nyanställning	549
4.2.4.5.3	Nyanställning	555
	Avregleringen av arbetsförmedlingsmonopolet	560
4.2.4.5.4	Några ytterligare synpunkter på företrädesrättens begränsningar som skyddsregel	563
4.2.4.6	Dispositiviteten	567
4.2.5	Avslutning	574
4.3	Företagsledningsrätten	576
4.3.1	Inledning	576
4.3.2	Undersökningsföremålet	577
4.3.3	Den rättsliga kontexten	580
4.3.3.1	Inledning	580
4.3.3.2	Företagsledningsrätten som ratio	581
4.3.3.3	Företagsledningsrätten som rättssystematisk utgångspunkt	586

4.3.3.4	Konklusion av rättslig kontext	589
4.3.4	Arbetsgivarprerogativ eller marknadsekonomisk frihet?	591
4.3.4.1	Inledning	591
4.3.4.2	Arbetsgivarifieringen	591
4.3.4.3	Företagets egenskaper eller roller	593
4.3.4.4	Arbetsgivarprerogativ?	594
4.3.4.5	Företagsledningsrätten och (de övriga) arbetsgivarprerogativen	597
	Huvudregel eller rättssystematisk utgångspunkt	602
4.3.4.6	Reflektioner kring företagsledningsrättens normativa kärna	603
4.3.4.7	Frihet, rättighet och intresse	609
4.3.5	Ytterligare om konsekvenserna av att betrakta företagsledningsrätten som ett arbetsgivarprerogativ	612
4.3.5.1	Olika stadier	612
4.3.5.2	Företagsledningsrättens materiella innehåll	613
4.3.5.3	Transformationen	615
4.3.6	Avslutning	616
4.4	Regleringsfunktion, normtyp och argumentationsmodell	620
4.4.1	Teorier om rättens utveckling - mot en reflexiv rätt	620
4.4.2	Normtyp och argumentationsmodell	625
4.4.3	Regleringsfunktion och regleringsform	627
	Flexibilitet i konditionala program eller avvägningsnormer?	628
	Betydelsen av förutsebarhet	631
4.4.4	Saklig grundregelns karaktär	634
4.4.5	Anställningsskyddsrättsliga interventionsformer	643
4.4.6	Avslutning	645
4.5	Heterogeniteten i de verksamhetsrelaterade uppsägningsgrunderna	648
4.5.1	Temat	648
4.5.2	De verksamhetsrelaterade uppsägningarnas struktur och begreppet uppsägningsgrund	649
4.5.3	Ett systematiseringsförsök	653
4.5.3.1	Inledning	653
4.5.3.2	Bakgrunder	653
4.5.3.3	Beslut som leder till uppsägningar	656
4.5.3.4	Genomförande	656
4.5.3.5	Personliga förhållanden och verksamhetsrelaterade uppsägningar	657
4.5.4	Kort om rättsreglerna i beslutsprocessen	659
4.5.5	Diskussion och normativa slutsatser	660

	Betydelsen av olika bakgrunder	660
	Förhållandet beslut/genomförande	664
5.	Avslutning	667
5.1	Avslutande reflektioner	667
5.2	Summary	681
	Källförteckning	689

1. Inledning

”Rättsordningen är i det hela intet annat än ett socialt maskineri, i vilket kuggarna utgöres av människor.”¹

1.1 Ämnet

Under senare år har ett flertal företagsledningsbeslut som innefattat driftsinskränkningar, verksamhetsnedläggningar eller motsvarande med åtföljande uppsägningar eller förslag därom väckt stor massmedial uppmärksamhet. Här kan nämnas Volvo Aero i Arboga, Ericsson i Norrköping, Lear Corporation i Bengtsfors, Stadsteatern i Göteborg, Electrolux i Alingsås, Kronägg i Varberg och Volvos och Ericssons besked om varsel av tusentals anställda kring årsskiftet 1998/99. I några av fallen är det de regionalpolitiska effekterna som stått i förgrunden men det de i övrigt har gemensamt är att tillvägagångssättet, de bakomliggande motiven eller omständigheterna i övrigt gjort att åtgärderna ifrågasatts från närmast etiska utgångspunkter. Typiskt för dessa och andra motsvarande fall är att det mycket sällan förekommer att åtgärderna ifrågasätts utifrån ett rättsligt perspektiv.²

De anförda exemplen är måhända inte representativa och står kanske heller inte för något nytt. Men den bild de förmedlar i kombination med den uppmärksamhet de väckt är att de normer som påverkar företagets beteenden är stadda i förändring.³ Förklaringarna härtill kan vara många. Globaliseringen av marknaden och det hårdnande konkurrens klimatet läm-

¹ Hägerström En straffrättslig principundersökning SvJT 1939 s 214 (se också i Socialfilosofiska uppsatser s 185).

² I en diskussion i debattprogrammet Speciellt i Sveriges Television den 31 januari 1999 diskuterades det oansvariga i Erikssons beteende att för två år sedan lova att det inte skulle bli ytterligare neddragningar i Norrköping för att sedan avisera att hela verksamheten kunde komma att läggas ned. När Metallordföranden Göran Johnsson framhöll att företaget måste ta sitt ansvar var någon i panelens reaktion, men vad är sanktionen? Frågan uppfattades närmast retoriskt. Ingen förefaller komma på tanken att använda det rättsliga instrument som står till förfogande i den mån sådana beslut föranleder uppsägningar; kravet på saklig grund i LAS.

³ Jfr Brytting Om uppsägningens etik 1996 s 36.

nar mindre utrymme för hänsynstagande till sociala och humana konsekvenser av förändringsbeslut och företagen sköts i enlighet härmed i allt större utsträckning av professionella förvaltare utan känsla för vare sig företaget, personalen eller bygden där verksamheten bedrivs. Mitt intryck är således att de övergripande strukturella ekonomiska normerna⁴ i allt större utsträckning tränger undan sociokulturellt betingade hänsynstaganden. Sådana inom det ekonomiska fältet självgenererade normer uppväger inte längre den likgiltighet rätten visat inför verksamhetsrelaterade uppsägningar. Det är t o m så att rättsens likgiltighet tilltagit i takt med att dessa självgenererade normer minskat i betydelse.

I AD 1995:40 hade en arbetstagarare sagts upp sedan hon vägrat acceptera en propå från arbetsgivaren om en sänkning av lönen. Såsom frågan framställdes rörde tvisten huruvida uppsägningen skulle anses ha varit föranledd av arbetsbrist eller personliga förhållanden. Oenighet rådde emellertid inte om de faktiska förhållandena utan om hur uppsägningsgrunden i någon juridisk/teknisk mening skulle klassificeras. I målet medgav arbetsgivaren att saklig grund inte förelåg för den händelse domstolen skulle finna uppsägningen – i juridisk/teknisk mening – vara föranledd av personliga förhållanden. Arbetsgivarens, av arbetsdomstolen uppbackade bör framhållas, ståndpunkt i frågan om saklig grund var följaktligen avhängig av vilken beteckning som skulle åsättas de (i allt väsentligt) otvistiga faktiska förhållandena.

Under senare år har vid flera tillfällen förekommit mål i arbetsdomstolen vari den huvudsakliga tvistefrågan vid tillämpningen av regeln i 7 § LAS om saklig grund varit huruvida en uppsägning i någon juridisk/teknisk mening skall betraktas som en uppsägning på grund av arbetsbrist eller personliga förhållanden. Erfarenheten visar också att detta präglar arbetsgivarens hantering av uppsägningsfrågor. Man kan finna de mest märkliga konstruktioner under beteckningen arbetsbrist just p g a att arbetsgivarens position enligt rådande föreställningar är väsentligt mer fördelaktig då han väljer att beteckna en uppsägningsgrund ”arbetsbrist”. Majoriteten av dessa fall blir aldrig föremål för domstolsprövning och detta är säkerligen en viktig förklaring till att myten om arbetsbristuppsägningar och kravet på saklig grund uppkommit och kunnat leva vidare.

Det ovan refererade målet speglar slutfasen i en utveckling mot ett allt mer formalistiskt förhållningssätt till frågan om saklig grund vid s k arbetsbristuppsägningar. Efterhand har vi således hamnat i en situation där

⁴ Se om terminologin Hydén Rätten i förvandling - en strukturell teori om normer och regler 1993 och Edström MBL och utvecklingsavtalet 1994 s 58.

frågan om en uppsägnings saklighet uppfattas som en fråga om vilken beteckning som skall åsättas otvistiga sakförhållanden. Nu är det dock inte generellt så problematiken hanterats och argumentationen är i viss mån styrd av de aktuella faktiska förhållandena. Men även i de fall ställningstaganden inte baseras på rent juridiskt/tekniska bestämmningar är förhållnings-sättet till arbetsbristuppsägningar påtagligt schabloniserat. I den mån en arbetsgivare fattat ett företagsledningsbeslut som innefattar att vissa tjänster skall dras in innebär det också att saklig grund för uppsägning ”i och för sig” föreligger. Det utrymme som därvid finns för ogiltigförklaring består i att antingen påvisa att det verkliga skälet till beslutet/uppsägningen var personliga förhållanden eller att arbetsgivaren inte fullgjort sin omplaceringsskyldighet. Efterhand har arbetsdomstolen kommit att styras av föreställningen om att i den mån en uppsägning kan subsumeras under begreppet arbetsbrist – definierat på det ena eller andra sättet – då är frågan om utrymmet för saklighetsprövningar avgjord.

Såvitt jag kunnat finna har ingen egentlig kritik riktats mot de senaste årens AD-mål utifrån de utgångspunkter som här är aktuella.⁵ Det tycks nämligen föreligga relativ samstämmighet mellan arbetsmarknadens aktörer, arbetsdomstolen och åtskilliga arbetsrättsliga författare om att i den mån en arbetsgivare lyckas få en uppsägningsgrund betecknad ”arbetsbrist” det också i princip är saklig grund för uppsägning, utan att någon i det enskilda fallet närmare prövning av sakligheten eller avvägning av parternas motstående intressen behöver komma till stånd. Detta förklarar också att rättsliga argument är ovanliga i samband med diskussioner om förfaranden av det slag som inledningsvis refererades.

Att den successiva utvecklingen mot ett schabloniserat synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund inte mött några politiska reaktioner kan förklaras av att det döljs under motiveringen att arbetsbrist är saklig grund för uppsägning. Denna term förefaller emellertid ha en helt annan betydelse för juristerna jämfört med såväl det politiska etablissemanget som allmänheten. För de sistnämnda betyder det brist på arbete och att ett företag inte kan tvingas ha anställda kvar när det saknas arbetsuppgifter kan de flesta ställa upp på. Såsom regeln kommit att tillämpas är det emellertid åtskilligt som inte utgör arbetsbrist i denna vardagsspråkliga betydelse som genom att subsumeras under begreppet arbetsbrist - som efterhand kommit att uppfattas som ett *rekvisit* - anses utgöra saklig grund. Genom att de rent juridiskt/tekniska arbetsbristsituationerna justifieras med att arbetsbrist är saklig grund, varvid signalen för andra än jurister är just

⁵ Se dock Fahlbeck Employment Protection Legislation...1984 s 307.

arbetsbrist i verklig mening, när rättstillämpningens reella implikationer inte ut till allmänhetens eller politikens sfärer. Att förhållandet heller inte lyfts fram av de fackliga organisationerna kan sannolikt förklaras av att flertalet företag inte utnyttjar de möjligheter som etablerade rättsföreställningar ger dem och att de därför kopplar ihop rättsnormer med de normer som de facto styr många företags hantering av arbetsbristsituationer.⁶

Syftet, som närmare kommer att preciseras under avsnitt 1.4 nedan, med föreliggande arbete är att kritiskt framställa utvecklingen mot en allt mer schabloniserad bedömning av s k arbetsbristuppsägningars saklighet och att från olika utgångspunkter påvisa de inkonsekvenser det ger upphov till och de föreställningar varpå det bygger. För att återknyta till de inledande raderna om att verksamhetsrelaterade uppsägningar inte ifrågasätts rättsligt skulle arbetet kunna sägas gå ut på att försöka förklara varför så inte sker men samtidigt visa att det är fullt möjligt.

⁶ I ett nyhetsinslag i mars 1997 presenterades den danska arbetsrätten som p g a frånvaron av reglering sades innebära att företag kunde och faktiskt också konjunkturanpassade arbetsstyrkans storlek. Ombedd att kommentera det hela uttalade LO:s ordförande Bertil Jonsson att man i Sverige aldrig skulle kunna acceptera en sådan modell. Det intressanta är då att den i sammanhanget relevanta *rättsnormen* knappast utgör något hinder häremot. Men i och med att en arbetstagarorganisationsföreträdare är så starkt påverkad av andra normer som styr de ekonomiska aktörerna så uppdragas inte denna diskrepans.

1.2 Några metodologiska och teoretiska utgångspunkter och ställningstaganden

1.2.1 Inledning

Peter Westberg utvecklar i en artikel med titeln ”Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats” skillnaderna mellan ”två olika sätt att tänka vid valet av det rättsvetenskapliga arbetets utgångspunkter”. Det ena kallar han ”*den regelorienterade ansatsen* (just för att den tar sin utgångspunkt i rättsregler som forskningsföremål), och den andra för *den problem- och intresseorienterade ansatsen* (som inte har sin utgångspunkt i rättsregler som forskningsföremål).⁷ Det är inte att ta miste på att det är den senare av de båda ansatserna Westberg förespråkar,⁸ vilket också tydligt framgår av den övergripande karaktäristiken av dem som *slutna* respektive *öppna* i sina betraktelsesätt.⁹ ”Med den regelorienterade ansatsen kommer doktorandens huvuduppgift nästan alltid att bli att berätta *hur* 'gällande rätt' ser ut på området, *inte varför* den ser ut som den gör”.¹⁰

Den normala utgångspunkten för ett rättsdogmatiskt arbete är att rättsläget är oklart och detta oavsett om det rör sig om ett regel- eller problemorienterat perspektiv.¹¹ Om en deskriptiv handboksframställning ger en klar bild av gällande rätt på ett visst område torde detta verka avhållande på rättsvetares intresse för att ge sig i kast med området. Trots att föremålet för min studie (i vart fall på ytplanet) är ett konkret lagstadgande kan jag inte utan vidare placera in mitt val av forskningsansats i den ena eller andra kategorin. Uppenbarligen hör jag emellertid inte till den förstnämnda eftersom jag känner ett behov av att utveckla några teoretiska och metodologiska frågor innan jag tar itu med den egentliga behandlingen av ämnet. Enligt Westberg är nämligen regelorienterade avhandlingsämnens metod- och teoriavsnitt vanligen tämligen innehållslösa vilket han förklarar med att dess ”skepticism mot gränsöverskridande grepp på avhandlingsföremålet...medför att *liten möda läggs på presentationen av ämnet och undersökningen i bokens inledning*. Huvudproblemet är givet, nämligen att

⁷ Westberg Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats 1992 s 423.

⁸ Även om han framhåller Robert Bomans regelorienterade avhandling ”Om åberopande och åberopsbörda från 1964 som ”en av de bästa rättsvetenskapliga avhandlingar som jag har läst”. Westberg Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats 1992 s 424.

⁹ Westberg Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats 1992 s 423.

¹⁰ Westberg Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats 1992 s 430.

¹¹ Om än det i det senare fallet kan vara en poäng att just sammanföra olika regleringar som kan hänföras till ett funktionellt bestämt område.

utröna innebörden i en viss regel, och den frågan kräver normalt inte många ord att klargöra på ett begripligt sätt”.¹² Ett av skälen till att jag finner det påkallat att något utveckla mina teoretiska och metodologiska influenser, vid sidan av att jag generellt menar detta borde vara regel,¹³ är att själva utgångspunkten för arbetet är att rättsläget på det område jag tar mig an med ett normativistiskt synsätt på frågan om gällande rätt är i det närmaste entydigt.

Det är mitt ämnesval som styr vilka metodologiska och teoretiska aspekter som jag känner behov av att anlägga.¹⁴ Problemet styr metoden.¹⁵ Detta är förvisso en stark förenkling. Valet av ämne eller problem sker inte i ett vakuum och det finns skäl att anta att principiella ställningstaganden till eller föreställningar om teori- och metodfrågor i sig styr vårt ämnesval och det sätt varpå vi angriper frågeställningar, om än det inte alltid medvetet sker i form av metodtillämpning.¹⁶

”Metoden är sättet att lösa ett problem”, har det sagts.¹⁷ Det har också sagts att ”metoden är ett hjälpmedel, inte mer”.¹⁸ Eftersom de problem jag avser att lösa är olika växlar också metoderna. Mer konkreta metodfrågor diskuteras i anslutning till de olika delavsnitten och så även problemspecifika teoretiska utgångspunkter. Jag ämnar dock i fortsättningen av denna avdelning (1.2-1.4) säga några ord om min syn på rättsvetenskapen, rättsdogmatiken och mer allmänt komma in på karaktären av den argumentation jag för i det fortsatta arbetet. Avsnittet får härigenom både en metodologisk och teoretisk karaktär och kan också sägas innefatta en kontextuell inplacering av mig själv i den rättsvetenskapliga forskningsmiljön.

¹² Westberg Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats 1992 s 429. Jfr Sandgren Om empiri och rättsvetenskap II 1995/96 s 1035.

¹³ Jfr redan Åke Malmström i SvJT 1942.

¹⁴ Jfr Töllborg Personalkontroll 1986 s 25, där han beskriver hur han hamnade i ideologikritiken. Jfr även Christensens utläggning i Ideologikritik contra dogmatik 1982.

¹⁵ Jfr bl a Töllborg Personalkontroll 1986 s 29, Hellner Syften och uppgifter för rättsvetenskaplig forskning 1969 s 223, Sandgren Om empiri och rättsvetenskap II 1995/96 s 1036, Hydén Faktorer av betydelse för val av metod 1992 och Torbjörn Andersson Rättsskyddsprincipen 1997 s 31.

¹⁶ Det skulle därför kunna sägas vara så att gränsdragningen mellan olika kunskaps- eller vetenskapsområden just består i olika teori- och metodtraditioner vilka styr själva problemformuleringen.

¹⁷ Bl a av Håkan Andersson Skyddsändamål och adekvans 1993 s 17.

¹⁸ Sandgren Om empiri och rättsvetenskap II 1995/96 s 1044.

1.2.2 Rättsdogmatikens dilemma

1.2.2.1 Rättsdogmatik och rättstillämpning

Att det på det sätt Westberg beskriver saken är möjligt att skriva regelorienterade avhandlingar utan metodologiska eller teoretiska reflektioner kan enligt min uppfattning förklaras av obenägenheten att göra en åtskillnad mellan juridisk och rättsvetenskaplig metod.¹⁹ Den juridiska utbildningen innehåller inte någon metodologisk fördjupning och i kombination med att forskarutbildning endast förekommer i begränsad omfattning förklarar detta att den juridiska forskningen *kan* bestå av arbeten som endast till omfattningen avviker från de i allt väsentligt domarinriktade tillämpningsuppgifter och uppsatsarbeten som utförs inom grundutbildningens ram.²⁰ Det behöver således inte bero på en medveten skepticism utan helt enkelt på att rättsvetaren gör på det sätt han blivit lärd. I en karaktäristik av rättsvetenskapen framhöll Aubert 1965 att rättsvetenskapsmannen inte har ”någon speciell kompetens som han inte delar med sina mer praktiskt sinnade yrkesbröder” och fortsatte:

”Hans forskningsmetoder skiljer sig inte till arten från de praktiska yrkesutövarnas eller beslutsfattarnas metoder. Alla jurister kan kontrollera varandras arbete. Juristerna läser de rättslärdes verk och tillämpar deras slutsatser i praktiken. Implicit utövar de en stark påtryckning på rättsvetenskapsmännen att producera arbete som kan komma till omedelbar nytta.”²¹

Det förefaller troligt att frånvaron av en tydlig distinktion mellan juridisk och rättsvetenskaplig metod är betingad av föreställningar om rättsvetenskapens huvuduppgift. Under alla förhållanden förhåller det sig så att den likriktning av juridisk och rättsvetenskaplig metod som är resultatet av att betrakta det som rättsdogmatikens huvuduppgift att förse det praktiska rättslivet med normativt beslutsunderlag, understöds och har understötts av företrädare för rättsfilosofi eller allmän rättslära.

Redan på sjuttioalet²² framhöll Hellner att den ”*rättspositivism* som härskar i Sverige” var alltför influerad av den allmänna rättslärans syn på juridisk och rättsvetenskaplig metod, vilken, som jag förstår Hellner, innebär att denna jämställde rättstillämpning och rättsvetenskap i metodhänseende.²³

¹⁹ Jfr Ekelöf Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? 1951 s 17.

²⁰ Jfr Hellner Syften och uppgifter för rättsvetenskaplig forskning 1969 s 210f.

²¹ Aubert Det dolda samhället 1968 s 22. (Ursprungligen publicerad under titeln The Hidden Society 1965.)

²² Se i viss mån redan 1969 i Syften och uppgifter för rättsvetenskaplig forskning s 208.

²³ Jfr Ross Om ret og retfærdighed 1953 s 38.

”Dessa behandlar nämligen till helt övervägande del rättskällor, lagtolkningsmetoder och rättsfallsanalys som om däri även för rättsvetenskapen låge de huvudsakliga metodproblemen. Men detta är enligt min mening närmast till skada för rättsvetenskapen. Ju mer en rättsvetenskapsman beflitar sig om att begagna de metoder för användande av rättskällor som rekommenderas av företrädare för allmän rättslära, desto större är risken för att den rättsvetenskapliga forskningen blir en ledsam uppvisning i konsten att begagna lagtolkningsteknik och rättsfallsanalys på likgiltigt material.”²⁴

Det kunde tyckas självklart att man vid en diskussion om juridisk metod och teori gör en skarp åtskillnad mellan rättsvetenskapen och rättstillämpningen. Rimligen måste rättsvetenskapsmannen tillåtas vara friare än den praktiskt verksamme juristen.²⁵ Om emellertid rättsvetenskapsmannen ser som sin huvuduppgift att förse rättsverksamheterna med normativt beslutsunderlag - eller att utgöra ”smörjan i maskineriet”²⁶ - torde förutsättningarna härför påtagligt minska om ens argumentation ligger för långt från den gängse inom rättstillämpningen.²⁷ Strömholm vidareutvecklar detta och

²⁴ Hellner *Civilrättsforskningen och framtiden* 1975 s 395. Jfr även Hellner *Civilrättslig forskning* 1974 s 11ff m hänv.

²⁵ Se bl a Strömholm *Rätt, rättskällor och rättstillämpning* 1988 s 67 och Schmidt *Bundna och öppna argument i rättsvetenskapen* 1972 s 585.

²⁶ Som Kurt Grönfors vid upprepade seminarie- och andra tillfällen framfört som rättsdogmatikerns uppgift. Se Töllborg, som också deltagit i dessa, *Några reflektioner rörande relationen vetenskap/praktik inom juridiken* 1995/96 s 361. Att praktiker (och rättsvetare) kritiserar rättsdogmatiker som själva utger sig för att vara smörjan i maskineriet eller eljest anser dess uppgift vara att förse rättstillämpningen med normativt beslutsunderlag är en sak. (Jfr Lind *Högsta domstolen och frågan om doktrin och motiv som rättskälla* i JT 1996/97 och Samuelssons anmärkningar därtill i *Rättsekonomin*s uppkomst och inverkan på forskningen, SvJT 1997 s 552 not 79.) När man emellertid angriper annan rättsvetenskaplig forskning på dess onyttighet eller motsvarande (se Lambertz *Andra tankar om civilrättsforskningens arbetsuppgifter* i SvJT 1992 s 78-80, jfr Edlund *Lars Civilrättsforskningens uppgifter - replik från en praktiker*, SvJT 1992 s 418-20) är det närmast fråga om antiintellektualism. Jfr Töllborg i JT 1995/96 s 354 ff och Samuelsson här ovan a st. Se också Lehrberg *Rättsvetenskap i praktikens tjänst?* i SvJT 1991 s 753 ff, Kleineman *Till frågan om rättsvetenskapen som omedelbart verkande rättskälla* i JT 1994/95 s 621 ff (ssk s 623 not 7) och densamme i JT 1993/94 s 433.

²⁷ Vilket Strömholm också framhåller (om än i andra ordalag), *Rätt, rättskällor och rättstillämpning* 1988 s 67-68. Se härom också Peczenik/Schött *Juridisk konservatism* 1993 s 730-31: ”*Rättsdogmatisk* argumentation underkastas inga uttryckliga regler. Objektiviteten bestämmas där i stället av rättsvetenskapens höga rationalitetskrav samt av att rättsdogmatiken ytterst måste vara nyttig för beslutsfattaren. Att således bistå rättspraxis är den klassiska rättsvetenskapens slutmål. Förvisso kan detta mål vara fördolt för den enskilde rättsforskaren. Men hans bidrag måste hänga samman med annan juridisk litteratur, redan befintlig eller planerad; hela den rättsvetenskapliga verksamheten utgör ett 'lagarbete', som har ett sådant slutmål. Därmed gäller de olika kraven på beslutsfattandets objektivitet indirekt även rättsvetenskapen. Den som åsidosätter dessa krav underkastas vetenskapsgrenens interna

påvisar därvid än tydligare likheterna mellan rättsdogmatik och rättstillämpning:

”Rättsvetenskapsmannen står visserligen fri i sitt val av argument och i sin utformning av rekommendationer. Utsagor av sistnämnda slag måste emellertid antagas vara rekommendationer *till någon*, och inom den gällande rättens ram är denna 'någon' regelmässigt just rättstillämpningen. Det innebär emellertid att om rekommendationen innebär en lösning, som den rättstillämpande juristen inte kan acceptera på grund av sin bundenhet till gällande rättskälleregler, dogmatikerns rekommendation blir ett slag i luften. Man kan därför räkna med att rättsvetenskapsmannen i själva verket bemödar sig om att argumentera för sina lösningsförslag *som om* han vore underkastad domarens hanteringsregler och att han motiverar förslagen i termer, som låter sig inpassas i den förhärskande rättskällevärdet (varvid det naturligtvis står fritt för honom, *liksom för en domare*,²⁸ vilken argumenterar i en kollegial domstols överläggningar, att plädera för en viss metod, en viss variant inom den gällande, regelmässigt 'öppna' och flexibla rättskällevärdets ram). Inte heller den skillnad mellan rättsvetenskapsman och rättstillämpare som består däri att den senares formuleringar av äkta rättsutlåtanden utgör hans ställningstaganden, på olika stadier av det resonemang som för fram till avgörandet i målet, är i praktiken så radikal som det i förstone kan förefalla. Rättsvetenskapsmannen måste, med varierande grader av sannolikhet beroende på förhållandena, räkna med att hans rekommendationer kan komma att tjäna som underlag för - eller rentav direkt anammas i - rättstillämparens ställningstaganden. På det hela taget är det - så som rättsvetenskap bedrivs och fungerar i det rättssystem vi talar om: det moderna svenska - anledning konstatera, att rättsdogmatikerns arbete, försåvitt det avser den gällande rätten, oftast nära ansluter sig till rättstillämparens i fråga om metod och frågeställningar.”²⁹

Det är en sak att som Strömholm och andra³⁰ deskriptivt framställa de principiella likheterna mellan rättsdogmatik och rättstillämpning, om än även beskrivningar av detta slag fungerar normerande.³¹ Peczenik stannar emellertid inte vid detta. Han menar uppenbarligen att det därtill bör för-

'jurisdiktion' i egenskap av korporation i den tidigare härovan angivna bemärkelsen. Hans alster faller med andra ord utanför rättsvetenskapens paradig.”

²⁸ Min kursivering.

²⁹ Strömholm Rätt, rättskällor och rättstillämpning 1988 s 67-68.

³⁰ Se exempelvis Hellner, som talar om att den traditionella rättsvetenskapen ”generellt och abstrakt” behandlar ”samma typ av problem som domstolarna har att behandla konkret”, Syften och uppgifter för rättsvetenskaplig forskning 1969 s 207 och Aubert Rättssociologi 1972 s 11.

³¹ Jfr Hellner Civilrättsforskningen och framtiden 1975 s 395.

hålla sig så. I polemik mot Lavin³² framhåller Peczenik att även om det finns påtagliga skillnader mellan rättstillämparen och rättsdogmatikern i nu aktuella avseenden³³ är likheterna ändå större och viktigare.³⁴ ”Poängen är densamma, att tolka gällande rätt på ett sammanhängande och etiskt godtagbart sätt.”³⁵ De ”eventuella skillnaderna (är) pragmatiska, inte principiella.”³⁶

Ett av de förhållanden Lavin lyfte fram till stöd för påståendet om skillnaden mellan domare och rättsvetare var den frihet han som forskare påstod sig ha vad gäller användning av materiel etc.³⁷ Rättsvetaren kan vid valet av arbetsuppgift enligt Lavin ”utnyttja vilka källor som helst, såsom tidningsnotiser, muntliga tips från kollegor eller den egna fantasin.”³⁸ Här tydliggör Peczenik med hjälp av Poppers distinktion betydelsen av att skilja mellan discovery- respektive justificationstadiet:

”Jag är visserligen ense med Lavin att rättsdogmatikern i sin forskning kan utnyttja 'vilka källor som helst. Betydelsen av detta initialskede skall inte underskattas'. Men sådant får användas endast på ett *initialskede*, inte i den juridiska *argumentation* som *slutgiltigt motiverar* de forskningsresultat som framläggs för forskarsamfundets granskning. Motiveringen måste vara *korrekt*. Frågan om vad som är korrekt ställs i ett s k rättfärdigandesammanhang ('context of justification') och måste skiljas från deskriptiva påståenden i ett s k upptäcktsammanhang ('context of discovery') om olika orsaker som på ett initialskede bestämmer forskarens intresse, inriktning m m. Rättssociologer har säkert mycket att säga om skillnader mellan de faktorer som *faktiskt påverkar* beslutsfattandet och de som inverkar på den juridiska forskningen. Men en juridisk argumentationsteori måste konstatera att rättsdogmatikerns *korrekta* rättskällelära - och

³² Diskussionen inleddes av Lavin i en artikel med titeln ”Är den förvaltningsrättsliga forskningen rättsdogmatisk” i FT 1989 s 115. Debatten kom igång genom Peczeniks bidrag ”Om den förvaltningsrättsliga forskningen och rättsdogmatiken” i FT 1990 s 41 och fortsatte sedan med ett inlägg av Lavin under titeln ”Om förvaltningsrättslig forskning. En replik.” i FT 1990 s 72 och avslutades med ett inlägg av Peczenik under titeln Rättspraxis och rättsdogmatik i Festskrift till Ulla Jacobsson 1991 s 161 ff. Diskussionen har sammanfattats och granskats av Bergholtz i artikeln ”Rune Lavin v. Aleksander Peczenik: A Swedish Example of the Usefulness of Legal Theory for Legal Dogmatics” 1997.

³³ Lavin i föregående not anförda arbeten, 1989 s 118 och 1990 s 72 ff.

³⁴ Enligt Peczenik är den mest djupgående skillnaden att ”rättsdogmatikern ofta har anspråk på att vara mer rationell, dvs motiverar sin ståndpunkt på ett mer sammanhängande sätt än den praktiske juristen”, Om den förvaltningsrättsliga forskningen och rättsdogmatiken 1990 s 42 (jfr motsvarande i Rättspraxis och rättsdogmatik 1991 s 168).

³⁵ Peczenik Rättspraxis och rättsdogmatik 1991 s 169.

³⁶ Peczenik Rättspraxis och rättsdogmatik 1991 s 170.

³⁷ Lavin Är den förvaltningsrättsliga forskningen rättsdogmatisk 1989 s 119.

³⁸ Lavin Om förvaltningsrättslig forskning. En replik 1990 s 72.

den som *bör bestämma* den juridiska argumentationen - sammanfaller med beslutsfattarens.”³⁹

Detta Peczeniks påpekande är centralt och jag delar helt hans ståndpunkt om det nu är på denna punkt man trott sig finna skillnaden mellan rättstillämparen och rättsdogmatikern.⁴⁰ Men av Peczeniks sätt att resonera framgår att han också menar att rättsdogmatikens huvuduppgift bör vara att förse rättsverksamheterna med normativt beslutsunderlag. I Peczeniks program intar ”antagandet om rättssystemets enhet” en väsentlig roll. Det är på den punkten vi finner rättsvetenskapens karakteristika. ”Om någon inte utgår från rättssystemets enhet, må han vara en förtjänstfull rättssociolog, politisk debattör, samhällskritiker m.m., men inte någon rättsvetenskapsman i klassisk mening. Den sistnämndas samhälleliga roll är nämligen att tolka rättsreglerna på så sätt att de bildar ett enda rättssystem.”⁴¹

1.2.2.2 Rättsvetenskapliga kunskapsintressen

Rättsvetenskaplig verksamhet är av den mest skiftande karaktär. Det brukar talas om rättsfilosofi, rättsteori, rättssociologi, rätthistoria, rättsdogmatik etc.⁴² Några aprioriska gränser mellan olika delområden finns naturligtvis inte och definitionsdjupet varierar med syftet.⁴³ En tämligen okontroversiell definition av vad som brukar kallas traditionell rättsdogmatik är

³⁹ Peczenik Rättspraxis och rättsdogmatik 1991 s 171-172. Se också i huvudsak identiskt i Vad är rätt 1995 s 316.

⁴⁰ Det bör påpekas att denna distinktion har använts av många andra i rättsvetenskapliga sammanhang. Se bl a Bjarup Retskildelære 1974 s 155ff, Strömholm Den juridiska argumentationens relevanskriterier 1974 s 641 ff. Strömholm bygger här vidare på Wasserstrom The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification 1961. Se också Strömholm i Rätt, rättskällor och rättstillämpning 1988 avsnitt 20.2.2. s 356 ff. Jfr även Bergholtz Hönan och ägget 1991 och Ratio et Auctoritas 1987 s 412ff och Pahlsson Intuition och rättfärdigande i skatterätten 1998. I sammanhanget bör naturligtvis Ross' fasadlegitimationsresonemang framhållas, Ross Ret og retfærdighed 1953, flera ställen.

⁴¹ Peczenik Vad är rätt 1995 278. Peczenik går så långt att han menar att i den mån man inte accepterar antagandet om rättens enhet, slutsatsen då skulle vara ”att den traditionella rättsvetenskapen måste avvecklas”. (s 279). Se också Peczenik Rätt, rationalitet och ideologikritik 1996 s 83, där han bl a talar om att ”rättsvetenskapens uppgift inte bara är att beskriva lagstiftningen och rättsfall utan också att göra detta material så koherent som möjligt” och Peczenik Skatterättens föränderliga rättskälleprinciper 1998.

⁴² Stundom har det också talats om kritisk rättsvetenskap som en särskild disciplin. Inom denna har det gjorts åtskillnad mellan olika varianter. Den viktigaste funktionella skillnaden har (tidigare) kanske gått mellan dem som ansett en alternativ rättsdogmatik vara möjlig och sådana som menat detta inte vara möjligt. Jfr nedan avsnitt 3.3.3.

⁴³ Se Hanson, Dogmatisk metod inom teologi och juridik, Retfærd nr 44 (1989) s 4ff, som definierar rättsdogmatik negativt i förhållande till de andra rättsvetenskapliga disciplinerna.

att det avser en verksamhet som går ut på att analysera, tolka och systematisera rättskällorna.⁴⁴ Rättsdogmatisk argumentation baseras på innehållet i allmänt accepterade rättskällor.⁴⁵

I en artikel från 1983⁴⁶ har Niklas Bruun och Thomas Wilhelmsson, provocerade av Peczenik⁴⁷ och inspirerade av Aarnio,⁴⁸ utvecklat en begreppsapparat där de förenar Habermas' kunskapsintressebegrepp⁴⁹ med Kuhns paradigmbegrepp.⁵⁰ Sedan de ifrågasatt om Habermas tredelning i ett tekniskt, hermeneutiskt och ett emancipatoriskt kunskapsintresse är ett adekvat verktyg vid diskussionen om juridiska paradigmskiften, eftersom redan rättsdogmatiken innehåller moment av samtliga dessa, gör de en grovindelning i två rättsvetenskapliga kunskapsintressen, ett *rättsdogmatiskt* och ett - som jag här väljer att kalla - *ickedogmatiskt*.⁵¹ Det rättsdogmatiska beskrivs såsom inriktat på frågorna "vad är innehållet i gällande rätt?" och "hur bör den gällande rättens normer tolkas och systematiseras?" Det icke-dogmatiska är inriktat "på ett klarläggande av rättens utveckling, rättens förhållande till samhället o.s.v." Bruun/Wilhelmsson utvecklar sedan förhållandet mellan de båda och inför därvid paradigmbegreppet.⁵²

⁴⁴ Se exempelvis Peczenik Om den förvaltningsrättsliga forskningen och rättsdogmatiken 1990 s 42. Det bör poängteras att Peczeniks uppfattning är att till rättsdogmatiken hör att man inte "är främmande för kreativ forskning, djärva generaliseringar och värderingar".

⁴⁵ Jfr Kleinemans snäva rättsdogmatikdefinition i Ren förmögenhetsskada 1987 s 10. Jfr Roos kritik i dennes anmälan i SvJT 1988 s 46f, Kleinemans svar i Till frågan om rättsvetenskapen som omedelbart verkande rättskälla 1994/95 s 626 och Sandgrens påpekande om att Kleineman faktiskt själv går utanför, Om empiri och rättsvetenskap II 1995/96 s 1050.

⁴⁶ Rätten, moralen och det juridiska paradigmet, SvJT 1983 s 701 ff.

⁴⁷ Artikeln tillkom i avsikt att kritisera Peczeniks artikel Rätt och moral i SvJT 1982 s 609ff. Det som här redovisas används för att bemöta Peczeniks kritik mot vissa former av rättsvetenskap. Peczenik bemöter kritiken i artikeln "Opraktiskt paradigmskifte i juridiken", SvJT 1984 s 453 ff.

⁴⁸ On legal reasoning 1977.

⁴⁹ Ursprungligen i Erkenntnis und Interesse. Senare synes Habermas ha övergivit dessa begrepp, jfr Bertilsson och Eyerman i Introduktion till Den rationella övertygelsen 1984.

⁵⁰ Se Kuhn De vetenskapliga revolutionernas struktur 1981.

⁵¹ Jfr Frändberg Rättsregel och rättsval 1984 s 65, som talar om rättsdogmatiken som den *juridiska rättsvetenskapen* till skillnad från den *icke-juridiska rättsvetenskapen* i form av rättshistoria etc.

⁵² Bland andra som använt paradigmbegreppet i rättsvetenskapliga sammanhang, se exempelvis Aarnio och Uusitalo Paradigm i rättsdogmatiken. Mot en teori om förändring och framsteg inom rättsvetenskapen i Tidskrift för rättssociologi 1983/84 s 263 ff, Dalberg-Larsen respektive Bruun i Rättsdogmatikens alternativ 1988. Se också Hydén i Regulering og styring II (1990) och III (1992), som talar om ett rättsdogmatiskt, ett rättsrealistiskt och ett rättssociologiskt paradigmet.

”De nämnda kunskapsintressena befinner sig naturligtvis inte i helt avskilda fack. I den rättsvetenskap som idkas i praktiken är de ofta sammanflätade. Ett av målen för strävandena att förnya rättsvetenskapen har också varit att föra element från (det ickedogmatiska kunskapsintresset) in i den forskning som bedrivs på basen av (det rättsdogmatiska kunskapsintresset). Icke desto mindre är det skäl att hålla dessa olika kunskapsintressen i minnet när man diskuterar frågan om 'paradigmskifte' inom juridiken.

Med 'paradigmskifte' kan man nämligen tänkas avse två olika företeelser. Dels kan man tala om ett tänkt skifte av kunskapsintresse (t.ex. från rättsdogmatiska till mer empiriska/teoretiska frågeställningar). Dels kan man tala om förändringar inom ramen för exempelvis det rättsdogmatiska kunskapsintresset.”⁵³

Instrumentet används sedan för att bli poängterat att man inte kan kritisera företrädare för det ena kunskapsintresset för att inte tillgodose det andras uppgifter.

1.2.2.3 Något om den rättsliga argumentationens karaktär⁵⁴

I samband med diskussioner om karaktären på den rättsliga argumentationen, rättsvetenskapens vetenskaplighet, begreppet gällande rätt etc förekommer en rad olika begreppspår.⁵⁵ Det talas om teoretiska/ateoretiska *satser*, oäkta/äkta *rättsatser*, deskriptiva/normativa *utsagor*, *argumentation de lege lata/de lege ferenda* och om rättsdogmatik/rättspolitik.⁵⁶

⁵³ Bruun/Wilhelmsson Rätten, moralen och det juridiska paradigmet 1983 s 705.

⁵⁴ När det gäller frågan om argumentationens karaktär bör framhållas att jag inte ger mig in i den teoretiska diskussionen om hur man har att bedöma riktigheten eller korrektheten i normativt präglade ställningstaganden. Se här bl a Strömholm Rätt, rättskällor och rättstillämpning 1988 kap 4.4. s 70 ff och Peczenik generellt, exempelvis Vad är rätt 1995 kap 5.

⁵⁵ I vart fall i Norden kan åtskilligt i ämnet härledas till implikationerna inom rättsvetenskapen av föreställningarna om Uppsalaskolans uppfattning om att värdeomdömen är ateoretiska. Strömberg kopplar samman flera av nedanstående begrepp i en komprimerad beskrivning av Uppsalaskolan och dess synsätt, se Strömberg, Tore Rättsfilosofins historia i huvuddrag 1981 s 84-85.

⁵⁶ Se Bjarup, som härleder rättspolitikbegreppet och poängterar vikten av att skilja mellan kognitiva och nonkognitiva kunskapsteorier i detta sammanhang. Föreställningen om att man ”kan - och följaktligen får - skilja mellan rättsvetenskapliga påståenden och rättspolitiska uttalanden” ”har sin grundval inom en nonkognitivistisk kunskapsteori”. Bjarup framhåller att denna teori ”är ifrågasatt, och att denna kritik kan ha betydelse för uppfattningen av rättsvetenskapens uppgifter. Det finns också en möjlighet för en kognitiv kunskapsteori enligt vilken man kan - och får - skilja mellan kunskap om vad som är rätt och kunskap om vad som bör vara rätt. I båda fallen föreligger påståenden med anspråk på inre konsekvens och sanningshalt, men dessa påståenden rättfärdigas på olika sätt och därför är det också nödvändigt att skilja mellan rättsvetenskap och rättspolitik. Men kanske det inte är lämpligt att använda termen 'rättspolitik' inom en kognitiv teori därför att det kan leda till missför-

Normativa utsagor är ateoretiska (praktiska) och kan därför inte bli föremål för sedvanlig vetenskaplig verifierbarhet.⁵⁷ Hedenius brukar sägas ha i sin kritik av Uppsalafilosofin räddat⁵⁸ juridiken genom att lansera begreppsparet oäkta-äkta rättsatser.⁵⁹ De oäkta rättsatserna innefattar beskrivningar av normer,⁶⁰ de är *normdeskriptiva*⁶¹ eller beskrivningar av beteenden⁶² medan de äkta rättsatserna uttrycker normerna, är *normativa*.

Distinktionen mellan argumentation *de lege lata* och *de lege ferenda*⁶³ är etablerad bland såväl praktiskt verksamma jurister som bland rättsvetare.⁶⁴ Resonemang *de lege lata* kan sägas vara argumentation kring rättsliga lösningar inom ramen för gällande rätt eller - med ordbokens formulering - uttalanden ”om den gjorda lagen”.⁶⁵ I en argumentation *de lege ferenda* uttalar man sig om ”den lag som bör göras”. Det ligger således i vart fall

stånd med termen som använd inom en non-kognitiv teori. Enligt en kognitiv teori är rättspolitiska uttalanden nämligen uttryck för praktisk kunskap i värden och alltså inte uttryck för någon värdeskepticism.” Bjarup Jan Hellners rättsteori - i anledning av Claes Petersons recension i JT 1996/97 s 833-34.

⁵⁷ Jfr Strömberg i not härovan (Rättsfilosofins historia i huvuddrag 1981 s 84-85).

⁵⁸ Jfr Helin Den skandinaviska realismen och rättighetsbegreppet - några anmärkningar 1978 s 75 och Strömholm Rätt, rättskällor och rättstillämpning 1988 s 95.

⁵⁹ Hedenius Om rätt och moral 1941. Termerna introduceras på s 66. Se också Hedenius Om den rättsfilosofiska domstolsrealismen 1978. Alla är inte ense om att Hedenius träffade rätt i sin kritik, jfr förutom Olivecrona Lagens imperativ 1942 och Lundstedt Det Hägerström-Lundstedtska misstaget 1942, Marc-Wogau Studier till Axel Hägerströms filosofi 1968 s 167ff. Enligt Olivecrona har Hedenius blandat ihop värdeteorin med teorierna om rätten, Lagens imperativ 1942 s 49.

⁶⁰ Jfr här bl a Strömholm Hur många rättsvetenskaper finns det 1978 s 182.

⁶¹ Jfr Eckhoff/Sundby Rettssystemer 1991 s 63-64.

⁶² Eller förväntade sådana. De s k prognoserna hör således till denna kategori, se - utöver Hedenius själv - Helin Den skandinaviska realismen och rättighetsbegreppet - några anmärkningar 1978.

⁶³ Pettersson/Sandström Lex lata – lex ferenda. Fakta eller fiktion? 1996 s 162 not 3 framhåller att de nu aktuella begreppen liksom åtskilliga andra latinska uttryck inte kan härledas till den romerska rätten utan är moderna påfund.

⁶⁴ Ett försök att betrakta distinktionen *de lege lata/ferenda* på ett helt annat sätt än det gängse finner vi hos Peczenik/Schött Juridisk konservatism i SvJT 1993 s 731-33. Bogdan talar i anslutning till betydelsen av komparativa studier för förståelsen av den egna rättsordningen om att ”(d)etta är särskilt viktigt vid lagstiftningsarbetet men även i andra fall där juristen arbetar *de lege ferenda*, t.ex. som domare i fall av prejudicerande betydelse, som utredare eller som rättsvetenskapsman.” Bogdan Komparativ rätt 1978 s 22. Bogdan betecknar således den argumentation som ligger till grund för normbildning i överinstanserna som *de lege ferenda*. Under rubriken ”arbete *de lege lata*” framhåller Bogdan sedan att ”komparativ rätt kan vara av nytta även när domstolar och andra myndigheter tolkar och tillämpar gällande rättsregler i sin egen rättsordning”. Bogdan a a s 25.

⁶⁵ Juridikens termer.

underförstått häri att man utgår från att gällande rätt är en annan.⁶⁶ På ett ytplan - och i rätt kontext - fyller distinktionen en viktig funktion och vållar i regel heller inga problem hos den som "utför den".⁶⁷ När den emellertid används som "tillhygge" i diskussioner om karaktären på rättslig argumentation, i diskussioner om vad rättsvetenskapen bör syssla med etc blir den mer problematisk och tenderar att avslöja själva den rättsdogmatiska argumentationens grundvalar.⁶⁸

Begreppsparet *de lege lata/de lege ferenda* förefaller inte vara särskilt vanligt förekommande i vare sig rätsteoretiska eller rättsdogmatiska arbeten.⁶⁹ De har således inte någon särskild funktion i vare sig Strömholms eller Peczeniks läroböcker i allmän rättslära. Däremot synes begreppen vanliga där teori och "praktik" möts, dvs när rättsdogmatiker diskuterar principiella frågor kring rättsvetenskapens uppgifter etc. Uppenbart är det så att föreställningen om att det föreligger en principiellt viktig skillnad mellan de båda begreppen - och därmed att distinktionen bör upprätthållas - är utbredd inom juristskrået.

Såsom begreppsparen här preliminärt definierats skulle rättsdogmatik innefatta *de lege lata*-argumentation bestående av deskriptiva utsagor om innehållet i gällande rätt eller att man uttalar teoretiska oäkta rättssatser. Rätts-

⁶⁶ Nu kan man i och för sig tänka sig skäl att lagstifta även i situationer där rättsläget är klart, jfr Håstad Lagstiftnings- och forskningsbehov inom sakrätten 1988. Ett hävdande av uppfattningen att man bör lagstifta för att öka informationen om rättsläget skulle således kunna betraktas som en argumentation *de lege ferenda*. Här kan således just det faktum att rättsläget uppfattas som klart vara ett skäl till att man vill lagstifta. Vad nu sagts är inte ägnat att bidra till begreppsparets klarhet.

⁶⁷ Jfr Hellner Rättsteori och rättsvetenskap i JT 1996/97 s 537.

⁶⁸ Jfr Ekelöfs återgivning av det omdöme som åsattes hans avhandling, Från en forskares verkstad 1978 s 15, citerat strax här nedan, Lind Högsta domstolen och frågan om doktrin och motiv som rättskälla i JT 1996/97 s 370 och Sandgren En social avtalsrätt? - än en gång i JT 1993/94 s 930. Se också Strömholm i polemik mot Boldings program, Strömholm En märklig metodlära 1969 s 657-8. Det bör poängteras att det är diskussionen mellan Sandgren och Wilhelmsson, där den förstnämnde tillskrev den sistnämnde en "programmatisk ovilja" att skilja mellan gällande rätt och önskemål om hur rätten bör se ut, varvid termen *de lege ferenda* just kom till användning, som är utgångspunkten för de funderingar som här framställs. Se närmare om argumentationen nedan avsnitt 1.3.3.8.

⁶⁹ En högst sporadisk studie visar för övrigt att det är ovanligt med diskussioner om argumentationens karaktär i rättsvetenskapliga arbeten, vilket väl bl a kan förklaras med Westbergs ovan beskrivna karaktäristik av den regelorienterade ansatsen. Ett undantag utgörs av Lehrberg, se Förutsättningsläran 1989 s 72. Att uttryckliga diskussioner angående argumentationens karaktär saknas innebär dock inte att det inte, t o m i stor utsträckning, förekommer resonemang *de lege ferenda* i rättsvetenskapliga avhandlingar. Se Sandgren Om empiri och rättsvetenskap, JT 1995/96 s 729-30 och 744-745.

politik skulle innefatta normativ de lege ferenda-argumentation.⁷⁰ Fullt så enkelt förhåller det sig nu dock inte.

Rent beskrivande framställningar av rättsläget är triviala,⁷¹ och i vart fall kan ingen rättslig utsaga med anspråk på vetenskaplighet vara rent beskrivande.⁷² Rena beskrivningar av rättskällors innehåll är av intet värde för rättsverksamheterna.⁷³ I de situationer där andra rättskällor är tydliga behövs inte doktrinen; ”rättsdogmatikens betydelse ligger i att den producerar lösningsförslag i svåra fall.”⁷⁴ För övrigt kan begreppsparet lata/ferenda, om vi bortser från Peterson/Sandströms definition⁷⁵ och beaktar hur det vanligen används, sägas vara neutralt till rena beskrivningar.⁷⁶ Det krävs någon form av självständigt ställningstagande i en tolkningsfråga eller motsvarande för att ”förtjäna” epitetet ”argumentation de lege lata”.⁷⁷

När det i dessa sammanhang talas om deskriptiv/normativ står deskriptiv därför rimligen för något annat än när det sätts in i begreppsparet deskriptivt/analytiskt. I distinktionen deskriptiv/normativ måste därför deskriptiv innefatta förklaringar, systematiseringar, tolkningar och analyser (då kan man lämpligen tala om deskriptivt-analytiskt). Men konsekvensen av en sådan definition blir samtidigt att distinktionen blir allt mer oklar. Strömholm talar om ”problemgränsen” ”för att söka beteckna den linje, där en utsaga upphör att vara en klar 'äkta' eller 'oäkta' rättsats för att istället antaga denna blandade karaktär. Man kan generellt säga, att rättstillämparen åtminstone när han har att lösa problem av någon svårighetsgrad mycket snart når 'problemgränsen’”.⁷⁸ ”Sökandet efter lösningar de lege lata”, ligger enligt Strömholm på ”den normativa problemdiskussionens kärnområde”.⁷⁹

Eckhoff/Sundby visar också på svårigheten i att göra åtskillnad mellan normdeskriptiva respektive normativa utsagor hos rättsvetenskapliga ar-

⁷⁰ Jfr Lauridsen, Studier i retspolitisk argumentation 1974 s 17, som gör gällande att realisterna betraktar rättsdogmatiken som en deskriptiv och rättspolitiken som en normativ verksamhet.

⁷¹ Jfr Strömholm Rätt, rättskällor och rättstillämpning 1988 s 67.

⁷² Jfr Klami Föreläsningar över juridikens metodlära 1989 s 47.

⁷³ Jfr Frändberg Rättsregel och rättsval 1984 s 67.

⁷⁴ Bruun/Wilhelmsson Rätten, moralen och det juridiska paradigmet 1983 s 708.

⁷⁵ Peterson/Sandström Lex lata - lex ferenda. Fakta eller fiktion? 1996.

⁷⁶ Jfr Hellner Civilrättslig forskning 1974 s 9 och Strömholm Har den komparativa rätten en metod? 1972 s 462-3.

⁷⁷ Jfr Strömholm strax här nedan och Hellner Civilrättslig forskning 1974 s 9-10.

⁷⁸ Rätt, rättskällor och rättstillämpning 1988 s 65.

⁷⁹ Strömholm Har den komparativa rätten en metod 1972 s 462-3.

beten som behandlar gällande rätt. Liksom Strömholm framhåller de att man ganska snart når problemgränsen:

”Det finns uttalelser i rettsvetenskaplig litteratur som er klart deskriptive, f. eks. når forfatteren nøyer seg med å referere en lovtekst og gi opplysning om når den er vedtatt. Men straks uttalelsene begynner å angå de fastsatte normers tolking eller innholdet av uskrevne normer, blir forholdet mer komplisert. Også slike utsagn kan være deskriptive, f. eks. hvis der er ment som opplysninger om hvordan domstolene har tolket en lov, eller som forutsigelser om hvordan domstolene sannsynligvis vil komme til å tolke den. Men ofte har slike uttalelser preg av anbefalinger om hvordan loven etter forfatterens mening bør tolkes. I så fall hører de til den kategori av utsagn som vi karakteriserer som normative. Det forekommer også ganske ofte at uttalelser om hva som er 'gjeldende rett' ligger i grensefeltet mellom det deskriptive og det normative ved at kunnskapsstoff og normative betraktninger er smeltet sammen til en enhet i utsagnet.”⁸⁰

Även Peczenik⁸¹ framhåller att de normativa och deskriptiva inslagen ”ständigt samverkar med varandra” och att det därigenom ”uppstår ett slags sammanblandning mellan det deskriptiva och det normativa, såväl i rättspraxis som i rättsvetenskap. Rättsvetenskapen är följaktligen inte enbart deskriptiv, inte heller enbart normativ, utan både det ena och det andra.”⁸² Även om vissa försöker upprätthålla distinktionerna mellan olika utsagor och argumentationsformer förefaller det vara okontroversiellt att påstå att den rättsliga argumentationen har denna ”blandade (halv-

⁸⁰ Eckhoff/Sundby *Rettsystemer* 1991 s 63-64. Se deras hänvisningar till den internationella debatten i ämnet på s 64. Se också deras utläggning om skillnaden och motsvarande svårigheter beträffande normativa utsagor och värdeutsagor på s 65f.

⁸¹ Peczenik använder ”rättspolitisk” med förtydligandet de lege ferenda och ”juridiska” med förtydligandet de lege lata på flera ställen i *Vad är rätt* 1995, exempelvis s 175. Det bör anmärkas att Peczenik ifrågasätter om det är möjligt att dra en skarp gräns mellan rättsvetenskap och rättspolitik, a a s 263 och han beskriver på samma sida Ekelöfs tolkningslära som normativ just i detta sammanhang.

⁸² Peczenik *Rättsvetenskapen - normativ eller deskriptiv?* 1997 s 798. I ett tidigare arbete framhåller Peczenik att värderingar ”forekommer på tre ställen inom den juridiska argumentationen”. För det första har man att ”fastställa den juridiska - värderande - tolkningen av vissa normer”. ”Det måste vidare bedömas om de tolkande normerna tillhör det gällande rättssystemet” och slutligen ”förutses som sagt det totala rättssystemets rättsliga karaktär överhuvud”. Peczenik *Juridiska data. Ett bidrag till rättens ontologi* i *Tidskrift för rättssociologi* 1983/84 s 259-60.

deskriptiva, halv-värderande) karaktär”,⁸³ vilket inte utesluter att det finns utrymme för att urskilja olika moment i argumentationen.⁸⁴

Det har sagts att ”de situationer är legio, i vilka rättsvetenskapsmän som fördjupat sig i ett problem kommit till olika slutsats”,⁸⁵ vilket också är ägnat att påvisa det ateoretiska draget i all rättsdogmatik med anspråk på att utgöra doktrin i rättskällesammanhang.⁸⁶ Eriksson har uttryckt det så att ”(s)jälva det rättsliga tänkandet är så uppbyggt att det möjliggör en rättslig justifiering av motsatta slutsatser.”⁸⁷ Redan de juridiska tolkningsmetoderna belyser således problemet med argumentationens karaktär.⁸⁸ Lindbloms framhållande av att ”(d)et torde råda total enighet om att det råder nästan total oenighet om vilken lagtolkningsmetod som är gällande rätt i landet Sverige” rymmer en förklaring härtill.⁸⁹ Det är uppenbart att skillnaderna mellan all form av *tolkning* och öppet normativa utsagor är omöjlig att upprätthålla⁹⁰ annat än såvitt angår den subjektiva inställningen hos utövarerna.⁹¹ Här kan Ekelöf sägas ha givit realismen ett alternativ till öppen rättspolitisk argumentation.

⁸³ Som Peczenik uttryckt det i Rätt och moral, SvJT 1982 s 618. Jfr också Ross Om ret og retfærdighed 1953 s 59-60.

⁸⁴ Rodhe skiljer - sociologiskt - mellan tre olika verksamheter inom vilka ”rättsvetenskap traditionellt bedrivs”; ”beskrivning av fakta”, ”prognoser om hur domstolarna kan väntas döma” och ”rekommendationer till domstolarna om hur de bör döma och till lagstiftaren om hur han bör lagstifta.” Han påpekar ”att gränserna mellan de tre alternativen tyvärr ibland suddas ut genom det brukliga uttrycket att en viss regel är 'gällande rätt', varmed kan avses än ett och än ett annat av dessa tre alternativ, och ibland flera av dem tillsammans, utan att läsaren får klarhet i vad författaren avsett.” Rodhe Beskrivning - prognos - rekommendation. En trosbekännelse i JT 1996/97 s 1.

⁸⁵ Bruun/Wilhelmsson Rätten, moralen och det juridiska paradigmet 1983 s 708.

⁸⁶ Detta förklarar kanske också den emellanåt uttryckta uppfattningen att man inte bör skriva avhandlingar i samma ämne som någon annan gör eller har gjort inom en överskådlig tidsperiod.

⁸⁷ Eriksson Rätten och moralen 1990 s 7.

⁸⁸ Se också Peczenik allmänt, exempelvis Vad är rätt 1995 s 381.

⁸⁹ Lindblom Lagtolkning eller rättstillämpning? Kommentar till ett rättsfall (NJA 1980 s 743) 1987 s 437.

⁹⁰ Jfr också Töllborg Vad är goda argument värda? 1988 s 215 om rundgång och tolkningens ideologiska karaktär.

⁹¹ Jfr här Bolding som hävdar att ”en rättsregel aldrig kan vara objekt för tolkning. Rättsregeln utgör en beteckning för den definitiva slutsatsen av en tankeoperation. Någon ytterligare bearbetning av rättsregeln kan det inte bli fråga om. Rättsregeln är ju bara ett uttryck för att problemet skall lösas på visst sätt.” Bolding Juridik och samhällsdebatt 1968 s 25.

Att den teleologiska metoden innefattar värderingar är inget nytt⁹² och Ekelöf själv bekräftar problematiken när han 1977 rekapitulerar sin forskargärning:

”Jag kommer så till det som blev en vändpunkt i min rättsvetenskapliga verksamhet. Då jag skrev på min avhandling reflekterade jag aldrig över vilken juridisk metod jag använde mig av. Jag bara skrev på utan att tänka på vad jag gjorde. Med travestering av ett uttryck, myntat av Ingemar Hedenius, skulle man kunna säga att jag metodologiskt var totalt 'oskyldig'. Efter min disputation fick jag höra att en lärare i processrätt sagt om min avhandling att den 'ju var intressant men helt och hållet de lege ferenda'. Jag blev förbryllad, då jag avsett att skriva en avhandling, som praktiskt taget helt och hållet var de lege lata.⁹³ Först flera år senare begrep jag anledningen till denna kontrovers: i min omedvetenhet hade jag tillämpat något som bra mycket liknade vad jag senare kom att kalla den teleologiska metoden.”⁹⁴

Ekelöf fortsätter sedan sina betraktelser med att redogöra för hur den teleologiska metoden växte fram och de konsekvenser han drog av detta bl a relaterat till frågan om argumentationens ”relevans de lege lata”, nämligen att rättsvetenskapsmännens påståenden om vad som är 'gällande rätt' i kontroversiella frågor i själva verket utgjorde rekommendationer om hur lagen borde tillämpas i praktiken.”⁹⁵

I anslutning till att Ekelöf 1951 utvecklar sin teleologiska metod gör han följande reflektioner angående förhållandet mellan synen på rättsvetenskap/rättstillämpning å ena sidan och argumentation de lege lata/de lege ferenda å den andra:

”Åtminstone begagnar man sig av en terminologi som synes förutsätta att rättstillämpningen är en teoretisk verksamhet. I den mån en dom ej går att förlika med innehållet i lag eller prejudikat, menar man att domstolen i detta fall uppträtt 'rättsskapande' genom att själv uppställa det handlingsmönster, som den tillämpat i målet. Vad domstolen bedömt skulle vara ett 'rättspolitiskt' problem av ungefär samma karaktär som de spörsmål som förekomma inom lagstiftningsarbetet. Författare som ha denna syn på frågan bruka även använda de grundläggande rättsvetenskapliga begreppen 'de lege lata' och 'de lege ferenda' i en fråna den traditionella avvikande betydelse. I den mån en rättsvetenskaplig

⁹² Se Ekelöf Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? 1951, Malmström Till frågan om lagtolkningsmetoderna 1952 bl a s 558 och 662 och Thornstedt Legalitet och teleologisk metod i straffrätten 1955.

⁹³ Min kursivering.

⁹⁴ Ekelöf Från en forskares verkstad 1978 s 15.

⁹⁵ Ekelöf Från en forskares verkstad 1978 s 17.

författare lägger värderingar till grund för sin ståndpunkt i tillämpningsfrågor, menar man hans framställning vara de lege ferenda och icke de lege lata.⁹⁶

Denna åskådning, som jag funnit särskilt vanlig bland yngre vetenskapsidkare i vårt land,⁹⁷ synes förutsätta att rättstillämpning i egentlig mening är en rent teoretisk verksamhet som varken förutsätter eller tillåter några värderingar från den tillämpandes sida. Hur skulle man nämligen annars kunna skilja mellan fall, där domstolarna följt lag eller prejudikat samt där de lagt 'rättspolitiska' bedömanden till grund för sina avgöranden?⁹⁸

Ekelöf ser således inga problem med att laborera med *normativa ställningstaganden de lege lata* och bekräftar att distinktionen deskriptiv/normativ inte är ändamålsenlig i föreliggande sammanhang.

Även med den syn på de rättsvetenskapliga utsagornas faktiska karaktär som kommer till uttryck hos Ross suddas gränserna ut. Synen på argumentationens karaktär är hos Ross intimt förknippad med frågan om rättsvetenskapen är en vetenskap.⁹⁹ Sedan Ross gjort en principiell åtskillnad mellan vetenskapliga utsagor och ickevetenskapliga direktiv kommer han in på skillnaden mellan rättsdogmatiska och rättspolitiska utsagor, vari *den socialvetenskapliga paradoxen* om att förutsägelser fungerar självuppfyllande ges en framskjuten plats.¹⁰⁰

⁹⁶ Här hänvisar Ekelöf till en artikel av Aubert i TfR 1943 s 197.

⁹⁷ Här hänvisar Ekelöf till Bolding Bevisbördan och den juridiska tekniken 1951 s 43ff, 53 och 150.

⁹⁸ Ekelöf Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? 1951 s 20-21.

⁹⁹ Denna fråga, som jämväl har många andra infallsvinklar, ämnar jag emellertid inte diskutera. Jfr dock den svenska diskussionen med Ekelöf, Ahlander, Hult etc. Här kan också nämnas Andersen, som redan 1943 ställde sig likgiltig till om den värderande verksamhet han ställde sig bakom skulle betecknas vetenskaplig eller inte, Andersen Rettsvitenskap og metode s 448-49. Jfr också Hellner Argumentation de lege ferenda 1975 s 403, Helin Den skandinaviska realismen och rättighetsbegreppet - några anmärkningar 1978 s 81 och Frändberg Rättsregel och rättsval 1984 s 66. Se från senare år Sandgren om att själva frågan om vad som är vetenskap är ovetenskaplig, och att rättsvetenskapen själv bestämmer vad som är rättsvetenskap, Om empiri och rättsvetenskap II 1995/96 s 1050-51 respektive 1049. Om gränsen mellan rättsvetenskap och annan vetenskap, jfr Graver och dennes kritik mot själva frågeställningen. Vetenskapen avgränsar sig själv mot andra vetenskaper. "Det er etter mitt syn riktig at en vitenskap avgrænser seg selv gjennom et slikt sett av oppfattninger som beskrevet. Det innebærer at avgrænsningen av en vitenskap heller ikke er et vitenskapelig spørsmål som kan besvares gjennom denne vitenskapen selv. Avgrensningen beror på tradisjon og felles holdninger. Grunnlaget for disse felles holdninger er ikke vitenskapelig; grense mellom fysikken og matematikken trekkes verken av fysikken eller matematikken, men av tradisjon og administrative inndelninger." Graver Hva er rettsvitenskap? 1994 s 566.

¹⁰⁰ Jfr Aubert, Det dolda samhället 1968 s 21, som talar om att "rättsvetenskapsmannen samtidigt talar *till* och *om* domare och andra jurister", vilket han liknar vid sociologen som "åtminstone som ideal" är "engagerad i en dialog med sitt material."

”at selv om intentionen er nok så renlinet teoretisk, selv om fortolkningens mening alene er med en vis sandsynlighed at forudsige hvilken regel der vil blive accepteret af domstolene, så er fortolkningen dog, som enhver anden socialvidenskabelig forudsigelse, selv en retspolitisk faktor. Den argumentation hvorpå fortolkningen støtter sig, og som hypotetisk er den domstolene vil anlægge, er, selv om hypotesen oprindeligt var falsk, egnet til at påvirke domstolene og således gøre sig selv sand”,¹⁰¹

och kommer fram till konklusionen att

”rettsvidenskabelige påstande om gældende ret er efter deres realindhold forudsigelse af fremtidige sociale hændelser. Sådanne er principielt indeterminerede og lader sig ikke entydigt forudsige. Enhver forudsigelse er tillige en realfaktor der kan påvirke forløbet og for så vidt en politisk akt. *Retsvidenskab lader sig derfor principielt ikke adskille fra retspolitik.*”¹⁰²

Ross poängterar att detta inte innebär ”en metodologisk sovepude der legitimerer enhver sammenblanding af videnskab og politik”¹⁰³ och betonar rättsvetarens ansvar för tydlighet i framställandet av argumenten.¹⁰⁴

Ross lanserade begreppet *de sententia ferenda* i syfte att deskriptivt tydliggöra skillnaderna mellan olika typer av rättspolitisk argumentation.¹⁰⁵ Till argument de sententia ferenda hänförde Ross rekommendationer och andra normativa ställningstaganden genom vilka rättsvetenskapsmannen söker påverka domstolarna på områden där rättsläget är oklart.

Lauridsen avfärdar i sin avhandling från 1974 uppdelningen av rättspolitiken i argumentation de lege ferenda respektive de sententia ferenda.¹⁰⁶ Han framhåller att sistnämnda begrepp inte vunnit något verkligt erkännande¹⁰⁷ och att Ross inte tydliggjort skillnaderna mellan kategorierna på

¹⁰¹ Ross Om ret og retfærdighed 1953 s 63.

¹⁰² Ross Om ret og retfærdighed 1953 s 63.

¹⁰³ Ross Om ret og retfærdighed 1953 s 63.

¹⁰⁴ Ross Om ret og retfærdighed 1953 s 63-64. Se också s 405-6. På annat håll lyfter han också fram doktrinen uppgift ”i betragtninger *de sententia ferenda* at samle og systematisere den indsigt og vurdering af sociale kendsgerninger og sammenhæng, der kan være af verdi for rettens vækst gennem domspraksis”. s 119.

¹⁰⁵ Om ret og retfærdighed, bl a s 421. Jfr Strömberg Rättsfilosofins historia i huvuddrag 1981 s 85.

¹⁰⁶ Lauridsen, Studier i retspolitisk argumentation 1974, tycks tillskriva de skandinaviska rättsrealisterna såväl begreppet rättspolitik som begreppet *de sententia ferenda*. Lauridsen s 13 f respektive s 332 f. Han framhåller att det är termen ”de lege ferenda” som i skandinavisk rättsvetenskap använts för att beskriva motsatsen till de lege lata.

¹⁰⁷ Lauridsen Studier i retspolitisk argumentation 1974 s 14.

ett tillfredsställande sätt.¹⁰⁸ Enligt Lauridsen må "(s)ondringen i stedet lægges mellem på den *ene* side retsdogmatik de lege lata med eventuelt tilhørende kritiske kommentarer til domstolsafgørelser og forslag til en ændret praksis og på den *anden* side retspolitik de lege ferenda."¹⁰⁹ Lauridsen förtydligar på annat ställe att de lege lata argumentation rymmer Ross' de sententiabegrepp, vilket uttryckt på annat sätt innebär att Lauridsen omfattar ett annat rättspolitikbegrepp:¹¹⁰

"Sagt i almindelighed er det et naturligt og ofte nødvendigt led i dogmatiske fremstillinger de lege lata af den bestående retsordens nærmere indhold at gennemføre kritiske analyser af domstolsafgørelser og herunder dels argumentere imod og kritisere domme, som strider mod retsordenen, og dels påvise og argumentere for hvorledes en bestemt praksis uden at komme i modstrid med denne retsorden kunne ændres på den ene eller anden måde. Retspolitisk bliver en juridisk fremstilling efter nærværende afhandlings terminologi normalt først, når forfatteren argumenterer for forslag til løsninger på retlige spørgsmål, som efter en sædvanlig juridisk opfattelse *kun* vil kunne gennemføres ved lovgivningsmæssige foranstaltninger."¹¹¹

Det förhållandet att det krävs någon form av självständigt ställningstagande i en tolkningsfråga eller motsvarande för att något skall "förtjäna" epitetet "argumentation de lege lata" innebär att behovet av ett begrepp 'de sententia ferenda' kan ifrågasättas.¹¹² Begreppet är särskilt problematiskt eftersom det är ägnat att ge sken av att de lege lata argumentation skulle bestå av beskrivningar av innehållet i gällande rätt.¹¹³

Begreppet de sententia ferenda var såvitt jag kunnat finna¹¹⁴ heller inte särskilt vanligt förekommande inom den svenska rättsvetenskapliga litteraturen och

¹⁰⁸ Lauridsen Studier i retspolitisk argumentation 1974 s 19 vid och i not 12. Se även Lauridsen Om retspolitikens empiriske grundlag 1978.

¹⁰⁹ Lauridsen Studier i retspolitisk argumentation 1974 s 332.

¹¹⁰ Vi måste emellertid ha i åtanke att Ross' de sententia-begrepp skall relateras till hans de lege lata-begrepp, som innefattade prognoser om framtida domstolsbeteende och att Ross' distinktion inte är relaterad till den distinktion som här görs mellan deskriptiv och normativ.

¹¹¹ Lauridsen Studier i retspolitisk argumentation 1974 s 88-89.

¹¹² Hellner tycks heller inte se något behov av detta begrepp, jfr Civilrättslig forskning 1974 s 9 och i anmälan av Runessons avhandling i JT 1996/97 s 502-504.

¹¹³ När Hellner knyter an rättsvetenskapens uppgifter till rättsfilosofernas gällande rättsbestämning beskriver han skillnaderna enligt följande: "Skillnaden mellan problem de lege lata och de lege ferenda bygger på uppfattningen att de förra avser den gällande rätten, de senare en rätt som inte nu är gällande men som kan komma att bli det i framtiden." Hellner Civilrättslig forskning 1974 s 12.

¹¹⁴ Påståendet baseras på en högst ovetenskaplig sporadisk studie av arbeten som berört frågan om karaktären på den rättsliga argumentationen, rättsvetenskapens uppgifter etc.

det finns anledning att även beträffande svenska förhållanden biträda Lauridsens uppfattning om att begreppet inte vunnit någon större utbredning.¹¹⁵ Under senare år tycks begreppet ha vunnit åtskilliga nya anhängare och det förekommer i ett flertal avhandlingar och andra arbeten under de senaste tio åren.¹¹⁶

¹¹⁵ I tiden före Lauridsens angrepp mot Ross kan hänvisas till Strömholm Något om sociologins betydelse för juridiken 1970 s 122, vari begreppen *de sententia* och *de lege ferenda* används. Bergström använder det på följande sätt: "varför skulle inte rättsvetenskapsmanen på samma sätt som en domare kunna sätta sig över utgången i tidigare rättsfall, när detta är befogat, och således föreslå en lösning *de sententia ferenda*? Bergström Kan den juridiska tekniken förbättras? 1972 s 124.

Strömholm synes ha tagit intryck av Lauridsens kritik genom att ha övergått från att använda begreppet till att i stället tala om "rekommendationer *de lege lata*", (Rätt, rättskällor och rättstillämpning 1988 s 67), vilket nämligen måste svara mot begreppet *de sententia ferenda* i Ross' tappning. Så tycks Strömholm för övrigt använda terminologin redan i artikeln Användning av utländskt material i juridiska monografier 1971 s 258-59. Här talar han först om "argument för rekommendationer *de lege lata* eller *de lege ferenda* och strax därefter, och betydelsen förefaller vara densamma, om "argumentation *de sententia* eller *de lege ferenda*. Jfr Hellner (Civilrättsforskningen och framtiden 1975 s 397), som använder det beskrivande; "uttalar sig om problem 'de lege lata', som det vanligen heter, eller 'de sententia ferenda' som några säger."

¹¹⁶ Det förekommer i ovan behandlade artikel av Westberg, utan något ställningstagande till innebörden dock, se Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats 1992 s 431 och 434. Westberg använder också begreppet i Domstols officialprövning 1988 s 55 not 111. I anslutning till Lauridsen definierar Westberg *de sententia ferenda* som "en argumentationsmässig verksamhet som utmynnar i rådgivning till rättstillämpande myndigheter, t ex domstolarna, att utveckla vissa sedvanerättsliga regler". Millqvist (Finansiell leasing 1986 s 12-13) använder uttrycket sålunda: "Genom att de flesta av dessa problem ännu inte varit föremål för rättslig prövning eller lagstiftning blir det i många fall fråga om en diskussion *de sententia ferenda*." Det används också av Bladini i Gruppskadeförsäkring 1990 s 28 på följande sätt: "Liksom vid undersökningar av andra rättsliga institut innebär detta att en stor del av de juridiska problemen inte varit föremål för någon rättslig prövning. Således blir det i många fall fråga om en diskussion *de sententia ferenda*, dvs. resonemang och uttalanden om hur rätten bör se ut." Hammarén använder sig uttryckligen av denna argumentationstyp, se Hammarén Teaterregi & Upphovsrätt 1997 s 22. Även Runesson (Rekonstruktion av ofullständiga avtal 1996) säger sig i vissa delar resonera *de sententia ferenda*, "med vilket uttryck här avses min uppfattning om vilka rättsliga avgöranden som bör träffas när gällande rätt är oklar." (s 32-33) Han förtydligar skillnaderna mot *de lege ferenda* resonemang enligt följande: "Undersökningen kan i detta avseende möjligen bidra till resonemang *de sententia ferenda* i fråga om lämpligheten av analogier eller resonemang *de lege ferenda* i fråga om lämpligheten av att införa modifierade regler." (s 33) Även Herre (Ersättningar i köprätten 1996) använder uttrycket. Efter att likt Ross gjort en åtskillnad mellan å ena sidan *de lege lata* och å andra sidan de båda ferendatyperna framhåller han emellertid: "Särskilt på rättsområden eller i frågor där den inhemska diskussionen är knapphändig torde det vidare vara svårt att dra gränsen mellan vad som är *de lege lata* respektive *de lege ferenda* et *de sententiae ferenda*." (s 42 not 40.) Utan något närmare ställningstagande till innebörden används det också av Bergholtz (i "Rune Lavin v. Aleksander Peczenik: A Swedish Ex-

Med begreppsparet deskriptivt/normativt kommer vi inte särskilt långt. Om vi inser att redan tolkning utöver den vardagsspråkliga betydelsen av lagregler innebär att vi lämnar det deskriptiva, samtidigt som ingen torde kunna påstå att sådan verksamhet utgör argumentation de lege ferenda eller rättspolitik mister begreppsparet deskriptivt/normativt sin funktion i dessa sammanhang.¹¹⁷ Accepterar vi Lauridsens bestämning av de lege ferenda begreppet, samtidigt som vi inser att det t o m finns utrymme för att argumentera och vinna framgång även när lagregler i sitt utpekande av en annan lösning är klara till sin innebörd¹¹⁸ blir det så mycket som kommer att hänföras till kategorin de lege lata att även värdet av denna distinktion kan ifrågasättas.¹¹⁹ Det är således inte endast på områden med begränsad eller obefintlig legislativ reglering distinktionen lata/ferenda suddas ut.¹²⁰ Det förefaller möjligt att argumentera de lege lata för en förändring av ett klart rättsläge samtidigt som man kan argumentera de lege ferenda för att bibehålla ett klart rättsläge.¹²¹ Detta innebär att de här använda begreppsparen i nu aktuella kontext är föga lämpade för att karaktärisera de rättsliga utslagen.

Man kan heller inte låta faktisk framgång vara avgörande. Att inte vinna framgång när man i domstol argumenterar de lege lata för att en klar lagre-

ample of the Usefulness of Legal Theory for Legal Dogmatics” 1997) och av Jonas Malmberg (Anställningsavtalet 1997 s 26).

¹¹⁷ Motsvarande kritik drabbar då distinktionerna teoretisk/ateoretisk respektive oäkta/äkta rättsatser.

¹¹⁸ Jfr obsolet-institutet. Jfr också Grönfors Ändamålsförskjutning och rättssäkerhet 1960 och Lehrberg Praktisk juridisk metod 1992 s 130-31. Se också AD 1983:137.

Om betydelsen av distinktionen lata/ferenda inom straffrätten och andra områden där legalitetsprincipen och föreställningarna om förbuden mot retroaktiv lagstiftning har stark utbredning, jfr Thornstedt Legalitet och teleologisk metod i straffrätten 1955.

¹¹⁹ Det bör dock, som redan nämnts, framhållas att det kan finnas skäl att lagstifta även om rättsläget är klart. I en artikel om behovet av lagstiftning och forskning inom sakrätten inleder Håstad med att framhålla att det finns ”skäl att ställa frågan, när lagstiftning överhuvudtaget bör äga rum inom detta område” och besvarar den sålunda: ”Den viktigaste situationen är att en regel bör ändras som inte kan ändras i praxis. Hit hör framför allt fallet att en dålig regel framgår av lag. Men också om en dålig regel framgår bara av praxis, är det i allmänhet svårt att ändra denna regel genom ny praxis, eftersom rättsäkerheten har stor betydelse inom sakrätten. Kreditväsendet har ofta inrättat sig efter prejudikat. HD kan inte ställa upp några övergångsregler.” Håstad Lagstiftnings- och forskningsbehov inom sakrätten 1988 s 224. Håstad beskriver även andra situationer där lagstiftning kan vara lämpligt, dels ”när man inte kan förvänta sig HD-avgöranden inom överskådlig tid och för ”att göra redan etablerade regler lättare tillgängliga för allmänheten eller praktiserande jurister.” A a s 224-25.

¹²⁰ Jfr Lindskog Kvittning 1993 s 27.

¹²¹ Håstad Lagstiftnings- och forskningsbehov inom sakrätten 1988 s 224-5. Citerat strax här ovan.

gel skall åsidosättas innebär inte att resonemanget i själva verket varit de lege ferenda,¹²² lika lite som att ett resonemang inte är de lege ferenda bara för att man inte vinner lagstiftarens öra.¹²³ Eftersom så väl de lege lata- som de lege ferenda-resonemang har påtagligt normativ karaktär reduceras därför skillnaden till mot vem argumentationen riktas¹²⁴ och blir ytterst en fråga om intentionen hos den som argumenterar.¹²⁵ Det kan också uttryckas så att respektive begrepp kan fungera som en beskrivning av föreställningarna hos den argumenterande om på vilket sätt argumenten kan vinna framgång.

Detta innebär också att begreppsparet rättsdogmatik/rättspolitik inte kan användas för att beskriva karaktären på den argumentation som utförs i de avseenden som nu diskuterats. Däremot fungerar det som en beskrivning av de utgångspunkter varpå argumentationen bygger, eftersom de ”rättfärdigas på olika sätt”.¹²⁶

Om man då definierar de lege lata-argumentation i enlighet med Lauridsen och anlägger konsekvensrelaterade eller andra argument som inte baseras på historiskt beteende eller vad auktoritativa rättskällor föreskriver förefaller man t o m kunna tala om rättspolitisk argumentation de lege lata.¹²⁷

¹²² När arbetsgivarsidan således i AD 1998:17 pläderade för att en stridsåtgärd stod i strid med europakonventionens föreningsfrihetsregler och kanske framför allt mot en ”proportionalitetsprincip” rörde det sig naturligtvis om ett resonemang de lege lata, även om domstolen inte godtog arbetsgivarsidans synsätt.

¹²³ En annan sak är att man med Zahle kan påstå att det ”viser sig, om en regeländring er nödvändig, eller om ändringen kan ske i praxis”. Zahle Retsdogmatik og retskritik 1989 s 52.

¹²⁴ Jfr Lauridsen Om retspolitikens empiriske grundlag 1978.

¹²⁵ Det blir belysande när vi med Roos betraktar skillnaderna mellan vårt system och det amerikanska: ”Juridiska vetenskapsmän i Norden har som ambition att deras locktoner skall uppfattas av lagstiftarens öra. I USA där common law är rådande är ambitionen att de vetenskapliga argumenten skall användas i domstolarnas domar.” Roos Varför rättsekonomi? 1993 s 240. Eftersom rättsvetenskapsmannen argumenterar på en abstrakt nivå är det därför av mindre betydelse för denne än för advokaten att skilja dem åt.

¹²⁶ Citerat från Bjarup ”Jan Hellners rättsteori - i anledning av Claes Petersons recension” 1996/97 s 834, om än inte kontexten är identisk.

¹²⁷ Och då är vi tillbaka till den påtagliga likheten mellan teleologisk lagtolkning och rättspolitisk argumentation. Jfr Westberg, som gör följande anmärkning i inledningsavsnittet till sin avhandling (Det bör poängteras att Westberg strax dessförinnan anslutit sig till det vidsträckta rättspolitikbegrepp som innesluter såväl argumentation de lege ferenda som de sententia ferenda, s 55 not 111.): ”Det är svårt att dra en klar gräns mellan rättspolitik och teleologisk lagtolkning, eftersom argumentationen i båda fallen är likartad. Speciellt vanskelig blir gränsdragningen, om lagmotiven till en viss regel inte klart uttalar ändamålen med lagregeln och om uttolkaren (t ex en domare eller en författare) av denna föreskrift själv fastslår ändamålen genom analys av bestämmelsen och dess antagna konsekvenser. Sådan egen ändamålsfastställelse kan betraktas som ett viktigt led i den teleologiska lagtolk-

Gränserna mellan rättsdogmatik och rättspolitik reduceras då till en fråga om formen på den slutsats argumentationen utmynnar i.¹²⁸

Oavsett om man biträder uppfattningen att normativa inslag faller utom rättsvetenskapen förefaller få numera hävda att rättsvetare inte skall ägna sig åt rättspolitisk argumentation.¹²⁹ Menar man att normativa inslag är en legitim del av den rättsvetenskapliga verksamheten blir därför också tudelningen mellan rättsdogmatik och rättspolitik av mindre intresse. Men eftersom distinktionen mellan argumentationsformerna de lege ferenda och de lege lata och dess motsvarande utsagor normativ/deskriptiv ändå är djupt förankrad leder det till att man omdefinierar dem i stället för att överge dem. En ”öppen” syn på rättsvetenskapens uppgift leder exempelvis till att

ningsmetoden. Enligt min mening kan ändamålsfastställelsen lika gärna betraktas som ett betydelsefullt led i en rättspolitisk verksamhet, som skall utmynna i en rekommendation till domstolarna att tillämpa regeln på visst sätt.” Westberg Domstols officialprövning 1988 s 56 not 112. Thornstedt framförde motsvarande synpunkter drygt trettio år tidigare: ”Om nu lagtexten är utgångspunkten för fastställandet av ändamålet, varför får då analysen av texten icke drivas så långt som möjligt för att lagtillämparen skall kunna utnyttja det oftast intensiva och mödosamma arbete, som de lagstiftande organen nedlagt på ordalydelsen i syfte att ge klarast möjliga direktiv? Att Ekelöf ej medger ett sådant förfaringsätt, torde bero på att det för honom väsentliga i hans metod är att skilja den teoretiska verksamhet, som fastställandet av innebörden enligt hans mening är från applicerandet av ändamålssynpunkter, vilket utgör en ateoretisk operation. En långt driven analys innebär nämligen, att ändamålssynpunkter i stor utsträckning blandas in i analysen av lagtextens innebörd, varvid den klara boskillnad, som Ekelöf vill uppnå mellan teori och rättspolitik, skulle gå förlorad.” Thornstedt Legalitet och teleologisk metod i straffrätten 1955 s 350.

¹²⁸ Jfr Hellner, som när han avfärdar rättsfilosofins gällande rätt-definitioner som bestämmande för hur rättsvetenskapsmän bör arbeta tonar ned skillnaden mellan olika typer av argumentation: ”Skillnaden mellan frågor de lege lata och de lege ferenda behöver inte vara grundläggande. En rättsvetenskapsman kan undersöka hur man bör påverka allmänhetens handlande eller om man bör tilldela vissa personer några förmåner el dyl, och sedan som en bifråga ta upp, huruvida detta förutsätter lagstiftning, ändring av rättspraxis, ny administrativ kontroll, ekonomiska bidrag till kostnader som uppstår, osv.” Hellner Civilrättslig forskning 1974 s 12. Jfr också Agell som framhåller att ”(e)n systematisk eller dogmatisk undersökning av ett begränsat område med teleologisk metod leder lätt över på grundläggande överväganden om hur reglerna lämpligen borde vara beskaffade, och steget från de lege lata till de lege ferenda- undersökningar behöver inte vara så långt.” Agell Spridda tankar om civilrättens forskningsuppgifter 1974 s 27-28.

¹²⁹ Rodhe förfäktar dock alljämt den uppfattningen och framhåller att han är ”tämligen ensam bland kollegor”, Beskrivning - prognos - rekommendation. En trosbekännelse JT 1996/97 s 1, vilket Hellner konstaterade redan 1973, Hellner Civilrättslig forskning 1974 s 22. De skäl Rodhe åberopar till stöd för sin ståndpunkt är dels ”att den rättsvetenskapsman som engagerar sig för en viss lösning i lag eller dom därmed försvagar sin förmåga att korrekt beskriva verkligheten”, dels ”att den som låter sina vetenskapliga omdömen åtföljas av rekommendationer, därmed riskerar sitt anseende för opartiskhet i beskrivningen av rättsreglerna”, a s 4.

man vidgar begreppet normativ¹³⁰ eller inskränker lex lata-begreppet så att lex ferendaresonemang inkluderar sådant som alla menar omfattas av den vetenskapliga rättsdogmatiken.¹³¹ Alternativt kan man vidga lex lata-begreppet.¹³² Menar man att normativa inslag inte hör till rättsvetenskapen kan man vidga deskriptivbegreppet¹³³ eller rättspolitikbegreppet.¹³⁴

Distinktionen lata/ferenda baseras på föreställningen att det är möjligt att frysa rätten till en viss tidpunkt. Men även om vi med en realistisk syn inriktar den rättsvetenskapliga analysen på prognoser blir vi, som vi också sett att Ross själv tillstår, även då ofrånkomligen en del av vårt forskningsobjekt.¹³⁵ Anlägger vi ett icke-normativistiskt eller realistiskt synsätt på rätten och en annan syn på rättsvetenskapens uppgift visar sig också det orimliga i upprätthållandet av distinktionen, samtidigt som de problem som här påvisats i vart fall delvis försvinner.

1.2.2.4 Deskriptiva utsagors normerande funktion¹³⁶

Även om det är möjligt att upprätthålla distinktionen mellan deskriptiva och normativa utsagor¹³⁷ om gällande rätt visar sig ytterligare problem och detta även om man inte accepterar Ross' syn på den reella karaktären hos rättsvetenskapliga utsagor. Man måste nämligen skilja mellan intention och funktion eller avsikt och effekt. Om man inte enbart betraktar intentionen hos utsagornas avgivare eller dess "teoretiska karaktär" utan jämväl dess funktion framstår distinktionen deskriptiv/normativ som än mer pro-

¹³⁰ Se Westberg Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats 1992 s 437: "Undersökningen blir alltid normativ i den meningen att regler i en eller annan mening fastslås, konstrueras, kritiseras eller förklaras (till uppkomstgrund, innebörd, ändamål eller konsekvenser och då ur t ex ideologisk, sociologisk, politisk, historisk eller ekonomisk synvinkel)."

¹³¹ Peterson/Sandström Lex lata - lex ferenda. Fakta eller fiktion? 1992.

¹³² Strömholm, som talar om "rekommendationer de lege lata", Rätt, rättskällor och rättstillämpning 1988 s 67.

¹³³ Exempelvis Rodhe Beskrivning - prognos - rekommendation. En trosbekännelse. JT 1996/97 s 1 ff. Jfr Lauridsen Studier i retspolitisk argumentation 1974.

¹³⁴ Jfr Ross Om ret og retfærdighed 1953.

¹³⁵ Jfr också Tuori nedan avsnitt 1.3.3.4.

¹³⁶ Inspirationen till vad här sägs om normerande/normativt har jag fått från kollegan Håkan Gustafsson.

¹³⁷ Eller "att i mörker är alla katter grå", som Ekelöf uttrycker saken i Kommentarer till diskussionen kring bevisvärdemodellen och temamodellen 1990 s 55. Strömholm framhåller att problemgränsen må vara svårfunnen men som delningslinje är den "principiellt alltid giltig", Har den komparativa rätten en metod? 1972 s 462.

blematisk.¹³⁸ Det finns nämligen anledning att anta att även ostridigt deskriptiva utsagor har en *normerande* funktion.¹³⁹

Såväl realistiska som normativistiska teorier baseras på att människor i gemen såväl som domstolsledamöter och andra rättsliga beslutsfattare av olika skäl känner en plikt att efterleva lagstiftning och andra auktoritativa källor. Att med anspråk på att deskriptivt klargöra innehållet i sådan lagstiftning, eller de handlingsmönster som däri ingår, innefattar därför också att ”ange vad domstolarna *böra* göra för att vara i överensstämmelse med gällande regler”.¹⁴⁰ En rättsdogmatisk utsaga om gällande rätt – eller *på rättsordningsnivå* som jag nedan kommer att beteckna det – innebär således att vi har anspråk på att framställa vad man bör göra, om än det sker i deskriptionens form.¹⁴¹

”Rettsdogmatikken beskriver ikke selve rettsanvendelsen, men det *regelsett* som styrer denne - *gjeldende rett*. Dette betyder at rettsforskerens utsagn i siste instans får karakter av en *anbefaling* til rettsanvenderen: 'Hvis du vill komme frem til en *riktig* eller *forsvarlig* løsning av dette konkrete retts spørsmål, må du basere deg på følgende forståelse av gjeldende rett på dette området.”¹⁴²

Klami framhåller att rättsforskningen inte kan ”undvika sin normativa natur. Även då den förnekar sin natur och säger att den enbart *beskriver* det förflutna eller *prognosticerar* kommande beslut, *uppfattas dess resultat såsom normativa argument*.”¹⁴³

Inser vi denna *normerande funktion* även hos till intentionen deskriptiva utsagor måste vi samtidigt inse det moraliska ansvar som åvilar oss. Vi har som rättsvetare ingen skyldighet att beskriva ett *böra* som vi tar avstånd

¹³⁸ Jfr ett liknande tema hos Lindell, som avfärdar straffrättarnas distinktion mellan deskriptiva och normativa rekvisit, Lindell Sakfrågor och rättsfrågor 1987 s 197ff m hänv.

¹³⁹ Det är följaktligen inte endast normer som verkar normerande. Teorier och andra föreställningar fungerar på samma sätt. Föreställningen om rättsdogmatikens uppgift - perspektivet - att utreda gällande rätt verkar således normerande på det metodologiska planet.

¹⁴⁰ Olivecrona Om lagen och staten 1940 s 53.

¹⁴¹ Jfr Hedenius Om rätt och moral 1941 s 110 och Om den rättsfilosofiska domstolsrealismen 1978 s 46 med hänv.

¹⁴² Doublet och Bernt Retten og vitenskapen 1992 s 30, citerat ur Peczenik Vad är rätt 1995 s 314. Jfr Wrangé, som formulerar det hela på följande sätt: ”Rättsdogmatiken () bearbetar rätten genom tolkning och systematisering och anger vad som enligt rättsdogmatikerns uppfattning är gällande rätt. Rättsdogmatiken är alltså såväl beskrivande som preskriptiv. Visserligen beskriver den bara gällande rätt, men i kombination med domarens första bud - 'Du skall tillämpa gällande rätt' - blir rättsdogmatikerns slutsats ett påbud”. Wrangé Recension av Mellqvist/Persson (red) Retorik och rätt i JT 1995/96 s 502-3.

¹⁴³ Klami Föreläsningar över juridikens metodlära 1989 s 47.

från. Att det är vetbart innebär inte att det är värt att veta.¹⁴⁴ Därför måste vi, om vi överhuvudtaget skall framställa sådana beskrivningar, förena dem med normativt inriktad kritik. Genom ett exempel påvisar Klami hur den till normativ kritik negative rättsvetaren faktiskt bidrar till att legitimeras en ordning han själv ogillar:

”Juristen X 'beskriver' ett HD-rättsfall i sin bok - och underlåter att kritisera det, emedan han anser, att detta inte tillhör den rättspositivistiska vetenskapsmodell som han företräder. En underrättsdomare, som inte har varit medveten om detta opublicerade rättsfall, läser hans bok och fattar sitt beslut i ett visst mål åberopande (i sin interna justifiering) detta rättsfall. Utsagan om detta rättsfall har - på sätt och vis övergått från en skenbar beskrivning till en utpräglad normativitet.”¹⁴⁵

En förklaring till det normerande dilemma står att finna i själva de språkliga former som kommer till användning i juridiska texter.¹⁴⁶ Eckhoff belyser detta:

”Det juridiske språk og den juridiske metode gir store muligheter for å skjule for seg selv og andre i hvilken grad de avgjørelser som treffes er betinget av vurderinger. For det første er vårt begrepsapparat slik innrettet at vi i stor utstrekning kan bruke en deskriptiv språkform når vi drøfter og tar stilling til spørsmål som er av overveiende vurderingsmessig karakter.”¹⁴⁷

Den språkliga formen kan också återspegla en oklarhet om insikten i vad man i själva verket uttalar sig om. En term som enligt min uppfattning är

¹⁴⁴ Törnebohm Vad är vetbart och vad är värt att veta? 1981.

¹⁴⁵ Klami Föreläsningar över juridikens metodlära 1989 s 47-48. Klamis slutsats härav blir, och då presenterar han ett avgörande argument för en öppet normativ rättsvetenskap: ”Helt visst är det rättsdogmatikens uppgift att beskriva och förutse rättsligt beteende och dess sociala följder. Men jag kan inte inse, varför rättsdogmatiken borde nöja sig härmed. Emedan rättsdogmatiken *till sin natur är normativ*, bör den även utföra normativ kritik (och självkritik)”, a s 48.

¹⁴⁶ Jfr Adlercreutz Rättstillämpningen och samhällslivet 1978 s 46: ”I själva verket är det allmänt erkänt att rättsbildningen delvis försiggår genom rättstillämpningen bla. därför att rättsregler eller avtalade villkor aldrig fullständigt täcker alla situationer och domstolarna likväl måste ta ställning i de tvister de har kompetens att handlägga. Att de därvid ofta gesken av att tillämpa givna regler är ävenledes allmänt känt. Inte minst under avtalstolkningens täckmantel döljes inte sällan en rättsbildning, som så småningom, när praxis hunnit stadgas, öppet erkännes som sedvanerätt.”

¹⁴⁷ Eckhoff Rettslige vurderinger 1970 s 78-79. Eckhoff åberopar bl a Agges artikel Abstrakt norm og konkret verklighet. Jfr Westberg, som framhåller att ”(d)e slutsatser og funderinger som bør presenteras som egne tankespån kan *alltför ofta kläs i sådan språkdräkt att de framstår som ofrånkomliga tolkningar av gängse rättskälletexter*. Risken för sammanblandning av argumentationsformerna är besvärande stor.” Westberg Avhandlings-skrivande og val av forskningsansats 1992 s 434.

särskilt ägnad att skapa förvirring, såväl angående karaktären på en utsaga som beträffande avsikten hos den som använder den, är termen *torde*.¹⁴⁸

Själva det faktum att en deskriptiv analys av gällande rätt ger en klar inriktning och en systemkoherent bild av rättsstoffet är således ägnad att ge analysens resultat en normerande funktion. Man måste då emellertid ha klart för sig att "(a)rgumentationsformer som systematisk lagtolkning och begreppsanalys (inte har) till uppgift att kritisera och riva ner det bestående utan tvärtom att skapa homogenitet och harmoni mellan systemets beståndsdelar."¹⁴⁹ Det tekniska inslaget i det rättsdogmatiska kunskapsintresset¹⁵⁰ och den metodarsenal som är knuten därtill är således ägnad att ge en till avsikten systematisk eller deskriptivanalytisk ansats en *normerande* funktion. Därvid saknar det betydelse om resultaten framställs som prognoser eller öppna rekommendationer. Men det innebär att den som saknar insikt om den socialvetenskapliga paradoxen eller det normerande dilemmat har företräde. Det finns nämligen anledning att anta att öppet normativa ställningstaganden har mindre förutsättningar till framgång¹⁵¹ och kanske särskilt om de baseras på icke-etablerade metodologiska grepp.¹⁵² Det faktum att den är öppet normativ kan således få motsatt effekt. Föreställer man sig därtill att materiell ämneskompetens primärt handlar om vidsträckta och djupa konkreta kunskaper om rättskällors innehåll¹⁵³ och inte

¹⁴⁸ Jfr om denna terms problem i förevarande sammanhang, Ekelöf Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? 1951 s 13-15.

¹⁴⁹ Westberg Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats 1992 s 435.

¹⁵⁰ Jfr ovan 1.2.2.2.

¹⁵¹ Jfr Hellner Rättsteori och rättsvetenskap i JT 1996/97 s 538 som i diskussionen med Peterson om Hellners lärobok i rättsteori angående frågan om rättsvetenskapens rättskällestatus framhåller: "Inte heller torde rättsvetenskapsmännen bry sig mycket om vilken auktoritet som författarna på de grunder som de anför vill tillerkänna den rättsvetenskapliga verksamheten. Vad rättsvetenskapsmannen kan begära, och väl ofta också begär, är att argumenten skall anses hållbara med de krav som allmänt ställs på deras verksamhet samt de krav de själva ställer, oavsett om man betraktar argumenten som politiska eller juridiska. *En annan sak är att rättsvetenskapsmän ofta gör den erfarenheten, att om de uttalar meningar om hur rätten bör vara, lagstiftare och domstolar inte följer deras meningar.* Men det är varje rättsvetenskapsmans ensak om han vill ta den risken eller ej." (Min kursivering.)

¹⁵² Jfr Samuelsson och Skogh Juridisk forskning i gränsområdet mot ekonomi - exemplet insiderhandel 1989 s 94.

¹⁵³ Jfr Linds exempel om att "Hellner kan de här sakerna", Högsta domstolen och frågan om doktrin och motiv som rättskälla 1996/97 s 361. Jfr Olivecrona, Om lagen och staten 1940 s 73, om föreställningen att en "framstående rättsvetenskapsman anses *veta* vad som är 'gällande rätt'".

om fördjupad argumentatorisk förmåga och metodologisk insikt kommer detta nämligen också att styra ens uppfattning om utsagornas karaktär.¹⁵⁴

Vad här sagts har naturligtvis inte endast relevans när vi talar om doktrinens betydelse som rättskälla. Detsamma gäller andra rättskällor, exempelvis uttalanden i domskäl. Jag vill påstå att det vid användningen av AD:s domar många gånger inte görs någon åtskillnad mellan domstolens beskrivningar, obiter dicta eller prejudikatsrättsatsen som sådan.¹⁵⁵ En till avsikten beskrivande framställning i domskälen får en normerande verkan genom att den just genom upprepningen förstärker den ursprungliga normativa utsagan. Christensen har i ett närliggande sammanhang talat om en smygande rättsutveckling.¹⁵⁶

Ett instrument för att komma till rätta med det normerande dilemmat är att rensa bort illusionen om att rättstillämparen eller rättsvetaren söker efter ett svar som finns, om än det kan vara svårt att hitta. Eckhoff framhåller att den analytiska filosofin bidragit till att bryta ned dessa föreställningar. ”Men så länge det juridiske språk beholder sin konstaterande form og så länge vi opererer med de tradisjonsbestemte rettskildekategorier, vil det alltid finnes muligheter for kamuflasje.”¹⁵⁷

Än mer påtaglig blir rättsvetenskapens påverkan när den bedriver justifiering i form av systematisering och begreppsbildning. Här är dock den normerande verkan mer indirekt till sin karaktär vilket dock ytterligare ökar kamouflaageeffekten. Systematisering och begreppsbildning har en tydlig normerande verkan¹⁵⁸ inte minst genom att de påverkar tolkningen av det konkreta rättsstoffet.¹⁵⁹ Någon principiell skillnad i de avseenden

¹⁵⁴ Hellner har beskrivit saken på följande sätt: ”De värderingar som den traditionella rättsvetenskapen ger sig in på är emellertid till övervägande del *betingade värderingar*, nämligen sådana som utgår från förutsättningen att en viss lagregel gäller, eller att en viss rättsprincip är antagen av domstolarna. Särskilt i den mån man följer i förväg fixerade principer för lagtolkning, prejudikatstillämpning osv. får de värdeomdömen som framkommer ett slags objektivitet, dvs man kan räkna med att bedömare påverkas mer av sina insikter i fakta och sammanhang än av sina personliga meningar.” Hellner *Civilrättslig forskning* 1974 s 22.

¹⁵⁵ Om skillnaderna mellan ratio och dicta, se exempelvis Peczenik *Vad är rätt* 1995 s 233f.

¹⁵⁶ Christensen *Löneavdrag för fackföreningsavgifter - en smygande rättsutveckling*, Lag & Avtal nr 5 1981 s 29.

¹⁵⁷ Eckhoff *Rettslige vurderinger* 1970 s 79.

¹⁵⁸ Jfr Peterson *Anmälan av Hellner, Rättsteori*, FT 1996 s 180.

¹⁵⁹ Se också Bolding, *Juridik och samhällsdebatt* 1968 s 67-8, som beträffande rättssystematisk begreppsbildning, typiseringar, ”principproduktion” etc frågar sig: ”Är det då bara denna pedagogiska och framställningstekniska effekt, som man vill ha fram när man mejslar ut ett begrepp eller lanserar en princip? Säkerligen inte alltid. Oavsett förslagsställarens syfte så ligger det nära till hands att begrepp och principer får betydelse inte bara på så sätt

som nu är aktuella föreligger därför inte mellan den praktiskt tolkande respektive den teoretiskt systematiserande eller begreppsbyggande rättsdogmatiken.

1.2.3 Sammanfattande avstamp

Åtskilligt av det vi kallar argumentation de lege lata är således normativt men under alla förhållanden genom sina normerande funktioner normativt till sin natur. Redan genom att ägna sig åt tolkning som enbart marginellt avviker från de handlingsföreställningar som en vardagsspråklig läsning av texten framkallar har man lämnat den rena deskriptionen eller passerat problemgränsen för att tala med Strömholm. Men genom att tolkning gör anspråk på att vara ett fastställande av stadgandets innebörd kommer tolkningssatsen att ges formen av en beskrivning av gällande rätt, vilken den som känner sig förpliktad att efterleva den också kan komma att påverkas av. Denna *normerande funktion* hos även till ambitionen deskriptiva utsagor gör en objektrelaterad rättsdogmatik till en omöjlighet och utgör i sig en bekräftelse på den rättsrealistiska synen på rätten som föreställningar och beteenden. ”Rättsvetenskapen, såvitt den behandlar den s. k. gällande rätten”, har icke ”ett verkligt utan endast ett skenbart föremål”.¹⁶⁰ Men därigenom blir också distinktionen de lege lata de lege ferenda problematisk och mindre intressant.

Insikten om rättsdogmatikens dilemma måste enligt min uppfattning innebära antingen att vi öppet negligerar det eller att vi börjar reflektera över om det möjligen är så att själva föreställningen om vårt forskningsobjekts väsen måste förändras.

I konsekvens med de uppfattningar som ovan refererats om vissa företrädare för den allmänna rättsläran syn på rättsvetenskapens uppgift väljer de den förstnämnda vägen. Peczenik förespråkar således en ”klassisk rättsdogmatik, som inte är främmande för kreativ forskning, djärva generaliseringar och värderingar.”¹⁶¹ Frändberg talar om att ”rättsdogmatikens 'slutprodukt' vanligen inte är gällande rätt utan en bearbetning och vidareut-

att de underlättar problemlösningar utan också på så sätt att de *inverkar på ställningstaganden*.”

¹⁶⁰ Hägerström Rätten och staten 1963 s 272 (1924).

¹⁶¹ Peczenik, Om den förvaltningsrättsliga forskningen och rättsdogmatiken 1990 s 46, i diskussionen med Lavin och han fortsätter: ”Vad Lavin i själva verket förkastar är den snäva och snedvridna bild av den rättsdogmatiska forskningen som dess ideologiska kritiker skapat. Den framstående rättsvetenskapsmannen har på så sätt omedvetet anammat sina kritikers språkbruk och skenbart tagit avstånd från sitt eget arbetsområde.”

veckling (precisering, utvidgning, inskränkning) av densamma. Den egentliga rättsdogmatiken tar, liksom rättstillämpningen, vid sedan giltigheten väl blivit undersökt; rättsdogmatik är främst argumentation.”¹⁶²

”Dogmatikern förhåller sig till sitt föremål, inte som astronomen till himlakropparna utan som keramikern till leran - eller, för att inte göra lagstiftaren eller domaren någon orätt, såsom förädlaren till halvfabrikatet. Den gällande rätten är för dogmatikern inte blott ett objekt för analys utan främst för bearbetning, precisering (tolkning) och kritik. Den är blott en rättsdogmatikerns naturliga utgångspunkt. Rättsdogmatiken är, med andra ord, *en konstruktiv*, intellektuell verksamhet och påminner i detta avseende t ex om matematik, filosofi och ingenjörsvetenskap.”¹⁶³

I polemik mot uppfattningar om att rättsdogmatikens syfte ”skulle vara begränsat till ett fastställande av gällande rätt” framhåller Frändberg att rättsdogmatikens huvuduppgift är ”att erbjuda logiskt, teknologiskt och (inte minst) teleologiskt *bättre versioner* av den gällande rättens viktigaste delar och därutöver en egen, självständig rättsbildning (doktrin) på områden, där den gällande rätten är rudimentär eller helt obefintlig men där det föreligger ett starkt samhälleligt behov av rättslig reglering”.¹⁶⁴ Även Peczenik har talat i termer av rättsvetenskapen som ”en rättsförbättrande teknologi”.¹⁶⁵

Även om detta program är väsentligt mer tilltalande än en förment objektiv gällande rätt-inriktad rättsdogmatik är risken enligt min uppfattning påtaglig att det får en rent ideologiskapande funktion.¹⁶⁶ Genom att en rättsdogmatik som är inriktad mot rättsförbättrande samtidigt styrs av föreställningen om rättens enhet kommer dess huvudinriktning att vara förlagd till den rättssystematiska nivån och den öppna normativiteten blir där mer problematisk jämfört med om den är inriktad mot rättsordningsnivån. Antagandet om rättssystemets enhet, som anses vara en ofrånkomlig utgångspunkt för den tolkande och systematiserande rättsdogmatiken även i

¹⁶² Frändberg Rättsregel och rättsval 1984 s 67.

¹⁶³ Frändberg Rättsregel och rättsval 1984 s 66, varefter han fortsätter: ”Om man sedan vill beteckna denna verksamhet som 'vetenskap' eller ej har jag svårt att uppfatta som någon särskilt intressant fråga. Huvudsaken är att densamma bedrivs på ett rationellt och okorrumpert sätt”.

¹⁶⁴ Frändberg Rättsregel och rättsval 1984 s 68.

¹⁶⁵ Peczenik Rätt, rationalitet och ideologikritik 1996 s 83.

¹⁶⁶ Och man bör därtill fråga sig vilka moment i den juridiska grundutbildningen eller forskarutbildningen det är som gör rättsdogmatikern lämpad att *väsentligen* ägna sig åt att skapa en bättre rätt? Jfr Saarenpää, Juridisk doktorsavhandling. Finländska synpunkter 1995, som emellertid gör en åtskillnad mellan vad doktoranden och den färdige forskaren kan ägna sig åt.

dess öppet normativa gestalter, riskerar – genom att förstärka de rättsideologiska föreställningarna – att bidra till den åtskillnad mellan rätt och moral som av och till tillskrivs rättstillämpningen. Rättsideologins upprätthållande innebär att rättsverksamheternas funktioner – och därmed också sambandet mellan samhällsliga värderingar och rätten – otydliggörs och rättsvetenskapen riskerar med en sådan verksamhet att frånta de rättsliga beslutsfattarna dess ansvar.

Att de uppgifter den tolkande och systematiserande rättsdogmatiken fullgör behövs förnekas därmed inte, men det förefaller ligga närmast till hands att dessa fullgörs av det praktiska livets aktörer och inte av rättsvetenskapen. Som kommer att framgå nedan är jag heller inte motståndare till att rättsvetare anvisar alternativ till rådande rättsföreställningar. Men en sådan verksamhet måste baseras på kunskapskritisk grund och kombineras med en öppen redovisning av de värderingar varpå ens ställningstaganden bygger.

1.3 Ett realistiskt alternativ

1.3.1 Rättsteoretiska bekännelser

Det är två olika rättsvetenskapliga traditioner som ligger bakom det sätt varpå jag angriper ämnet och som samtidigt kan förklara mitt ämnesval. Jag är å ena sidan anhängare av den syn på rätten så den formulerades av Hägerström och dennes lärjungar. Samtidigt är jag starkt inspirerad av den nordiska kritiska eller alternativa jurisprudence med Wilhelmsson och Eriksson som två av de främsta företrädarna. Jag kommer nedan att något utveckla min syn på dessa båda läror och försöka påvisa hur de kan förenas. De iakttagelser som under senare tid gjorts om att den ”analytiska rättsvetenskapen och framför allt den alternativa rättsdogmatiken” i själva verket består i en sorts ”*realismens reinkarnation*” förefaller ha fog för sig.¹⁶⁷ Det bör då redan här framhållas att respektive traditioner ingalunda utgör några enhetliga skolbildningar,¹⁶⁸ vilket man kan förledas tro vara fallet om man tar del av kritikers beskrivningar av respektive tradition.

Ett väsentligt inslag såvitt angår behandlingen av rättsrealismen är att ifrågasätta de uppfattningar som idag florerar kring dess innehåll.¹⁶⁹ Det är också viktigt att vi skiljer på frågan om synen på rättens ontologi och de metodologiska implikationerna härav. Det är här de båda traditionerna har förutsättningar att förenas. En förklaring till de uppfattningar som idag råder om rättsrealismen sammanhänger nämligen sannolikt med att realisterna själva inte drog de metodologiska konsekvenserna av sin syn på rättens vara. Såväl Olivecronas som Ross' postkunskapskritiska metodologiska program är inte tillräckligt tydligt avskilt från rättspositivismen. Den starka koppling som på det ontologiska planet finns mellan rätt och moral hos realismen riskerar att försvinna om den kombineras med en praktiskt inriktad, rättskälleorienterad metodologi. Det är den vulgärrealism som blir resultatet av att man förenar en realistisk syn på rättens vara med att man

¹⁶⁷ Pihlajamäki Den rättsliga formalismen och kritiken av den i Retfærd nr 78 (1997) s 67. Pihlajamäki framhåller också som en etablerad uppfattning motsvarande koppling mellan den amerikanska realismen och CLS-rörelsen, s 62.

¹⁶⁸ Tolonen framhåller att uppsalaskolan eller den skandinaviska realismen inte är någon ”enhetlig åskådning, som baserar sig på en gemensam teoretisk grund”. Hannu Tolonen Några synpunkter på den skandinaviska rättsrealismen, Retfærd nr 53 (1991) s 21.

¹⁶⁹ Jfr Zahle, Afdækning af genus-relationens retlige relevans JT 1997/98 s 1310-11, om hur vanligt det är att realisterna refereras genom andrahandskällor och att ”det er sekundærlitteratur, der har bestemt herskende opfatelse.” Jfr också Fredriksson, Wittgenstein 1993 s 120, som drar paralleller mellan de missförstånd som uppstått beträffande Wittgensteins och Hägerströms läror.

okritiskt söker kunskap om den i auktoritativa rättskällor som leder till uppfattningen att makt är rätt.

Min uppfattning om den formalism som präglar arbetsdomstolens tillämpning av saklig grund-regeln (särskilt) på arbetsbristuppsägningar har sin motsvarighet på andra områden. Den pågående diskussionen om rättens värdelöshet är ett allmänt uttryck för detta.¹⁷⁰ I denna diskussion har man (bl a) kommit att söka förklaringen till sakernas tillstånd i implikationerna av uppsalaskolans eller den skandinaviska rättsrealismens syn på rätten och rättsvetenskapens uppgift. Jag menar att dessa uppfattningar kan ifrågasättas.¹⁷¹ Det finns nämligen anledning att anta att de förhållanden som är utgångspunkten för dagens diskussion om rättens värdelöshet i själva verket har stora likheter med den situation som rådde när Hägerström och senare dennes lärjungar startade sin kamp mot begreppsjurisprudens och metafysik.¹⁷² Istället för att tillskriva realisterna dagens värdelöshet kanske vi hos dem kan finna hjälp i vår strävan efter en mer värdefull rätt.

1.3.2 Kritisk deskription....

1.3.2.1 Rätten som ett socialt maskineri. Det grundläggande sambandet mellan rätt och moral i realismen

Hos såväl Hägerström,¹⁷³ Lundstedt¹⁷⁴ och Olivecrona¹⁷⁵ används bilden av rätten som ett maskineri när de försöker förklara rättens vara. I polemik mot positivistiska viljeteorier och naturrättsliga läror konstaterar Hägerström att "(r)ättsordningen är i det hela intet annat än ett socialt maskineri,

¹⁷⁰ Se bl a Hydén/Thoor (red) Rätt i förändring 1997. Beträffande den pågående diskussionen om svensk rätts värdelöshet kan påpekas att intet är nytt under solen. Ett curiosum är Fahlerantz G Varför ha' tro och heder blivit sällsynta mot förr? och varför skall ensamt i Sverige moralen fattas som icke hörande till rätten? 1914. Det är den svenska formalismen författaren (häradshövding) går till angrepp mot.

¹⁷¹ Jag vill poängtera att detta inte innefattar kritik mot beskrivningen av sakernas tillstånd och jag delar inte den kritik som kommer till uttryck i Ekstedt Journalismen och rätten 1997/98.

¹⁷² Om nutida sådana tendenser på andra områden, se Kleineman Begreppsbildningen och den skadeståndsrättsliga analysen - en renässans för begreppsjurisprudensen, JT 1993/94 718 ff.

¹⁷³ Exempelvis Rätten och staten 1963 s 242-43 (1924) och En straffrättslig principundersökning 1939.

¹⁷⁴ Exempelvis Obligationsbegreppet 1930 s 92f, Det Hägerström-Lundstedtska misstaget 1942 s 32ff och Grundlinjer i skadeståndsrätten 1944 s 582.

¹⁷⁵ Exempelvis Rättsordningen 1981 (1966) och Till frågan om rättsvetenskapens problemställning 1927.

i vilket kuggarna utgöres av människor.”¹⁷⁶ Enligt Hägerström är det tre faktorer som bidrar till rättsordningens upprätthållande. Den grundläggande förutsättningen är vad Hägerström kallar social instinkt. Härmed avser han ”det faktum att i en viss människogrupp dess medlemmar *i allmänhet oberoende av all reflexion* äro inställda på följande av vissa gemensamma handlingsregler, varigenom en samverkan till åtminstone livsuppehållelse och fortplantning inom gruppen blir möjlig.”¹⁷⁷ Utöver den sociala instinkten tillkommer också att maskineriet verkar genom en ”positiv moralisk inställning och fruktan för yttre tvång”.¹⁷⁸

Olivecrona beskriver den färdiga lagen som ”ett kugghjul i samhällsmaskineriet, som påverkar människornas handlingssätt.”¹⁷⁹ ”En regel förefinnes endast som innehåll i intermitterent uppdykande föreställningar hos olika individer. Vad som föranleder skenet av permanens är att man har vissa hjälpmedel för att regelbundet väcka dessa föreställningar till liv”.¹⁸⁰ Olivecronas teori om rättsreglerna som fristående imperativer skall förstås i denna kontext. Vår sociala programmering gör att vissa typer av handlingar framkallar en plikt känsla. De som tillskriver rätten bindande kraft objektiverar i själva verket denna känsla av bundenhet och knyter an den till normen eller lagstiftningsakten som sådan.¹⁸¹ Lagstiftning innebär från denna synpunkt att vissa personer söker psykiskt påverka andra människor till ett visst handlingssätt.¹⁸² Det som gör att detta kan ha förutsättningar till framgång är att de lagstiftande innehar ”nyckelpositioner, som gör det möjligt för dem att proklamera imperativer med vidsträckt praktisk effekt”.¹⁸³ Informationen eller propagandan är här ett fundamentalt instrument om man önskar uppnå reella beteendeförändringar.¹⁸⁴ Olivecrona förklarar möjligheterna av att genom lagstiftningsakten påverka beteenden med att en förutsättning är att ”författningen är allmänt respekterad”. Om så icke vore fallet ”skulle lagstiftarna lika gärna kunna ställa sig ute i en ödemark och kungöra sina bud”.

¹⁷⁶ Hägerström En straffrättslig principundersökning 1939 s 214 (även i Socialfilosofiska uppsatser s 185).

¹⁷⁷ Hägerström En straffrättslig principundersökning 1939 s 211 (även i Socialfilosofiska uppsatser s 181).

¹⁷⁸ Hägerström En straffrättslig principundersökning 1939 s 213 (även i Socialfilosofiska uppsatser s 183).

¹⁷⁹ Olivecrona Rättsordningen 1981 s 142.

¹⁸⁰ Varvid Olivecrona nämmer lagböcker etc, Om lagen och staten 1940 s 48.

¹⁸¹ Olivecrona Om lagen och staten 1940 s 20.

¹⁸² Olivecrona Om lagen och staten 1940 s 17.

¹⁸³ Olivecrona Om lagen och staten 1940 s 67.

¹⁸⁴ Olivecrona Om lagen och staten 1940 s 37-38.

”Det är med andra ord det faktum att grundlagarnas imperativer är effektiva inom folket, som föranleder att även den grundlagsenligt stiftade lagen blir effektiv. Lagstiftningsakten kan därför sägas innebära att lagstiftarna utnyttjar en genom en fast attityd inom folket given psykologisk mekanism. Tack vare detta läge blir de i stånd att med praktisk verkan utfärda imperativer.”¹⁸⁵

Även om hotet om tvång är en realitet som kan utgöra en del av förklaringen till att regler efterlevs och att den sociala instinkten skapar en känsla av moralisk plikt att följa lagstiftning oavsett om den överensstämmer med våra egna föreställningar om vad som är rätt och riktigt måste den frivilliga efterlevnaden väsentligen ha sin bakgrund i att regelsystemet i stort står i överensstämmelse med faktiskt existerande sociala värderingar.

”Möjligheten att utöva fysiskt tvång i de former som hör till rättsordningen (och icke till kriget) är beroende av att myndigheternas lagar, föreskrifter och domar på det hela taget blir lojalt respekterade och åttlydda; eljest skulle tvångsapparaten helt enkelt inte kunna fungera.”¹⁸⁶

Det är således en missuppfattning att rättsrealismen skiljer mellan rätt och moral.¹⁸⁷ Den av såväl tidiga socialantropologer¹⁸⁸ som vitt skilda moderna svenska rättsvetare¹⁸⁹ omfattade insikten om att rätten för att kunna fungera måste efterlevas frivilligt är bara ett annat sätt att uttrycka den Hägerströmska uppfattningen.¹⁹⁰ Och huvudpoängen är då inte att det är rädslan för det statliga våldet utan att frivilligheten baseras på överensstämmelsen mellan rätten och gemensamma faktiskt existerande sociala värderingar och moraluppfattningar.¹⁹¹ Om inte lagstiftningen väsentligen stod i överensstämmelse med faktiskt existerande moraliska och andra sociala värderingar, skulle de kuggar människorna utgör i den realistiska synen på rätten falla ur sina lägen.¹⁹²

¹⁸⁵ Olivecrona Rättsordningen 1981 s 143.

¹⁸⁶ Olivecrona Rättsordningen 1981 s 267-8.

¹⁸⁷ Det kan för övrigt framhållas att Pihlajamäki som ett utmärkande drag framhåller att ”realisterna bestred den formalistiska rättsvetenskapens grundläggande utgångspunkt, dvs. att det var möjligt att skilja rättsligt tänkande från moral och politik”. Pihlajamäki Den rättsliga formalismen och kritiken av den 1997 s 60.

¹⁸⁸ Malinovski Brott och bruk i ett primitivt samhälle (1926).

¹⁸⁹ Hydén Rätten som förmedlare av goda värden 1989 s 48, Töllborg Personalkontroll 1986 s 59 ff. Jfr Strömholm Rätt, rättskällor och rättstillämpning 1988 s 376.

¹⁹⁰ Men det är så att det frivilliga efterlevandet är en del av rättens begrepp.

¹⁹¹ Det är därför ingen principiell skillnad mellan det sätt varpå rätten och andra normer verkar annat än formerna. Lagstiftningsinstitutet är från denna synpunkt en praktisk form för att skapa och konstituera regler. Se Olivecrona Om lagen och staten 1940 bl a s 43.

¹⁹² Jfr om sambandet mellan rätten och rådande värderingar hos Lundstedt, Strömberg Tore, Rättsfilosofins historia i huvuddrag 1981 s 78.

En av huvudpoängerna i rättsrealismen är insikten om rättsverksamheternas¹⁹³ funktion för samhällsmaskineriets upprätthållande. Principiellt är det ingen skillnad i lagstiftarens och rättstillämparens funktioner härvidlag och inte heller beträffande den kunskap som krävs för respektive uppgifts fullgörande.¹⁹⁴ Det är såväl lagstiftarens som rättstillämparens ansvar att tillse att maskineriet fungerar eftersom det är essentiellt för samhällets bestånd¹⁹⁵ och ett väsentligt moment består just däri att vid såväl lagstiftning som rättstillämpning bedöma konsekvenserna av besluten ur denna synpunkt. Enligt Hägerström innebär detta att en domare har att avvika även från klar och tydlig lag i den mån rättens självgående mekanismer riskeras genom en formalistisk rättstillämpning:

”Ja, stundom kan det bli ett krav på honom, att han handlar mot lagens klara ordalydelse, nämligen om det antingen kan sägas, att lagstiftaren icke kunnat förutse de sociala konsekvenserna under närvarande förhållanden av lagens användande i föreliggande fall eller den i det hela blivit föråldrad.”¹⁹⁶

Det är väsentligt att poängtera att skälen till att Hägerström menar att det finns anledning att avvika från en lag är totalt differenta jämfört med när en värdeobjektivist kommer till samma slutsats. Det är här den grundläggande skillnaden i uppfattningar också kommer till uttryck. Förekomsten av och relevansen av faktiska sociala värderingar i Hägerströms tappning ställs mot objektiva värden. Samtidigt måste det understrykas att förnekandet av objektiva värden inte innefattar ett förnekande av värderingars förekomst och betydelse och framför allt inte någon nihilism i betydelsen att den ena värderingen är så god som den andra.

Den i debatten av och till återkommande uppfattningen om att realisterna gjorde en åtskillnad mellan rätt och moral kan inte botten i annat än att man inte tagit till sig den realistiska teorin om rätten som ett samhällsmaskineri. Om domstolarna inte granskar de värderingar lagstiftningen avser att förverkliga fullgör de inte sin uppgift utan riskerar istället att bidra till rättssamhällets förfall.

Insikten om att rättstillämpning i regel inte handlar om logiska slutledningar eller om att utleta det rätta svaret innebär att en frihet under ansvar

¹⁹³ Lundstedts terminologi. Till rättsverksamheterna hänför han lagstiftning och rättstillämpning, däremot inte rättsvetenskap.

¹⁹⁴ Jfr Hägerström Till frågan om begreppet gällande rätt 1931 s 88.

¹⁹⁵ Jfr Hägerström Till frågan om begreppet gällande rätt 1931 s 86.

¹⁹⁶ Hägerström Till frågan om begreppet gällande rätt 1931 s 87. Här förefaller det således som om Hägerström t o m är beredd att gå längre än vad Peczenik gör, se Vad är rätt 1995 s 554.

läggs i rättstillämparens hand. Denna måste då också utövas genom att rättstillämparen inser denna sin funktion och öppet motiverar sina ställningstaganden.

1.3.2.2 Olika realistiska riktningar

Ross anger att det gemensamma draget hos olika realistiska riktningar är att de är eniga ”i at tyde retsnormernes gælden som udtryk for en vis social effektivitet”. Det som skiljer en gällande lag från ett lagförslag är ”at dens normative ideindhold er virksom i retslivet. Det der søges er altså den nærmere korrespondens mellem retsnormerne som et abstrakt ideindhold og de retsfænomener, hvorfra de er abstraherede.” Med hänsyn till att rättsfenomenen omfattar såväl rättsföreställningar som ”rättshandlingar” finns det två vägar att definiera ”normernes reale korrelat” och i enlighet härmed sönderfaller också realismen enligt Ross i två förgreningar som han väljer att kalla den *ideologiska* respektive den *behavioristiska*.¹⁹⁷ Ross beskriver den ideologiska realismen som sökandes

”rettens realitet i de handleforestillinger og -impulser der faktisk besjæler mennesker. Normen er gældende, for så vidt den indgår i den ideologi der faktisk opleves, og som man kan kalde for retsbevidstheden. Disse oplevelser er psykiske kendsgerninger, og det er dem der er det egentlige realindhold af retsvidenskabelige påstande om gældende ret. Verifikationsopgaven består derfor i en påvisning af, at en regel omfattes af den almindelige retsbevidsthed. At sådanne regler også håndhæves af domstolene er for denne opfattelse noget afledt og sekundært, en normal følge af den almindelige retsbevidsthed der er bestemmende også for dommerens reaktioner. Det egentlige kriterium er ikke håndhævelsen som sådan men dens årsag.”¹⁹⁸

Den behavioristiska realismen

”søger rettens realitet i retshandlingerne, nærmere bestemt i tvangshåndhævelsen ved domstolene. Afgørende for om normen gælder er, at det må antages, at den vil blive lagt til grund for kommende retsafgørelser. Realindholdet af retsvidenskabelige påstande om gældende ret er derfor prognoser om dommerbehavior. At sådanne normer stemmer med retsbevidstheden er efter denne op-

¹⁹⁷ Jfr Klami, Föreläsningar över juridikens metodlära 1989 s 13, som talar om att rätten enligt realismen utgörs av beteenden, som han delar upp i vad människor *tänker* respektive vad människor *gör*. Den förstnämnda synen kallar han den psykologiska och den andra den sociologiska realismen.

¹⁹⁸ Ross Om ret og retfærdighed 1953 s 85-86.

fattelse noget afledt og sekundært, en normal, men ikke nødvendig forudsætning for tvangsudøvelsen.”¹⁹⁹

Lite tillspetsat beskriver Ross skillnaderna så att enligt den ideologiska varianten används rätten för att den gäller medan behavioristerna menar att rätten gäller för att den används.²⁰⁰

Ross beskriver sin egen syn som en syntes av de båda varianterna:

”Synsmåden er behavioristisk, for så vidt den retter sig mod at finde sammenhæng og forudsigelighed i dommerens ydre iagttagelige verbale behavior. Den er ideologisk, for så vidt den retter sig mod at finde sammenhæng der er tale om er en mening- og motivationsammenhæng, der kun er mulig under den hypotese, at dommeren i sit sjæleliv beherskes og motiveres af en normativ ideologi af vist indhold.”²⁰¹

Jag delar Ross uppfattning att det är nödvändigt att syntetisera de båda inriktningarna. Någon avgörande skillnad mellan den behavioristiska och den ideologiska realismen föreligger i själva verket inte. Det rör sig snarast om vad man väljer att fokusera på i sina definitioner. Vi bör också komma ihåg att det väsentliga i den rättsrealistiska läran är att finna en mer realistisk förklaring till rättens väsen än den positivistiska synen på rätten som normer. Definitionerna innefattar därför primärt ett avståndstagande från det normativistiska synsättet.

Jag vill poängtera att min syn på rätten som en relation mellan föreställningar och beteenden inte innefattar ett förnekande av existensen av lagstiftning eller andra konkreta resultat av rättsligt beslutsfattande. De uttryckssätt som kanske särskilt Lundstedt använde sig av kunde lätt leda till ett sådant missförstånd.²⁰² Däremot innebär det att regelbegreppet tolkas på ett annat sätt. ”Förnekar man att det finns häxor i den gamla goda betydelsen av trollpackor som far till Blåkulla, har man därmed inte bestritt att det finns gamla gummor”, för att citera Olivecronas svar på Hedenius kritik.²⁰³ En konsekvens av en dualistisk realistisk syn på rätten är likväl att det saknar mening att påstå att regler existerar annat än i betydelsen regelbundet beteende eller gemensamma (handlings)föreställningar.

¹⁹⁹ Ross Om ret og retfærdighed 1953 s 88.

²⁰⁰ Ross Om ret og retfærdighed 1953 s 88.

²⁰¹ Ross Om ret og retfærdighed 1953 s 89.

²⁰² Se Hedenius kritik i Om rätt och moral 1941 och Olivecronas svar härpå i Lagens imperativ 1942.

²⁰³ Olivecrona Lagens imperativ 1942 s 51.

1.3.2.3 Kritik mot realisternas metodologiska program

Posner har om de amerikanska realisterna sagt att de visste vad som skulle göras men inte hur det skulle göras.²⁰⁴ Det finns anledning att ifrågasätta om förhållandet inte är detsamma beträffande flera företrädare för den skandinaviska realismen, ja, det finns t o m skäl att fråga sig om vissa av dem ens insåg vad som skulle göras. Det är därför inte utan fog Peczenik påstår att konsekvensen på den metodologiska nivån blir att positivism och realism blir samma sak.²⁰⁵

Värdet av den grundläggande kunskapskritiska inriktningen i realisternas rättsvetenskapliga program och som syftade till att skala bort metafysik och begreppsjurisprudens från det juridiska tänkandet kan inte överskattas och har för övrigt påtagliga likheter med senare ideologikritiska åskådningar. Jag menar emellertid att denna huvudinriktning hos realisterna försvinner i dess rättsdogmatiska program. Risker är påtagliga att man "hamnar i knät på" rättspositivismen när man för att söka kunskap om undersökningsobjektet ändå ägnar sig åt tolkning och systematisering av innehållet i den normativa ideologin.

När Olivecrona definierar rättsregler "såsom uttryck för idéer om handlingssätt (av t.ex. domare) i tänkta situationer"²⁰⁶ och senare preciserar rättsvetenskapens uppgift till att "klargöra, vilka handlingsföreställningar som kommit till uttryck i lagen och andra till rättssystemet räknade regler"²⁰⁷ förefaller det ligga närmast till hands, särskilt mot bakgrund av Olivecronas syn på rätten som ett maskineri, att studera de handlingsföreställningar som reglerna de facto framkallar hos dem de vänder sig till. Så uppfattar emellertid inte Olivecrona saken. "Vad rättsvetenskapen har att göra vid utredningen av de givna reglernas innehåll är att klargöra, vilka handlingsföreställningar som kommit till uttryck i lagen och andra till rättssystemet räknade regler, att sammanställa dem med varandra och att systematisera dem. Detta är att syssla med verkligheten. Föreställningarna i fråga äro naturliga fakta. Det gäller blott att utreda deras innehåll." Att det härvid inte föreligger någon avgörande metodologisk åtskillnad mot den metafysiska rättsdogmatiken framhålls av Olivecrona själv när han fortsätter:

"Så förfar i själva verket all rättsvetenskap, på vilken åsikt om rättsordningens natur den än är baserad. Det förvirrande metafysiska inslaget är att idéinnehållet

²⁰⁴ Posner *Overcoming Law* 1995 s 393.

²⁰⁵ Peczenik *Om rättvis rätt* 961121 s 4f.

²⁰⁶ Olivecrona *Om lagen och staten* 1940 s 27.

²⁰⁷ Olivecrona *Om lagen och staten* 1940 s 50.

tillmätas en övervärldslig karaktär såsom innefattande ett 'objektivt böra', en 'bindande kraft'.²⁰⁸

Men genom att studiet inriktas på lagreglernas innehåll och inte på de handlingsföreställningar de framkallar är det följaktligen lagstiftningens handlingsmönster han i själva verket studerar. Så formulerar sig Olivecrona också när han tar avstånd från synen på rättsvetenskapen som en normativ vetenskap och framhåller att rättsfilosofin tagit fasta på imperativets form i stället för dess innehåll.

”I verkligheten förhåller det sig så, att den imperativa formen är fullkomligt likgiltig för själva det rättsvetenskapliga arbetet. Den har betydelse som ett medel att påverka folk till att handla enligt de uppställda handlingsmönstren. Naturligtvis är det en viktig uppgift att utreda det psykologiska sammanhanget därvidlag. Men det är en annan sak. Det är en psykologisk fråga. Vad som tillhör den egentliga juridiken och utgör dess objekt är *innehållet* i imperativerna, alltså handlingsmönstren själva.”²⁰⁹

Av vad Olivecrona säger på annat håll framstår det därtill att det är lagstiftarens föreställningar det rör sig om:

”Innehållet i lagen är en samling uttryck för *fantasiföreställningar* om mänskliga handlingssätt. De här givna reglerna äro *mönster* för hur människor skola handla.”²¹⁰

Vi ser också att Olivecrona i ett senare arbete gör en distinktion mellan lagrätten och domarrätten och därvid talar om att de ”fristående imperativerna förekommer alltså inom lagrättens område i två gestalter, dels såsom uttryckta i lagtexten, dels såsom innehåll i mottagarnas medvetanden.”²¹¹ För mig framstår de metodologiska implikationerna av dessa Olivecronas uppfattningar som att han lämnar den ontologiskt realistiska synen på rätten.

Jag menar att kritik även kan riktas mot Ross. Problemet med Ross är därtill att han är medveten om bristerna i sin metod.

Ett skäl till Ross' fokusering på den normativa ideologin i sina prognoser är den paradox han själv framhåller²¹² och som består i att prognosernas sannolikhetsgrad står i omvänd proportion till tydligheten i de handlingsföreställningar som lagstiftningen framkallar. Prognoserna måste nämligen

²⁰⁸ Olivecrona Om lagen och staten 1940 s 50.

²⁰⁹ Olivecrona Om lagen och staten 1940 s 51.

²¹⁰ Olivecrona Lagens imperativ 1942 s 5.

²¹¹ Olivecrona Rättsordningen 1981 s 138.

²¹² Ross Om ret og retfærdighed 1953 s 48.

baseras på faktiskt beteende hos domstolarna och i den mån lagreglerna är klara kommer antalet fall som dras till domstol att vara minimala och därigenom får vi ingen kunskap om hur domstolarna skulle komma att hantera frågan. Prognoser på sådana områden måste därför baseras på något annat.

”Mulighed for forståelse og forudsigelse af dommerens handlemåde kan kun vindes gennem en ideologisk tydning, d.v.s. gennem hypotesen om en vis ideologi der besjæler dommeren og motiverer hans handlinger.”²¹³

I denna normativa ideologi intar rättskällorna en central ställning och därför har rättsdogmatiken att studera rättskällornas innehåll. ”Via omveien om dommeres sjelsliv bringes vi altså tilbake til vanlig juridisk metode”, som Eckhoff uttryckt saken.²¹⁴ Insikten om problemet med att studiet av den normativa ideologin kanske inte utgör en korrekt bild av vad som styr beslutet - dvs distinktionen *discovery/justification* - utan en fasadlegitimation som begränsar prognosens värde bemöter Ross på detta intressanta sätt:

”Det er tydeligt, at dersom den traditionelle opfattelse er holdbar, afgiver den videnskabelige indsigt i gældende ret og dens tolkning det bedst mulige grundlag for at forudsige udfaldet af fremtidige retsafgørelser. Kan vi forudsige de retlige præmisser, kan vi også forudsige konklusionen. *Omvendt, hvis den modsatte teori er holdbar*. Indsigt i den retlige ideologi er herefter kun til ringe nytte, fordi det i virkeligheden ikke er den der motiverer dommerne. Om det overhovedet er muligt at nå frem til virkelig forståelse af, hvad der sker, og til forudsigelse af udfaldet af retstvister, udkræves hertil studier af en ganske anden art end de retsvidenskabelige.”²¹⁵

Denna kombination av insiktsfullhet och pragmatism finns det flera exempel på hos Ross och det finns säkerligen ett antal olika förklaringar till att såväl Ross som Olivecrona i sin metodologi inte kom att fullfölja det realistiska projektet. En sådan är det gemensamma strävandet hos realisterna och andra samtida riktningar mot att söka göra vetenskapen mer vetenskaplig²¹⁶ i enlighet med de empiristiska idealen.²¹⁷ Ross gällande rätt-

²¹³ Ross Om ret og retfærdighed 1953 s 50.

²¹⁴ Eckhoff Ross om rettskilder og rett (1987) s 168.

²¹⁵ Ross Om ret og retfærdighed 1953 s 57-58. Min kursivering.

²¹⁶ Jfr Dalberg-Larsen Virkelighed og værdier i retsvidenskaben 1997 s 272, Aubert Det dolda samhället (1965) s 106 och Eckhoff Ross om rettskilder og rett (1987) s 160 och 168.

²¹⁷ Jfr Ross Om ret og retfærdighed 1953 s 82. Men jag menar att poängen i realisternas angrepp inte enbart var att få till stånd en mer vetenskaplig rättsdogmatik. Det är inte bara denna utan jämväl de egentliga rättsverksamheterna som i sin gärning hemföll och alltjämt hemfaller åt metafysisk argumentation. (Jfr Lundstedt Grundlinjer i skadeståndsrätten 1953 s 92.)

inriktning kan naturligtvis också förklaras med det realistiska dilemmat och de tänkbara konsekvenserna av avståndstagandet från ett normativistiskt synsätt på rätten.²¹⁸ Jag har samtidigt svårt att frigöra mig från tanken på att såväl Ross som Olivecrona förutsatt att det skall finnas en rättsvetenskap som ägnar sig åt tolkning och systematisering av rättskällor och att deras väg från rättens ontologi till rättsvetenskaplig metodologi kommit att styras därav. Detta skulle i sin tur kunna vara föranlett av en osäkerhet om konsekvenserna för den traditionella rättsdogmatiken av att rättsvetenskapens uppgift inte skulle vara att utreda gällande rätt eller att i övrigt förse det praktiska rättslivet med normativt beslutsunderlag.

Olivecrona, som är den som kanske tydligast tar avstånd från naturrättsliga och rättspositivistiska föreställningar om rätten som ett objektivt vara eller som ett uttryck för statens vilja, är samtidigt den som i sin metodologi står normativismen närmast. Den leder därmed till en monism och tycks baseras på att det ändå finns ett korrekt handlingsmönster. Motsvarande monistiska implikationer kan Ross' prognosteori inte lastas för men om den nu är en rättsvetenskaplig metod och inte en rättstillämpningsmetod menar jag det finnas anledning att ifrågasätta vad vi skall ha den till annat än som en beskrivning av den verkliga karaktären på utsagor om gällande rätt. Min uppfattning är således att det är en ganska snäv syn på "den egentliga" rättsvetenskapens uppgift som Ross och Olivecrona förmedlar.²¹⁹

Det förefaller vara Lundstedt som i sina metodologiska program kom närmast det realistiska projektets förverkligande. Lundstedts samhällsnyttemetod, såväl i dess juridiska som rättsvetenskapliga variant, innefattar en uppfordran om att rättsverksamheterna har att ta ett ansvar för samhällsmaskineriets upprätthållande. Det är också denne som på det metodologiska planet, dvs i sin konstruktiva juridik, har störst likheter med den alternativa jurisprudensen.

²¹⁸ Jfr Tolonen, Hannu Några synpunkter på den skandinaviska rättsrealismen i *Retfærd* nr 53 (1991).

²¹⁹ Särskilt beträffande Olivecrona kan denna syn på rättsvetenskapens uppgift i kombination med metafysikkritiken och insikten om rättens vara mycket väl förklara den bild som av och till förmedlas om under vilka förhållanden dennes doktorander och kollegor levde. Se Töllborg Värden, underliggande normativa strukturer och rationalitet i *Retfærd* 74 (1996).

1.3.2.4 Föreställningar och beteenden - idésystem och handlingssystem²²⁰

Med utgångspunkt i distinktionen mellan rätten som föreställningar och beteenden kan man för åskådighetens skull använda bilden av rätten som ett särskilt socialt fält,²²¹ bestående av ett idésystem och ett handlingssystem. Andra sociala fält som kommer att figurera i framställningen nedan är dels det ekonomiska, dels vad jag valt att kalla det sociokulturella.²²² Lagstiftning kan – i vart fall i åtskilliga avseenden – sägas bestå i en sorts intresseadministration²²³ och resultatet av lagstiftning utgör i detta avseende en avvägning mellan värderingar – kanaliserade som intressen – från andra idésystem. Genom lagstiftningsprocessen, som här hänförs till det rättsliga handlingssystemet, transformeras dessa från andra idésystem avvägda värderingar till det rättsliga idésystemet.

Det specifika med det rättsliga handlingssystemet är att dess huvuduppgift är att producera handlingsmönster för andra sociala fält. Skälet till att det finns anledning att trots detta betrakta rätten som ett eget socialt fält är emellertid att det jämväl konstituerar sig självt genom att producera normer för det egna systemet som i hög grad har betydelse för dess relation till andra sociala system. Rättskällennormerna bör här framhållas som de viktigaste.

Det rättsliga handlingssystemets aktörer producerar rättsmaterial som blir en del av det rättsliga idésystemet vilket i sin tur ligger till grund för beteendeframkallande handlingsföreställningar såväl i det rättsliga som i andra handlingssystem i en ständigt kommunikativ, dialektisk process. Den normativa ideologin på idésystems nivå kan således betraktas dels som resultatet av handlingssystemets aktiviteter, dels som en av utgångspunkterna för det. Vägen från handlingssystem till idésystem kan med Poppers terminologi beskrivas som en justifieringsprocess medan den motsatta vägen kan beskrivas som en discoveryprocess.²²⁴

Fokuserar man sina rättsliga analyser på justifieringsprocessen framstår det rättsliga beslutsfattandet som i hög grad styrt av rättsliga normer. Detta

²²⁰ De tankar som här framställs har framkommit i diskussioner med min kollega Ulf Petrusson. I litteraturen kommer inspirationerna från Luhmann, Teubner, Hydén, Mathiesen, Habermas m fl.

²²¹ Termen kommer från socialantropologen Falk-Moore.

²²² Jfr Hydén, som härutöver talar om det politiska, det administrativa och det naturliga handlingssystemet, Rätten i förvandling – en strukturell teori om normer och regler 930820 s 18 ff och i Hydén/Anderberg Rätten i förvandling 1995 s 223-24.

²²³ Se Eriksson Rätt och intressen 1993.

²²⁴ Eller en administrativ respektive ideologisk kunskapsprocess för att tala med Petrusson, se Patent och industriell omvandling (manus) 1999.

kan förklaras av att det ligger i det rättsliga handlingssystemets väsen att söka reproducera sig självt genom att bibehålla föreställningen av ett specifikt samhällsligt system. Detta kommer då till uttryck i bilden av *normativ slutenh*, vilket knyter an justifieringsprocessen till de egna konstituerande normerna. Vi måste emellertid göra en åtskillnad mellan justifieringsprocessen och discoveryprocessen. I den discoveryprocess som föregår justifieringen är det rättsliga idésystemet endast en av flera påverkansfaktorer. Det är nämligen uteslutet att anta att de rättsliga aktörerna i beslutsprocessen enbart skulle låta sig påverkas av det rättsliga idésystemet. I den meningen kan man tala om att det rättsliga handlingssystemet är *kognitivt öppet*.²²⁵ Detta innebär nu inte att justifieringen enbart är en fasadlegitimation.²²⁶ Känslan av bundenhet till rättskälleideologier och värnandet av det egna systemets existens och därmed de egna professionernas bevarande begränsar utrymmet för hur andra faktorer än det rättsliga idésystemet kan tillåtas påverka det rättsliga beslutsfattandet. Någon total frihet ligger således inte i hävdandet av att discoveryprocessen är kognitivt öppen men i regel är utrymmet väsentligt större än vad justifieringen i domskäl eller motsvarande ger sken av. Detta är, som kommer att framgå, en väsentlig utgångspunkt för den alternativa jurisprudence.

En viktig uppgift för rättsvetenskapen är att undersöka hur föreställningar från andra sociala fält via det rättsliga handlingssystemet transformeras till det rättsliga idésystemet och bidrar till den ”juristskapte virkelighet”.²²⁷

Det är endast sådant som kan anföras på justifieringsstadiet som kan betecknas rättskällor, vilket begrepp i och för sig är mycket vidsträckt.²²⁸ Att endast rättskällor är relevanta i justifieringsstadiet hindrar inte att föreställningarna om dess innehåll också, i en annan egenskap dock, har stor betydelse även i discoverystadiet. Det finns anledning att anta att ju klarare rättsläget är desto större betydelse får rättskällornas innehåll i det för den fortsatta processen avgörande discoverystadiet. Man bör nämligen göra en åtskillnad mellan ett intuitivt skede och det medvetna rättsfinnandet i di-

²²⁵ Terminologin och begreppen bakom är Luhmanns. Se bl a Luhmann *Operational closure and structural coupling: The differentiation of the legal system* 1992.

²²⁶ Se Ross härovan. Jfr Frändberg, *Om analog användning av rättsnormer* 1973 s 11 ff, om olika rättsskeptisktiska läror som också bygger på att domstolar faktiskt inte tillämpar normer i sitt beslutsfattande.

²²⁷ Jfr Graver *Den juristskapte virkelighet* 1986.

²²⁸ Se Peczeniks kända katalog över vad som skall, bör respektive får användas i Juridikens metodproblem 1974 s 48ff och därefter i flera verk. Jfr motsvarande tredelning hos Ross, *Om ret og retfærdighed* 1953 s 93.

scoveyprocessen.²²⁹ Det intuitiva skedet är naturligtvis kognitivt öppet för intryck från andra idésystem men befintliga föreställningar om det rättsliga idésystemets innehåll påverkar också här; ju tydligare handlingsföreställningar det rättsliga idésystemet framkallar, desto större påverkan redan på detta stadium. Kanske detta också innebär att det finns ett samband mellan tydliga rättsregler och/eller rekvisitinriktad rättstillämpning och den värdelöshet vi idag upplever i svensk rättstillämpning. Värdena konkurreras ut av rättsreglerna redan på detta stadium.

Insikten om att domskälen (och rättsdogmatikens motsvarighet) utgör en *justifiering* gör det, alldeles särskilt när det rör sig om ”hard cases”, till en viktig uppgift för rättsvetenskapen att söka spekulera i vad som utgjort den verkliga bevekelsegrunden.²³⁰

1.3.2.5 Idésystemets olika nivåer

Den normativa ideologin eller det rättsliga idésystemet kan delas in i olika nivåer som beroende på perspektiv verkar i ena riktningen *justifierande* och i andra riktningen *normerande*.

När det talas om att rättsdogmatikens huvuduppgifter är att tolka *och* systematisera ger redan detta antydningar om att det rör sig om verksamheter på olika nivåer.²³¹ Med en begreppsbildning från (bl a) Tuori, och en terminologi som används av Gustafsson, Pöyhönen m fl kan man tala om en uppdelning av det rättsliga idésystemet i en *rättsordningsnivå* och en *rättsystemnivå*.²³² Till rättsordningsnivån hänförs här det konkreta rättsmaterialet, dvs lagstiftning, praxis etc eller reglerna i vidsträckt mening. På rättsystemnivå återfinns resultatet av det vi normalt kallar rättssystematiken, dvs indelningen i olika discipliner och andra systematiskt/pedago-

²²⁹ Jfr Strömholms tredelning i Den juridiska argumentationens relevanskriterier 1974 s 644 och om ”intuitiva överväganden” i Rätt, rättskällor och rättstillämpning 1988 s 358.

²³⁰ Jfr Strömholm om den s k domarsociologin i Rätt, rättskällor och rättstillämpning 1988 s 93.

²³¹ Jfr Bruun/Wilhelmsson, som framhåller att diskussionen kring en alternativ dogmatik för mycket kretsat kring tolkningsfrågor och ägnat mindre intresse åt de allmänna lärorna och annat på systemnivån, Rätten, moralen och det juridiska paradigmet 1983 s 712. Se också Tuori, som diskuterar rättens olika nivåer och knyter an den alternativa jurisprudensten därtill, Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin 1988 s 186-89.

²³² Terminologin - om än jag måhända inte använder den på avsett sätt - hämtad från Gustafsson, Håkan E pluribus unum? manus 1998 kap 2. Gustafsson bygger på bl a Pöyhönens kategorisering, vilken redovisas i Tuori Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin? 1988. Jfr också Håkan Gustafsson Rättssäkerhet och ”socialsäkerhet” 1992 s 65. Jfr Tuori i Kant och rättsvetenskapens tidlöshet 1997, där han talar om rättens ytnivå, rättskulturen och rättens djupstruktur.

giska indelningar, men också de juridiska begreppen, de allmänna lärorna, rättsprinciperna mm.²³³ Det är således resultatet av ett flertal olika verksamheter som kan hänföras till denna nivå och de försiggår också på olika plan.²³⁴ Rättsdogmatiken, som termen här används,²³⁵ inriktar sig på båda dessa nivåer och därigenom kan den komma att påverka det praktiska rättslivet på olika sätt. På rättsordningsnivå tillhandahåller rättsdogmatiken konkreta tolkningsresultat, rekommendationer eller andra ”regelspanter”²³⁶ som direkt kan ligga till grund för tillämpning i konkreta fall. Det är här det finns anledning att tala om doktrinen som rättskälla i mer omedelbar mening. Det finns dock skäl att anta att rättsdogmatikens mest inflytelserika roll, såväl idag som historiskt, ligger i den verksamhet som är koncentrerad till rättsystems-nivån. Peterson talar om systematiseringen som ”rättsvetenskapens prerogativ”.²³⁷ Som exempel kan, med Wilhelmsson, nämnas att det är rättsvetenskapen som formulerat ”utgångspunkterna för det rådande privaträttssystemet, inklusive principen om avtalsfrihet och avtalsbundenhet”.²³⁸ Vissa har talat om vad nu sägs i termer av juridisk grundforskning.²³⁹

Det är på rättsystems-nivån det konkreta rättsmaterialet ges en funktion genom att infogas i olika former av systematiseringar och begrepps-bildning. Det är på denna nivå kraven på koherens och enhetlighet gör sig gällande. I denna mening fungerar rättssystemet som en justifiering i förhållande till rättsordnings-nivån. Härutöver laborerar rättsteoretikerna dessutom med rättens *djupstruktur* eller *djupjustifieringsnivå*.²⁴⁰ Till denna nivå

²³³ Här växlar terminologin. Wilhelmsson hänför exempelvis principerna till de allmänna lärorna. Men här behövs inga närmare bestämmingar.

²³⁴ Jfr Bergholtz Rättsvetenskap och rättspolitik 1990 s 155: ”Den rättsdogmatiska systematiseringen inkluderar nämligen en ofta nyskapande teori- och begrepps-bildning, vilken i sin tur påverkar systematisering och tolkning.”

²³⁵ Gustafsson gör en tydligare uppdelning mellan olika rättsvetenskapliga verksamheter och de olika nivåerna. Delar av det jag här kallar rättsdogmatik skulle i Gustafssons mer nyanserade modell kallas rättsteori och kanske också i viss mån rättsfilosofi. Se Gustafsson, Håkan E pluribus unum? (manus) 1998 kap 2.

²³⁶ Jfr Strömholm Rätt, rättskällor och rättstillämpning 1988, bl a s 27.

²³⁷ Peterson Anmälan av Hellner, Rättsteori 1996 s 180. Jfr Bjarup ”Jan Hellners rättsteori - i anledning av Claes Petersons recension” i JT 1996/97 s 837. Peterson bemöter Bjarups invändningar i JT 1996/97 s 1084 under titeln Recension av en recension - en ny rättsvetenskaplig litteraturform.

²³⁸ Wilhelmsson En social avtalsrätt? - Några kommentarer 1993/94 s 504.

²³⁹ Se Andersson Skyddsändamål och adekvans 1993 s 178f med hänvisningar.

²⁴⁰ Här växlar såväl terminologi som begrepp. Vissa talar således om djupjustifierings-nivån. Om man emellertid menar att föreställningarna på denna nivå jämväl verkar bestämmande i discoveryprocessen är det lämpligare att med Tuori tala om en ”djupstrukturnivå”,

skulle man kunna hänföra generella rationalitets- och ekonomiskt/politiska föreställningar som på ett djupare plan förbinder rätten med andra sociala delsystem.

Om det i ena riktningen fungerar justifierande på respektive nivå kommer det i andra riktningen att skapa föreställningar som styr systematiseringen, begreppsbildningen och uppfattningarna om vad som utgör rimliga tolkningar och därmed – för att återknyta till den normerande funktionen i discoveryprocessen – om var gränserna går för vad som kan uppnås med rättslig argumentation. Huvudregler eller rättsliga utgångspunkter på rätts-systemsnivå skulle kunna sägas framstå som opolitiska eller inomrättsliga i den mån de via djupjustifieringen befinnes stå i samklang med de förhärskande ekonomiskt/politiska idéerna *såsom de producerats av aktörerna inom det rättsliga handlingssystemet*.

Med Teubner förhåller det sig så att "the law 'invents' an image of the economy, and formulates its norms by reference to this image. The economy 'invents' an image of the law and processes its payment procedures by reference to it."²⁴¹ Det är således väsentligt att ha klart för sig att det inte finns några naturgivna sanningar rörande förhållandet mellan rättslig reglering och det ekonomiska systemets funktionssätt. Det kan bara röra sig om föreställningar, som ser olika ut beroende på vem man är och var man befinner sig. Det är den juristskapte virkelighet, för att tala med Graver, som påverkar det rättsliga handlingssystemets aktörer. Det är därför fundamentalt att skapa kontroll över de processer som verkar föreställningsskapande. Men detta innebär att rättsvetenskapen jämväl kan verka ideologikritiskt på djupjustifieringsnivån. Förändringar av djupstrukturen är inte förändringar av den materiella verkligheten utan av de föreställningar som emanerar ur den. De dubbla justifieringarna försvårar möjligheterna att finna de värden som rättstillämpningen tillgodoser.

Om rättsvetenskapen på rättssystemnivå å ena sidan utgör ett bidrag till samhällsbyggandet har dess resultat å andra sidan en konserverande funktion.²⁴² Detta måste rättsvetenskapsmännen ständigt vara medvetna om och - i den mån förhållandena framkallar behov av sådan verksamhet - tillse att läroarna utvecklas så att de dessutom kan "fungera som föregångare".²⁴³

se Kant och rättsvetenskapens tidlöshet 1997. Jfr Unger som talar om den formativa kontexten, se exempelvis Tuori Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin? 1988.

²⁴¹ Teubner Law as an Autopoietic System 1993 s 79.

²⁴² Jfr exempelvis Wilhelmsson En social avtalsrätt? - Några kommentarer 1993/94 s 504 och Bergström Kan den juridiska tekniken förbättras? 1972.

²⁴³ Wilhelmsson En social avtalsrätt? - Några kommentarer 1993/94 s 504. Jfr exempelvis Lundstedts konstruktiva rättsvetenskap, avsnitt 1.3.3.2 nedan. Man kan här också dra pa-

Djupstrukturens normerande funktion i discoveryprocessen begränsar inte bara utrymmet för rättstillämpningen utan jämväl för lagstiftningen. Att rättspolitisk argumentation, det må röra sig om rättsvetenskapliga de lege ferenda-resonemang eller om statlig utredningsverksamhet, skulle vara fri är således en myt.²⁴⁴ En viktig uppgift för rättsvetenskapen är i denna kontext att kunskapskritiskt granska dessa ideologier så att vi i vart fall kan få till stånd ett medvetet ställningstagande till vad vi vill åstadkomma och konsekvenserna därav. Här är nämligen risken påtaglig att vi uppfattar vissa grupper värderingar som fakta.

Det är därför också väsentligt att kunna konstatera i vad mån de föreställningar varpå lagstiftaren baserat sina regler bygger på ideologiska förvrängningar. Om så är fallet finns det nämligen ingen anledning att tillmäta förklaringen normativ relevans. Så menar jag vara fallet med den sk företagsledningsrätten, vilken kommit att användas för att justifiera ett schabloniserat synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund.²⁴⁵

1.3.2.6 Metodologiska implikationer - rättsvetenskapens uppgift

Konsekvenserna av synen på rätten som ett samspel mellan beteenden och handlingsföreställningar innebär att den generella frågan om vad som utgör gällande rätt i själva verket blir ointressant.²⁴⁶ Vi måste istället konkretisera frågeställningen och anpassa den till den situation vi befinner oss i. Eftersom frågorna därigenom i regel är olika måste också metoden för att söka svaren på dem variera. Det är således nödvändigt med en metodologisk pluralism inom såväl den praktiska juridiken som inom rättsvetenskapen.

Behåller vi terminologin måste vi emellertid under alla förhållanden ge begreppet ett flexibelt innehåll. Ross avfärdar synen på gällande rätt som något absolut, fixerbart och framhåller att "(i) virkeligheden er påstanden om, at en regel er gældende ret, noget højt relativt. Om man vil, kan man også sige, at en regel kan være gældende ret i højere eller mindre grad varierende med den grad af sandsynlighed, hvormed det kan forudsiges, at den vil finde anvendelse."²⁴⁷ Motsvarande ståndpunkt återkommer han till

ralleller med diskussionen om formalismparadoxen, se nedan avsnitt 1.3.3.7. Här kan också nämnas Erikssons uppfattning om rättsvetenskapen som ett (också) utopiskt projekt (Eriksson Kvinnorätten i det rättsvetenskapliga projektet 1985 s 95).

²⁴⁴ Jfr Hellner Argumentation de lege ferenda, SvJT 1975 s 401ff.

²⁴⁵ Se härom nedan avsnitt 4.3.

²⁴⁶ Jfr Lundstedt, Obligationsbegreppet 1930 s 95 ff, som samtidigt framhäver det märkliga i distinktionen mellan argument de lege lata och de lege ferenda.

²⁴⁷ Ross Om ret og retfærdighed 1953 s 58.

när han diskuterar möjligheten av att en domstol kan döma fel. Ross poängterar att föreställningen om att en dom inte kan vara oriktig baseras på en felaktig uppfattning om riktningen på argumentationen kring gällande rätt, och här visar sig åter likheterna med den alternativa rättsdogmatiken:²⁴⁸ ”Spørgsmålet om hvad der er gældende ret går aldrig på noget historisk, altid på den fremtid der åbner sig, idet nupunktet forskyder sig fremad i tiden.”²⁴⁹

Ur ett normativt perspektiv finner vi en motsvarighet till den syn på rätten som här skisserats i Wilhelmssons teori om *det rättsligt möjliga*.²⁵⁰ Det blir där också tydligt att det är en statisk syn på begreppet gällande rätt som ligger till grund för den vedertagna distinktionen mellan argumentation *de lege lata* respektive *de lege ferenda*.²⁵¹ Rätten är inte ett objekt vars innehåll kan frysas till en viss bestämd tidpunkt och under alla förhållanden kan ett sådant konstaterande av antingen föreställningar eller beteenden endast avse förgången tid.²⁵² Använder vi sådana historiska bestäm-

²⁴⁸ Jfr också Klami, Föreläsningar över juridikens metodlära 1989 s 63, som drar följande slutsatser av sin ontologiska dualism (normer och beteenden): ”Begreppet 'gällande rätt' är enligt denna grundsyn en argumentationsfråga. Detta sammanhänger med min dualistiska syn på rättens ontologi: normer och beteende tolkas med hjälp av varandra, men den hermeneutiska cirkeln bryts av överväganden angående normers, beteendets och beslutsalternativs ändamålsenlighet.” Jfr också a a s 87-88: ”Rättspraxis består inte enbart av enskilda rättsfall, utan den bör snarare uppfattas som en social process, där olika avgöranden påverkar varandra; och det är samtidigt fråga om ett slags inlärningsprocess, eftersom rättspraxis i en viss mån kan lära av sig själv - man ser hur besluten mottas i olika auditorier och hur de påverkar samhället, och man reagerar kanske därpå.

Allt detta påkallar i princip en diakronisk analys av även rättspraxisen. Genom att sätta rättsfallen på en tidsaxel tillsammans med vissa andra dimensioner vinner man en djupare förståelse för detta fenomen. Och det behövs när man överväger, vilken roll man bör tillmäta olika avgöranden när det gäller att fatta nya beslut eller att rekommendera rättstillämpningsmodeller.”

²⁴⁹ Ross Om ret og retfærdighed 1953 s 64. Jfr här Petersons/Sandströms *lex lata* begrepp, *Lex lata - lex ferenda. Fakta eller fiktion?* 1996. Ingen rättsdogmatik skulle då vara *lex lata*.

²⁵⁰ Se nedan avsnitt 3.3.8.

²⁵¹ Jfr härom Lundstedt *Obligationsbegreppet* 1930 s 95-97.

²⁵² Jfr Doublet i *Lov og rett* 1996 s 70: ”En retslig beslutning som sådan bygger på foreliggende retskildemateriale og inngår så videre i en prosess som endrer retskildemateriale, i den forstand at dette ikke er det samme etter at en beslutning er truffet.” Se också Conradis slutord i ”Skapande dömande” 1993 s 86-87: ”Rätten eller rättsordningen - detta invecklade system av lagar och andra handlingsregler för hur vi människor skall leva ihop med varandra - har en inneboende dynamik. Det ligger mycket i tanken, att rätten kan liknas vid en teaterscen, där aktörerna (främst domstolarna) under föreställningens gång hela tiden gör (ny)tolkningar av och tillägg till, ibland även ändringar i, pjäsens text (rättsordningen). Rätten är således aldrig stillastående, och någon 'gällande rätt' finns principiellt inte. Gällande rätt är en approximering; man fryser föreställningen i ett visst ögonblick och frågar sig, vilken replik aktörerna i nästa ögonblick kommer att falla. Naturligtvis finns det en

ningar vid beskrivningen av nu gällande rätt får dessa ofrånkomligen en normerande funktion genom att de blir en del av det de avser att utreda.

Bibehållandet av begreppet gällande rätt är i sig styrt av föreställningar om rättsvetenskapens uppgift. Drar man emellertid konsekvenserna av synen på rätten som en kombination av föreställningar och beteenden "reduceras" rätten till vad som med modern terminologi skulle kunna kallas en kommunikativ process vari föreställningar och beteenden samverkar. Om vi skall använda termen gällande rätt måste den därför beteckna dessa processer. Ross beskriver på ett träffande sätt rätten som en process när han förklarar skillnaden mellan rättsdogmatik och rättshistoria genom att framhålla att det inte enbart är en fråga om skillnader i "retsreglernes tidsindex":

"For det første er det aktuelle øjeblik, nuet, ikke blot et tidspunkt sideordnet med alle forgangne tidspunkter. Det udmærker sig ved at være det punkt, hvortil virkelighedsforløbet er kommet og nu bryder ind i det endnu ukendte fremtidige. *Retten er selv med i denne bestandig fortløbende proces.*²⁵³ Enhver tidsbestemt fremstilling af gældende ret er et øjebliksbillede der fastholder et snit gennem denne strøm. Men det snit der lægges gennem det aktuelle nu er kendetegnet af de åbne spørgsmål overfor fremtiden. Hvad der er ret i dag er altid et spørgsmål om, hvad der vil ske i morgen. Medbestemmende, men også kun medbestemmende for denne kalkulation er, hvad der skete i går."²⁵⁴

Med en realistisk syn på rättens väsen måste rättsvetenskapens huvuduppgift vara att beskriva de rättsliga kunskapsprocesserna i dialektiken mellan föreställningar och beteenden. Ett väsentligt moment häri är att kunskapskritiskt (eller ideologikritiskt) granska argument som kommer till uttryck i

mängd regler - jämförbara med, på andra områden: grammatik, verslära, kompositionslära - för hur de medverkande, aktörerna, skall uppträda (t.ex. om rättskällornas användning och principerna för lagtolkning), men dels är dessa regler inte oomtvistade dels ändras samhällsförhållandena ständigt, och man kan därför aldrig riktigt säkert veta. Här kommer möjligheterna till nyskapande in." Conradi har dock en i mitt tycke för snäv syn på rättsvetenskapens roll i sammanhanget, se a a s 87 not 1.

Att man betraktar rätten på nu angivna sätt hindrar inte att rättstillämparnas egen syn på rättskällors ställning är av intresse. Se exempelvis Lind Förarbetena som rättskälla 1993 s 301 ff. Beträffande kritik mot Linds i nämnda artikel uttryckta uppfattning och motivering för den "lydnadsplikt" den ålägger rättstillämpare, se Kleineman Avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper i JT 1993/94 s 433 not 1. Jfr densammes uppfattning om att benägenheten till frimodighet i dömandet, "torde knappast vinna anslutning hos en senare generation svenska justitieråd som huvudsakligen danats genom tjänstgöring som lagstiftarbiträden i departement och utredningar". Kleineman Skadeståndsansvar vid psykiska depressioner - HD ändrar sin praxis i JT 1992/93 s 818 not 6.

²⁵³ Min kursivering.

²⁵⁴ Ross Om ret og retfærdighed 1953 s 31.

den justifiering som de rättsliga texterna utgör och att söka förklaringar till hur och varför de uppkommer. Ser vi rättsvetenskapens uppgift på nu antydda sätt kommer också frågan om en deskriptiv eller normativ rättsvetenskap i ett annat läge. En deskriptiv rättsvetenskap skulle då nämligen inte bestå i att osjälvständigt blott återge innehållet i rättskällor, som man kan få intryck av att de som pläderar för en normativ rättsvetenskap föreställer sig. Åtskilliga är de som uttryckt hur torftig rättsvetenskapsmannens uppgift skulle vara om den enbart skulle bestå i att beskriva innehållet i rättskällorna och jag delar denna uppfattning.²⁵⁵

Det är p g a att rättsdogmatikern trots allt ser som sin uppgift att förse det praktiska rättslivet med normativt beslutsunderlag som denna uppfattning skapar problem. Men det är inte detta som är alternativet till de rätts-sociologiska - eller kanske psykologiska - studier som närmast tycks ligga till hands om man nu betraktar rätten som en kombination av beteenden och handlingsföreställningar. Skillnaden bör nämligen inte vara *vad* man studerar utan *vilka*. Rättsdogmatiken studerar det rättsliga handlingssystemets aktörer och hur den normativa ideologin verkar mot denna medan rättssociologin studerar rättsföreställningarnas verkan i andra sociala delsystem. Såväl beteendevetenskapliga som sociologiska undersökningar blir med denna syn på rätten väsentliga rättsvetenskapliga uppgifter. Men det innebär inte att allt behöver göras samtidigt eller av samma individer. Det finns alltså behov av en delgren av det rättsvetenskapliga trädet som väsentligen, liksom rättsdogmatiken av tradition men på ett annat sätt, fokuserar på den normativa ideologin i form av kunskapskritiska studier av rättskällejustifieringar. Genom att kunskapskritiskt granska justifieringsprocessen bidrar vi till att skapa förutsättningar för att få till stånd en öppenhet i argumentationen som minskar skillnaderna mellan discoveryprocessen och justifieringsprocessen. Även om det är omöjligt att helt komma åt processerna i discoverystadiet är det dock möjligt att genom kritik mot traditionell domskälsjustifiering framtvinga en mer öppen attityd på detta stadium. Ett viktigt mål är att de båda processerna närmar sig varandra.

Det avgörande skälet till att kunskapskritiken i form av en kritisk analys av de rättsliga processerna måste vara den rättsdogmatiska grenens av rättsvetenskapen huvuduppgift är att det inte finns någon annan som fullgör den uppgiften.²⁵⁶ Utan ideologikritiken som medel blir beskrivningen av den normativa ideologin i sig ideologiserande.

²⁵⁵ Se exempelvis Agge Till frågan om rättsvetenskapens gränser 1955 s 4.

²⁵⁶ Jfr Sandgren Om empiri och rättsvetenskap II 1995/96 s 1036.

Genom en sådan inriktning på rättsdogmatiken undkommer vi inte helt det normerande dilemman eller den socialvetenskapliga paradoxen men vi minskar riskerna härför väsentligt. Vår strävan måste således vara att ha ett externt förhållningssätt till vårt studieobjekt. En rättsvetenskap som ser som sin huvuduppgift att förse rättsverksamheterna med normativt beslutsunderlag har inte ens en strävan att stå utanför. Detta omdöme träffar både den som medveten om dilemman ger upp strävan efter att särskilja argumentationens olika beståndsdelar och ägnar sig åt fri normativitet och den som verkligen tror sig kunna söka gällande rätt genom tolkning och systematisering. Båda verksamheterna är direkt ideologiskapande och detta kan inte vara en vetenskaps huvudfunktion.

Frigör man sig från ett normativistiskt synsätt på rätten inser man också att även den praktiska juridiken kräver en metodologisk pluralism. Sålunda är prognosen om domstols beteende av utomordentligt stor betydelse i det praktiska livet när man bedömer förutsättningarna för att driva en tvist inför domstol. Väl där får man emellertid byta metod. Då gäller det att framställa förhållandena på sådant sätt att man kan vinna saken för sin klient. Är man då övertygad om att domstolens ledamöter har en statisk syn på rätten bör man uttrycka sig på ett sätt som svarar häremot. För advokaten, som just har till uppgift att försöka påverka domstolen, är det normerande dilemman därför en viktig poäng. Inom den praktiska juridiken kan det således finnas skäl att utnyttja andras metafysiska föreställningar och därvid kan det vara aktuellt att använda sig av metoder och formuleringar som rättsvetenskapen bör ta avstånd ifrån. Menar man att rådande rättsföreställningar dåligt svarar mot förhållandena i ett konkret fall kan man istället resonera inom ramen för det rättsligt möjliga och därigenom konfrontera domstolen med de olika alternativ man menar står till buds. För den som har till uppgift att fungera som konsult för någon som exempelvis är mån om att inte drabbas av sanktioner med anledning av ett förestående handlande är det väsentligt att försöka få klarhet i hur han skall bete sig för att undkomma detta. Därvid måste man genom studier av hur rättstillämparen tidigare hanterat motsvarande frågor eller hur problematiken i övrigt behandlas i rättskällor göra en prognos om riskerna för att med ett visst handlande utsättas för sanktioner. Men här är fler faktorer än hur en domstol skulle kunna tänkas hantera frågan av betydelse. Vi kan exempelvis fråga oss vilka faktorer som kan tänkas avhålla en drabbad från att driva ärendet vidare. I anslutning till vad nu sagts måste det poängteras att även den praktiske juristen har ett ansvar för konsekvenserna av sitt handlande och får inte hemfalla till ren instrumentalism.

Domstolens uppgift är att träffa ett avgörande i en konkret tvist. Faktorer att här beakta är de samhälleliga konsekvenserna men också intresset

av att rätten framstår som enhetlig och förutsebar etc. Denna domstolens specifika uppgift innebär att metoden blir en annan än de olika advokatmetoderna. Att det beträffande de rättstillämpande organen vid dess ställningstaganden finns skäl att beakta avsikten eller syftet med den aktuella regleringen - vilket inte skall sammanblandas med *viljan* - är ett demokratiskt krav²⁵⁷ men domstolarna måste göra en konsekvensanalys där syftet är en av flera relevanta faktorer.

Att göra framåtriktade prognoser eller andra utredningar som visar möjligheterna av olika alternativ hör således advokat- eller åklagaryrket till²⁵⁸ medan (historiskt inriktade) studier av den normativa ideologin i syfte att upprätthålla förväntningarna på enhetlighet och förutsebarhet hör till rättstillämparens uppgifter.

Vad här nämnts är exempel. Poängen är att visa att den traditionella frågan om vad som utgör gällande rätt måste kopplas till en konkret situation och till den position vi befinner oss i eller den uppgift vi har. Det är av stor vikt att man inom juristutbildningen inser detta krav på metodologisk pluralism.

1.3.3 ...och alternativ normativitet

1.3.3.1 Utrymmet för och behovet av att förse rättsverksamheterna med normativt beslutsunderlag

Återvänder vi till rättsvetenskapens uppgift kan denna inte vara väsentligen normativ.²⁵⁹ Denna ståndpunkt innebär emellertid inte ett avståndstagande från att rättsvetenskapen ägnar sig åt konstruktiv juridik och förser rättsverksamheterna med normativt beslutsunderlag. Men detta bör endast ske på kunskapskritikens grund och när resultatet av denna visar att det finns ett behov härav.

Normativiteten är ett fundamentalt drag hos den alternativa jurisprudenzen. Det är på denna punkt det kan förefalla problematiskt att få ihop den med realismen. Så är emellertid inte fallet. Det är, som vi snart skall se, en myt att realisterna skulle ta avstånd från värderingar i rättsvetenskaplig verksamhet.

²⁵⁷ Jfr Hägerström Till frågan om begreppet gällande rätt 1931 s 86-87 och Lundstedt Grundlinjer i skadeståndsrätten 1944 s 569.

²⁵⁸ Jfr Rodhe Beskrivning - prognos - rekommendation. En trosbekännelse 1996/97 s 3 om vilka som har behov av att ta del av prognoser.

²⁵⁹ Se om Hägerströms uppfattning, Om moraliska föreställningars sanning 1911 s 55.

I Obligationsbegreppet (1930) framför Lundstedt sina synpunkter på föreställningen om att domaren tillämpar en redan existerande regel, dvs vad som skulle kunna sägas utgöra den realistiska utgångspunkten för insikten om behovet av en värderande rättsvetenskap.²⁶⁰

”Genom sin tro på rättsregler, med fixt innehåll kan domarens verksamhet komma att få en inriktning, som omöjliggör ett bedömande i största möjliga överensstämmelse med samhällsnyttiga synpunkter. Domaren måste ju, efter vad jag förut påvisat, såsom en kvasilagstiftare - under beaktande, såvitt icke chimäriska föreställningar göra sig gällande, av det bästa för samhället - självständigt uppställa maximer, där lagorden icke räcka till. Men hur skall detta kunna realiseras, om domaren tror, att här finns en redan given rättsregel, som han nu hade att utleta för att därefter ovillkorligen tillämpa? Vad domaren i verkligheten gör, det är just en värdering av allehanda frågor, företagen under trycket av olika psykologiska faktorer. Något annat kan han icke göra, eftersom de där rättsreglerna icke finnas. Denna värdering företager han alltså, hur mycket han än tror sig stå under trycket av rättsordningens bud. Men det säger sig självt, att domarens värdering skall kunna utfalla helt olika, allteftersom han vet om vad han gör och att han företager en värdering, eller han tror sig vara bunden på ett sätt, som han faktiskt icke kan vara.”²⁶¹

I den mån rättstillämparna är fångna i en normativistisk syn på rätten förstår de således inte ta sitt ansvar för samhällsmaskineriets upprätthållande. Enligt min uppfattning är den kritik mot rättstillämpningen som Lundstedt riktade 1930 adekvat även idag. Den formalistiska syn som präglar bl a arbetsdomstolens hantering av arbetsbristuppägningar är ett av många uttryck härför. Tar inte rättstillämparen och/eller lagstiftaren sitt ansvar finns det skäl att rättsvetenskapen lyfter fram domstolens uppgifter. Primärt bör detta ske genom kunskapskritiken och den emancipatoriska effekt detta kan antas få i kombination med att man framhåller rättsverksamheternas uppgifter. Lundstedt framhåller också att behovet av en normativ rättsvetenskap är betingat av att rättsverksamheterna inte tar sitt ansvar.²⁶² Behovet minskar således i takt med att rättviseideologierna rensas ut. Om rättsvetenskapen inriktar sig på att bedriva ideologikritik och att beskriva de rättsliga processerna minskar också behovet av att förse rättstillämpningen

²⁶⁰ Jfr Eckhoff, *Rettslige vurderinger* 1970 s 79, som framhåller att ”analytisk filosofi bidradd meget til å bryte ned illusjonen om at retten alltid er noe man finner”. (Jfr ovan 1.2.2.4.)

²⁶¹ Lundstedt *Obligationsbegreppet* 1930 258-59. Jfr Ross *Om ret og retfærdighed* 1953 s 179.

²⁶² Lundstedt *Grundlinjer i skadestandsrätten* 1953 s 98.

med konkret normativt beslutsunderlag. Visar sig detta inte tillräckligt finns det skäl att rättsvetenskapen också blir öppet normativ.

Det förhållandet att metafysiken alltjämt präglar rättsverksamheternas tänkande har blivit än mer problematiskt eftersom vikten av självständigt ansvarstagande i rättstillämpningen har ökat i takt med att lagstiftningen förändrat karaktär i riktning mot mål/medel- och intresseavvägningsnormer efterhand som lagstiftningen fått nya funktioner eller används i andra sammanhang. Som vi kommer att se nedan är detta själva utgångspunkten för den alternativa jurisprudence. Härigenom har också rättsvetenskapens uppgift att fungera vägledande för domstolarna delvis kommit i annan dager och behovet av att tillhandahålla alternativ ökat.

Med hänsyn till den ofrånkomligen ideologiskapande funktionen måste emellertid den av situationen betingade normativiteten bedrivas med försiktighet och ett krav måste vara att den inte framställs för någonting annat än vad den är. Här finns påtagliga likheter i det principiella synsättet mellan realisterna och den alternativa jurisprudence. Som Wilhelmsson framhåller är en viktig funktion just att framtvinga ett öppet ställningstagande från de rättstillämpande organens sida - att öka transparensen - ,²⁶³ något som är nödvändigt för att visa vägen bort från formalismen och värdelösheten. Det är således fundamentalt att en alternativ normativ rättsvetenskap inte ser som sin uppgift att s a s överta ansvaret för de rättsliga besluten. Det är inte rättsvetenskapen som skall skapa en bättre rätt, den uppgiften ankommer på rättsverksamheterna. I den mån den oreflekterande tillhandahåller normativt beslutsunderlag som enkelt kan appliceras bidrar detta i själva verket till att förstärka formalismen och föreställningen om rätten som någonting objektivt existerande. Rättsvetenskapens normativa utsagor måste framställas så att det inte kan råda någon tvekan om att det är praktiker som själv har ansvaret för det beslut han fattar.²⁶⁴

Med en parallell till vad ovan sagts om metodologisk pluralism skulle normativa ställningstaganden stundom kunna sägas innebära att vi som rättsvetare ikläder oss andra roller. Detta innebär att normativitetens karaktär också blir olika. När Ross diskuterar vilka vägar som står till buds för rättsdogmatikern när rättsmaterialet gör det svårt att göra säkra prognoser påvisar han två olika möjligheter. Enligt den ena kan man identifiera sig med domstolen, ”idet han ved at indleve sig i de vurderinger og opfat- telser der faktisk må antages at dominere dommerstanden, forsøger på at finde den løsning der bedst harmonerer hermed og som derfor må anses

²⁶³ Se nedan avsnitt 1.3.3.7.

²⁶⁴ Jfr Ross Om ret og retfærdighed 1953 s 413.

som den mest sandsynlige”.²⁶⁵ Enligt Ross är det här fråga om en vetenskaplig teoretisk utsaga, om än med lågt sannolikhetsvärde. Enligt det andra förhållningssättet kan rättsdogmatikern ”følge sine egne vurderinger og opfattelser for at finde den løsning, som han selv i dommerens sted ville træffe” men då lämnar man vetenskapen och blir normativ (eller politisk som Ross uttrycker det).²⁶⁶ Ross framhåller emellertid att man tenderar att objektivera värderingarna så att skillnaderna i praktiken suddas ut och det är i detta sammanhang Ross kommer fram till uppfattningen att rättsvetenskap och rättspolitik principiellt inte låter sig åtskiljas.²⁶⁷

När jag här talar om normativitet är det den sistnämnda hållningen jag avser och den fara för sammanblandning Ross framhåller bygger på att rättsdogmatikern ser som sin uppgift att framställa eller prognostisera gällande rätt. Att därvid försöka kombinera deskriptiva och normativa ansatser är praktiskt omöjligt. Motsvarande problem uppstår emellertid inte - eller minskar i vart fall drastiskt - om man kombinerar en kunskapskritisk syn på rättsdogmatikens uppgift med en öppen normativitet.

En advokat som utan vidare riskerar sin klients ekonomi och tar sig an ett ärende där rättskällorna klart pekar i viss riktning men där hon inom ramen för det rättsligt möjliga²⁶⁸ ser utrymme för en annan utgång av en rättslig prövning måste rimligen betecknas ansvarslös. Men om man har en resursstark intresseorganisation bakom sig är det fullt möjligt att pröva de rättsliga gränserna genom att konfrontera domstolarna med andra möjligheter. Ett av arbetsrättens paradmål - det s k bastubadarmålet²⁶⁹ - skulle kunna sägas ge uttryck för att det också är möjligt att vinna framgång när man ställer det rättsligt möjliga mot den allmänt omfattade rättsuppfattningen.²⁷⁰

²⁶⁵ Ross Om ret og retfærdighed 1953 s 62.

²⁶⁶ Ross Om ret og retfærdighed 1953 s 62.

²⁶⁷ Ross Om ret og retfærdighed 1953 s 63. Se ovan avsnitt 1.2.2.3.

²⁶⁸ Se avsnitt 1.3.3.8.

²⁶⁹ AD 1978:89.

²⁷⁰ I enlighet med vad ovan sagts om det normerande dilemmat kan det emellertid vara taktiskt att framställa saken så att man påstår att gällande rätt har detta innehåll. Men detta är inte tillräckligt, argumentationen måste också vara väl underbyggd, vilket den exempelvis inte var i AD 1998:17. Arbetsgivarsidan gjorde gällande att ”stridsåtgärderna står i konflikt med den proportionalitetsprincip vilken numera gäller som en allmän rättsgrundsats enligt svensk rätt”. Domstolen konstaterade att ”vad bolaget har anfört i denna del saknar rättsligt stöd. Någon allmän rättsgrundsats med den av bolaget angivna innebörden gäller inte i vårt land på området för fackliga konflikter.” Det framställs således som en ”kunskapsfråga” där domstolen kan avfärda påståendet med att det är felaktigt.

Särskilt inom rättsområden där vi har många enskilda, resurssvaga individer som inte understöds av organisationer har - i den mån man menar att domstolarna eller lagstiftningen inte beaktar grundläggande faktiskt existerande sociala värderingar - en öppet normativt inriktad rättsvetenskap en viktig samhällelig funktion att fylla. Det är också på sådana områden Wilhelmsson verkar. Men även på andra områden har rättsvetenskapen motsvarande funktioner, särskilt genom att just påvisa möjligheterna av alternativ till rådande rättsföreställningar. För att återknyta till vad nyss sagts om att ikläda sig roller skulle rättsvetaren här närmast kunna sägas ikläda sig advokatrollen.

1.3.3.2 Myten om realisternas inställning till en värderande vetenskap

Peczenik har (1986) framhållit att den svenska rättsvetenskapliga doktrinen ur ett historiskt perspektiv kommit att försvagas.²⁷¹ Med hänvisning till bl a Sundberg²⁷² framhåller Peczenik att en ”faktor som försvagat den svenska doktrinen ställning var *uppsalaskolans inflytande*” och fortsätter strax därefter:

”Allmänt uttryckt har uppsalaskolans höga teoretiska nivå i förening med dess negativa teser lett till, att de nutida svenska rättsvetenskapsmännen ofta antingen ger upp rättsdogmatiken helt och hållet och i stället bedriver t ex rätts-sociologisk forskning eller på ett tämligen anspråkslöst sätt kommenterar paragrafer och rättsfall utan att undersöka principiella frågor. Bland de hedervärda men fåtaliga undantagen kan man nämna Ekelöfs, Rodhes samt även Jan Hellners och Folke Schmidts skrifter.”²⁷³

Det är en tankeväckande bild Peczenik tecknar²⁷⁴ och den fångar sannolikt de föreställningar om uppsalaskolan och dess följder som åtskilliga moderna rättsvetare lever i, men kan också vara en av förklaringarna till föreställningarna.

Beträffande synen på uppsalaskolan framgår det inte klart vad Peczenik avser med dess ”höga teoretiska nivå i förening med dess negativa te-

²⁷¹ Peczenik Rätten och förnuftet 1986 s 229. (Andra upplagan 1988 s 269-70).

²⁷² fr. Eddan t. Ekelöf.

²⁷³ Peczenik Rätten och förnuftet 1986 s 230. Se i huvudsak identiskt i andra upplagan 1986 s 270. I Vad är rätt 1995 har formuleringarna justerats och påståendet i viss mån förstärkts efter Strömholms påpekanden i TfR 1991.

²⁷⁴ Men den måste rimligen ha uppfattats som nedsättande gentemot andra rättsdogmatiker än de uppräknade. Jfr utgångspunkten för Lavins artikel Är den förvaltningsrättsliga forskningen rättsdogmatisk? 1990.

ser”.²⁷⁵ Det finns utrymme för att uppfatta det som att det rör sig om dess höga krav på vetenskaplighet²⁷⁶ men det kan också uppfattas som att de begränsade området för vad som kan ske i namn av (rätts)vetenskap. Den sistnämnda tolkningen vinner stöd av att Peczenik i ett senare verk talar om att i ”Hägerströms världsbild finns det ingen plats för den deskriptiv-normativa rättsvetenskapen”.²⁷⁷ Under alla förhållanden förefaller det finnas en mer eller mindre utbredd föreställning om att den värdenihilistiska ståndpunkten också innefattar ett förbud mot att vetenskapsmän ägnar sig åt värderingar²⁷⁸ och jag avser att här återge några ledande rättsvetenskapliga företrädares för uppsalaskolan eller den skandinaviska rättsrealismen syn på frågan om värderingars plats i rättsvetenskapen.

Mot bakgrund av den snäva syn på rättsvetenskapens uppgifter som kommer till uttryck hos vissa av realisterna i kombination med att det av dess syn på rätten som idéföreställningar och/eller beteenden följer att

²⁷⁵ Om Peczenik menar att förklaringen till doktrinen försvagade ställning var att (föreställningen om) uppsalaskolans vetenskapssyn i sig gav större auktoritet åt icke-juridisk argumentation eller om helt enkelt kvaliteten på rättsdogmatiken sjönk på den antydda flykten framstår inte som helt klart. Strömholm svarar Peczenik, varvid han tillstår det förstnämnda: ”Att den skandinaviska realismen helt allmänt verkat negativt på rättsvetenskapens och mer generellt juridikens *auktoritetsanspråk* förefaller övervägande troligt, och att detta *kan* ha gjort det lättare att framföra demagogiska eller rent maktbaserade argument skall inte förnekas.” Är rättspraxis annat och mera än en riktig eller oriktig tillämpning av den juridiska doktrinen? TFR 1991 s 6.

²⁷⁶ Jfr Peczenik Vad är rätt 1995 394 ff.

²⁷⁷ Peczenik Serväss, nej dubbelfel! Rättsvetenskapens och rättens kris 1997 s 43. Till ytterligare stöd kan hävdas att Peczenik ifrågasätter om såväl Rodhes som Olivecronas arbeten ”verkligen uppfyller kravet på värderingsfrihet”. Och han framhåller t o m att Ekelöf öppet förespråkar en normativ lagtolkningsmetod. Rätten och förnuftet 1988 s 270.

²⁷⁸ Bland dem som - mer eller mindre tydligt - uttalat sådana uppfattningar, se exempelvis Töllborg Law as value 1997, Några reflektioner rörande relationen vetenskap/praktik inom juridiken JT 1995/96 s 356 och i Värden, underliggande normativa strukturer och rationalitet Retfærd nr 74 1996 och Bergholtz Rättsvetenskap och rättspolitik 1990 s 156-7. Se också Pahlsson som i anslutning till framställandet av sin uppfattning om att ”denna normativa verksamhet som är juridikens kärna och centrum” presenterar följande bild av uppsalaskolan: ”I svensk rättstradition kan arvet från den s.k. Uppsalaskolan göra det besvärligt att frigöra sig från tanken på att rättsvetenskapen bör syssla med systematisering, och med sådan subsumtionslogik som inte leder till att subjektet behöver träffa val. I valet tvingas man nämligen avslöja sina värderingar, och för dessa har den skandinaviska realismen ingen plats.” Pahlsson Levnadskostnader 1997 s 118. (Min kursivering.) När Pahlsson sedan framhåller att ställningstagandena ”bör vara genomtänkta och präglade av så stort intentionsdjup att godtycke undviks”, skulle han, som vi strax skall se, ha kunnat citera såväl Olivecrona som Lundstedt. Jfr, om än inte i identisk kontext, också Kleineman om förhållandet mellan den skandinaviska realismen och rättsdogmatiska arbetens rättskällestatus, Kleineman Till frågan om rättsvetenskapen som omedelbart verkande rättskälla JT 1994/95 s 622.

handlingsföreställningarna måste vara ofullständiga vore det närmast motsägelsefullt om de skulle ha ansett det ligga utanför rättsvetenskapsmannens uppgifter att tillhandahålla rekommendationer för det praktiska rättslivet, dvs ägna sig åt normativa - värderande - ställningstaganden. Så var heller icke fallet.

Det visar sig inte alldeles enkelt att spåra vad som orsakat vad i den rättsvetenskapliga utvecklingen. Den som under de senaste femtio åren kommit att personifiera uppfattningen om att rättsvetaren inte bör ägna sig åt värderingar är Knut Rodhe.²⁷⁹ När just Rodhe 1944²⁸⁰ pläderar för en värderingsfri vetenskaplig rättsdogmatik, gör han det i *polemik med Olivecrona*²⁸¹ och den uppfattning denne ger uttryck för i *Om lagen eller staten*,²⁸² ett verk som, enligt Svante Nordin,²⁸³ i sin framställning av rättens natur helt präglas av Hägerström/Lundstedts rättsteori.²⁸⁴ Och Rodhe skall i sin tur ha fått sin vetenskapssyn från Hägerström.²⁸⁵

I nyssnämnda arbete utvecklar Olivecrona nödvändigheten av värderande inslag²⁸⁶ i rättsvetenskapen i situationer där ”någon klar regel icke är gi-

²⁷⁹ Se Hellner, *Civilrättslig forskning* 1974 s 22, som vid den tidpunkten framhåller att Rodhe ”synes på denna punkt ha blivit tämligen ensam”. Se också Rodhe själv, *Beskrivning - prognos - rekommendation. En trosbekännelse* JT 1996/97 s 1. Jfr ovan avsnitt 2.2.3.

²⁸⁰ Rodhe *Gränsbestämning och äganderättstvist* 1944 s 4-6.

²⁸¹ Redan i avhandlingen från 1941 antydde Rodhe en sådan uppfattning (Rodhe *Om fastighetsindelningen och dess betydelse* 1941 s 3), vilket uppmärksammades och kritiserades av Malmström i dennes anmälan i SvJT 1942 (s 526-7). Det är i första hand Malmströms anmärkningar i dennes anmälan av Rodhes avhandling som är utgångspunkten men i den principiella diskussion som följer är det Olivecrona Rodhe polemiserar mot.

²⁸² Se Olivecrona *Om lagen och staten* 1940 s 50ff.

²⁸³ Nordin *Från Hägerström till Hedenius* 1984 s 123.

²⁸⁴ Bilden av vad som påverkat vad och hur klarnar inte av det förhållandet att Sundberg framhåller att Rodhes ”dogmatiska kvietism” är en följd av hans Hägerströmstudier (fr. Eddan t. Ekelöf 1990 s 267), samtidigt som Sundberg raljerar över Malmströms välkända citationstecken och framhåller detta som en följd av influenser från Lundstedt, a a s 266. Det bör då poängteras att det var Malmström som ”upptäckte” den rodheska kvietismen och tog avstånd från den i sin anmälan av Rodhes avhandling 1942.

²⁸⁵ Sundberg fr. Eddan t. Ekelöf 1990 s 267.

²⁸⁶ Det bör poängteras att Olivecrona tar avstånd från att rättsvetenskapen, till skillnad från andra vetenskaper skulle vara normativ till sin karaktär. ”Rättsfilosofin går sålunda fel väg då den ständigt proklamerar, att rättsvetenskapen är en 'normativ' vetenskap i den betydelsen att den handlar om ett 'böra', om normer som konstituera ett 'objektivt böra'. Dess verkliga föremål är ett faktiskt idéinnehåll (försåvitt den inskränker sig till att utlägga givna regler, och det kan ju blott vara fråga om denna uppgift när rättsvetenskapen betecknas som normativ). Tanken att rättsvetenskapen skulle behandla ett 'böra' beror närmast på att man blivit vilseledd genom den imperativa formen så att man kommit att tro, att den uttrycker eller svarar mot en särskild högre, andlig verklighet. Det är denna högre verklighet som skulle vara rättsvetenskapens föremål.” Och han framhåller strax dessförinnan att ”vad

ven”. Han kritiserar, liksom Lundstedt,²⁸⁷ den äldre rättsvetenskapen som ”kringgick frågan genom att låtsas som om den icke existerade. Man utgick nämligen ... från det antagandet, att den positiva rätten skulle vara fullständig. Man postulerade, att den innehöll regler, efter vilket alltid varje uppkommande fall kunde lösas.”²⁸⁸ Olivecrona framhåller därefter att det är ”oundgängligt, att värderingar komma med i spelet”²⁸⁹ och förutser de invändningar som kan riktas mot detta genom att framställa om andra det - såvitt jag kunnat förstå - andra tillskriver uppsalaskolan:

”Nu finns det emellertid i nutiden en stark tendens att utmönstra alla värderingar ur vetenskapen. Värdeomdömen äro subjektiva. Sanningens måttstock kan icke läggas på dem. Alltså tillhör det icke vetenskapsmannen i denna hans egenskap att värdera, säger man. Gör han likväl detta, går han utanför vetenskapens rāmärken. Vad han kan göra med anspråk på att uppträda som vetenskapsman är blott att utreda de rätta medlen för vinnande av ändamål som antagas givna utan att han själv tar ståndpunkt till frågan om de äro värdefulla eller ej.

Denna lära tillämpas på rättsvetenskapen på det sättet, att man säger, att juristen icke har att själv värdera när han skall utfylla lagen. Han accepterar i stället vissa givna ändamål och utreder sedan hur lagen bör kompletteras för att dessa skola realiseras. Ändamålen äro de som lagen i det hela fullföljer. Frågeställningen blir alltså: hur bör lagen här utfyllas, för att lagstiftarens ändamål med densamma skall realiseras? Därmed står juristen själv utanför värderingen. Han utreder blott de rätta medlen att tillgodose lagstiftarens ändamål.

Det torde dock visa sig, att detta program blir svårt att genomföra. Man blir nog helt enkelt tvungen att släppa fram sina egna värderingar vid utfyllandet av lagen.”²⁹⁰

Det bör poängteras att det nu citerade inte var en beskrivning av uppsalaskolans syn på rättsvetenskapen; det var Olivecrona som beskrev tendenserna i ”nutiden” (1941) och han konstaterar att förekomsten av värderingar inte kan ”göra någon skada utan berikar tvärtom framställningen och gör den mer användbar för sitt ändamål”.²⁹¹ Han betonar dock vikten av att

rättsvetenskapen har att göra vid utredningen av de givna reglernas innehåll är att klargöra, vilka *handlingsföreställningar* som kommit till uttryck i lagen och andra till rättssystemet räknade regler, att sammanställa dem med varandra och att systematisera dem. Detta är att syssla med verkligheten. Föreställningarna i fråga äro naturliga fakta.” Olivecrona Om lagen och staten 1940 s 50. Jfr ovan 1.3.2.3.

²⁸⁷ Lundstedt Obligationsbegreppet 1930 258-59.

²⁸⁸ Olivecrona Om lagen och staten 1940 s 57.

²⁸⁹ Olivecrona Om lagen och staten 1940 s 57.

²⁹⁰ Olivecrona Om lagen och staten 1940 s 58.

²⁹¹ Olivecrona Om lagen och staten 1940 s 58.

man för det första klargör när man ”skildrar den givna lagens innehåll och när man vid sidan därav uppställer handlingsmönster för domarna på egen hand” och för det andra att ”man öppet redovisar sina skäl, öppet anger de värderingar, med vilka man motiverar sina handlingsmönster”.²⁹² Men Olivecrona förbehåller inte värderingarna endast dessa situationer. Han framhåller att motsvarande ”synpunkter kunna naturligtvis anläggas på undersökningar av lagstiftningspolitisk natur” och gör följande ställningstaganden.

”Icke behöver man sedan i vetenskapens namn avstå från att själv välja ståndpunkt. Det finns icke någon anledning, varför icke en samhällsforskare vid behandlingen av praktiska problem skulle släppa fram sina värderingar - blott han framställer dem såsom sådana och icke falskeligen omger dem med vetenskapens auktoritet, d.v.s. utger dem för att vara sanningar.

*Värderingsfriheten finner jag således icke vara något ideal för rättsvetenskapen lika litet som för andra samhällsvetenskaper när de ger sig in på frågor om hur samhället bör ordnas i något avseende. En strävan efter värderingsfrihet blir då i själva verket en frivillig begränsning, som verkar starkt hämmande på initiativ och inspiration i det vetenskapliga arbetet.”*²⁹³

Att Olivecrona accepterar värderande ställningstaganden följer redan av det sätt varpå han anger rättsvetenskapens uppgift.

”(F)astställandet och systematiserandet av de i lagen och sedvanerätten givna handlingsmönstrens innebörd måste bli rättsvetenskapens första och grundläggande uppgift.”

Med utgångspunkt i att handlingsmönstren inte är fullständiga kommer vi över på rättsvetenskapens övriga uppgifter:

”På rättsvetenskapen ställs därför det kravet, att den skall ge domaren ledning i dylika situationer. Detta blir den andra stora uppgiften för rättsvetenskapen. Även en tredje uppgift tillkommer rättsvetenskapen. Det är att bana väg för lagstiftningen genom att gå i förväg och undersöka de problem som tidsförhållandena framkalla för denna.

*Med dessa tre uppgifter är den egentliga rättsvetenskapens arbetsfält uttömmande angivet.”*²⁹⁴

²⁹² Olivecrona Om lagen och staten 1940 s 59.

²⁹³ Olivecrona Om lagen och staten 1940 s 59-60. Mina kursiveringar.

²⁹⁴ Olivecrona Om lagen och staten 1940 s 56. Här ser vi den begränsade syn på rättsvetenskapens uppgift jag ovan kritiserat och av vad här sägs får vi också klart för oss att Olivecrona förvisso förefaller vara av den uppfattningen att det är möjligt att skilja mellan deskriptivitet och normativitet även när rättsdogmatiken har denna uppgift. I den meningen finns fog för den kritik som riktats.

Av det förhållandet att just Olivecrona i citatet ovan talar om ”en stark tendens att utmönstra alla värderingar ur vetenskapen” kan det med hänsyn till dennes relation till Hägerström ifrågasättas att detta skulle ha sin grund i Hägerströms uppfattningar. Det finns skäl att anta att dessa tendenser på ett generellt plan mycket väl istället kan härledas till Weber,²⁹⁵ vars uppfattning om att man i vetenskapen måste göra en skarp åtskillnad mellan fakta och värderingar då synes ha vunnit utbredning.²⁹⁶ När det just gäller rättsvetenskapen har Ross med anledning av de tendenser Ekelöf kunnat notera till en strävan mot en värderingsfri juridik hos yngre svenska jurister vid denna tid, tillskrivit dem en ”metodologisk instilling med krav om udskillelse af all stillingtagen af retsvidenskabelige fremstillinger”, och menar att de antagligen inspirerats av Kelsen.²⁹⁷

Förhållandet mellan den Hägerströmska värdenihilismen och vetenskapen klargörs av Hedenius 1941 i det arbete där han gör upp med den Hägerström/Lundstedtska rättsfilosofin, men samtidigt markerar att han delar den värdenihilistiska grundläggande ståndpunkten.²⁹⁸ Den bild av värdenihilismens implikationer vi idag ser många uttryck för förekom även vid denna tid och det är denna bild som är utgångspunkten för Hedenius klargöranden:

”Det skall, enligt somliga, vara en konsekvens av värdenihilismen, att alla värderingar, alla satsar om gott, skönt, rätt och deras motsatser måste bort ur alla sådana framställningar, som göra anspråk på att försöka tala om hur det verkligen förhåller sig. Man menar även, att det som är vetenskaplig framställning

²⁹⁵ Se bl a uppsatsen Samhällsvetenskapernas objektivitet från 1904 i Weber Vetenskap och politik 1977 s 96ff. Jfr Vår tids filosofi 1987 s 270 (som behandlar Webers uppfattning som en utgångspunkt för Habermas och dennes kunskapsintressebegrepp).

²⁹⁶ Jfr Källström, Staffan Den gode nihilisten 1986 s 131ff (ssk s 137) med hänvisningar till bl a Ohlin, som framhåller att Weber ”bevisligen var åtskilligt tidigare”. Denna diskussion rör primärt varifrån Myrdal fått sin inspiration och Ohlins uppfattning var inte oemotsagd. Jfr också Jareborg Värderingar 1975 s 234 och Ross Om ret og retfærdighed 1953 s 408. Intressant är att när Andersen 1943 behandlar Hägerström contra Castberg, han talar om att Castberg finner ”det påkrevet å forsvare den overfor *Max Webers* kjente krav om at vitenskapsmannen i *sitt virke som vitenskapsmann* ikke skal innlate seg på å avsi verdidommer.” Andersen Rettsvitenskap og metode 1972 s 440. Åtskillnaden mellan fakta och värderingar kan väl i sin tur härledas bakåt till den s k Humes lag, vilken innebär att man inte kan dra slutsatser om hur något bör vara utifrån hur något är. (Se exempelvis Bergström Grundbok i värde teori 1990 s 18ff.) Denna Humes synpunkt synes för övrigt vara kopplad till uppfattningen om att vare sig värdeomdömen eller normativa omdömen kan vara sanna eller falska. Jfr Wedberg Filosofins historia. Nyare tiden till romantiken 1985 s 108.

²⁹⁷ Ross Om ret og retfærdighed 1953 s 430.

²⁹⁸ Hedenius Om rätt och moral 1941 s 15. Sedan går arbetet i huvudsak ut på att modifiera den.

varken får bygga på några förutfattade värderingar eller, under framställningens gång, uttala värderingar av de företeelser som utforskas. Ibland menar man dessutom, att vetenskapsmannen icke heller får komma fram till några värderingar, praktiska förslag eller politiska ställningstaganden såsom resultat av sin forskning.”²⁹⁹

Med utgångspunkt i att värdenihilismen inte är någon nihilism utan en vetenskaplig teori³⁰⁰ framhåller han mot citerade föreställningar att ”värdenihilismen *ensam* icke ställer några fordringar på någon eller överhuvudtaget förbjuder eller tillåter någon något. Vetenskapliga teorier kunna aldrig göra sådant.”³⁰¹ Sedan han poängterat att det endast är kravet på konsekvens som generellt kan upprätthållas och att detta konkret, för dem som nu uppfattar värdenihilismen som en sann teori, inte innebär annat än att värdenihilismen av dem fordrar

”i den vetenskapliga konsekvensens namn bara detta enda, att de icke skola påstå något som strider mot tesen, att moraliska och rättsliga satser icke uttrycka några påståenden om något. Något dylikt gör emellertid icke den vetenskapsman, som värderar en företeelse, som säger eller skriver satser om värden och plikter. En person, som säger eller skriver sådana satser, har icke påstått något, som strider mot värdenihilismen, ty enligt den värdenihilistiska tesen har han överhuvudtaget icke påstått något.”³⁰²

Därmed är föreställningen om att värdenihilismen implicerar att ”vetenskapsmannen icke får värdera” enligt Hedenius vederlagd. ”Det är icke sant, att en dylik tanke är en konsekvens av värdenihilismen.”³⁰³ Hedenius betonar också att uppfattningen om vetenskapens värderingsfrihet i betydelsen att en ”framställnings vetenskaplighet helt beror på meddelade utredningar av fakta och icke till någon del på avgivna värderingar” ingalunda härrör från den värdenihilistiska läran. Däremot utgör värdenihilismen en filosofisk motivering till varför så är fallet. Att det ”icke är någon vetenskaplig uppgift att komma med smak- eller moralomdömen” ”har man vetat förut, men icke varför. Utan att införa någon ny åsikt om vetenskapens natur, utgör värdenihilismen en fördjupning av ett redan förefintligt betraktelsesätt.”³⁰⁴

²⁹⁹ Hedenius Om rätt och moral 1941 s 39.

³⁰⁰ Hedenius Om rätt och moral 1941 s 14-15.

³⁰¹ Hedenius Om rätt och moral 1941 s 40.

³⁰² Hedenius Om rätt och moral 1941 s 40.

³⁰³ Hedenius Om rätt och moral 1941 s 40.

³⁰⁴ Hedenius Om rätt och moral 1941 s 48.

Insikten om att intressen, livsåskådningar etc även kan "förblinda annars kloka människor" gör att Hedenius framhäver det "motgift" som består i "sunt förnuft i förening med flitig och uthållig reflexion," men ser å andra sidan intet skäl till varför en vetenskapsman skulle behöva tydliggöra varje gång han rör sig med värderingar.³⁰⁵ Hedenius avslutar sin analys av förhållandet mellan värdenihilism och vetenskap med att framhålla att frågan "huruvida vetenskapsmannen själv skall få 'dra de praktiska slutsatserna' är ... en ren lämplighetsfråga" och att det inte kan "finnas någon omständighet, som skulle motivera ett allmänt förbud för vetenskapsmännen att ställa sin kompetens direkt till samhällets förfogande, att själva göra sina undersökningar fruktbara för livet".³⁰⁶ Att en värdering inte logiskt kan följa av en vetenskaplig undersökning får inte sammanblandas med att "värderingar i en annan, icke logisk mening (kan) vara resultatet av vetenskapliga insikter."³⁰⁷

Det är också den rättsvetenskap som innehåller värderingar, som Lundstedt 1944 åsätter det positiva epitetet "konstruktiv rättsvetenskap",³⁰⁸ varvid konstruktiv inte har med juridiska konstruktioner att göra utan avser "rättsvetenskapens bidrag till samhällsbyggnaden."³⁰⁹ Det är att notera att Lundstedt här avsiktligt övergått från beteckningen "konstruktiv juridik" till "konstruktiv rättsvetenskap",³¹⁰ vilket utvecklas enligt följande:

"Redan av det jag sagt framgår, att juridiken, när man är på angivet sätt konstruktivt verksam, icke fungera endast såsom vetenskap i begreppslik mening. Vetenskapen i denna mening konstaterar, huruvida något är eller icke är, har skett eller icke skett o.s.v., eller såsom det också kan uttryckas, huruvida ett visst omdöme i egentlig mening är sant eller falskt."³¹¹

För att få den konstruktiva juridiken till konstruktiv vetenskap skiljer Lundstedt sedan mellan icke-vetenskaplig och ovetenskaplig:

"Emellertid kan man naturligtvis icke lämpligen som *ovetenskapligt* karaktärisera i och för sig detta att fälla värdeomdömen. All vetenskaplig verksamhet förutsätter i själva verket i högre eller lägre grad värderingar från utövarens sida. Vetenskaplig verksamhet skulle sålunda icke vara möjlig utan värderingar. Man kan då icke lämpligen rubricera värderande verksamhet i och för sig

³⁰⁵ Hedenius Om rätt och moral 1941 s 49.

³⁰⁶ Hedenius Om rätt och moral 1941 s 58.

³⁰⁷ Hedenius Om rätt och moral 1941 s 59.

³⁰⁸ Jfr Ekelöf Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? 1951 s 45 och Ahlander Om rätt och rättstillämpning 1952 s 104.

³⁰⁹ Lundstedt Grundlinjer i skadeståndsrätten 1944 s 551 not 3.

³¹⁰ Lundstedt Grundlinjer i skadeståndsrätten 1944 s 553.

³¹¹ Lundstedt Grundlinjer i skadeståndsrätten 1944 s 553.

som ovetenskaplig, låt vara att den faller utanför begreppet vetenskap. Vad som däremot måste betraktas såsom ovetenskapligt, av det enkla skälet att det är direkt osant, falskt - det är att behandla värdeomdömena såsom omdömen i egentlig mening. Det är av denna anledning, som rättsideologin måste avvisas som ovetenskaplig.”³¹²

Han poängterar senare sammanfattningsvis att ”det icke finns någon anledning att utesluta rättsvetenskapsmannens konstruktiva verksamhet från *benämningen* 'vetenskap', blott av den anledning att verksamheten delvis karakteriseras av värderingar.”³¹³

Lundstedt påvisar därefter varför rättsvetenskapen också bör vara värderande, nämligen genom att fråga sig ”vem kan vara mer skickad att, göra hithörande värderingar än den, som med hänsyn till sitt yrke kunskapskritiskt behandlar eller i allt fall kunskapskritiskt inhämtar de i bakgrunden liggande samhällsliga realiteterna?”³¹⁴

Rodhe får också svar på tal av efterkrigstidens kanske främste svenske företrädare för uppsalaskolans teser,³¹⁵ *Ekelöf*, som i sitt ställningstagande för en värderande rättsvetenskap bl a gör följande anmärkningar med anledning av Rodhes ståndpunkt.

³¹² Lundstedt Grundlinjer i skadeståndsrätten 1944 s 553-4.

³¹³ Lundstedt Grundlinjer i skadeståndsrätten 1944 s 557.

³¹⁴ Lundstedt Grundlinjer i skadeståndsrätten 1944 s 554. Nordin säger att Lundstedts samhällsnytteteori ”är m a o både deskriptiv och normativ, vilka båda aspekter flyter in i varandra på ett sätt som man kanske inte skulle vänta av en anhängare av Hägerströms värde-teori. Detta måste klargöras närmare.” (Nordin Från Hägerström till Hedenius 1984 s 120.) Utan att i mitt tycke klargöra detta närmare sammanfattar Nordin med att ”samhällsnytteteorin övergår genom sådana resonemang omärkligt från att vara en beskrivande teori till att bli ett program för både lagstiftning och rättsskipning, ett program som kräver att samhällsnyttan görs till det i alla avseenden vägledande”, a a s 121. I en not fortsätter Nordin: ”Lundstedt har klart för sig att det finns någon sorts problematik förknippad med en normativ rättsvetenskap (åtminstone från värdenihilistiska utgångspunkter), men lyckas aldrig riktigt sätta fingret på vari den skulle bestå eller hur den borde lösas. Allmänt får man intrycket att Lundstedts ambition är att ersätta en rättsideologi (den individualistiska rättighetsideologin) med en annan (samhällsnytteideologin) snarare än att avskaffa varje rättsideologi, låt vara att det senare givetvis är det officiellt proklamerade programmet.” Som framgått menar jag att Lundstedt högst medvetet gjort dessa åtskillnader, varvid bl a Ross' kritik torde haft betydelse.

³¹⁵ Jfr Hellner Civilrättslig forskning 1974, Nordin Från Hägerström till Hedenius 1984 s 127 och Strömholm Rätt, rättskällor och rättstillämpning 1988 s 95. Strömholm talar om andra generationen (Olivecrona, Ekelöf och Ross), medan Nordin (m hänv till Vogel) talar om tredje generationen. Denna tredje generation skulle bestå av T Strömberg, Ekelöf och Bolding. Mot bakgrund av föreställningarna är det särskilt intressant att Bolding nämns här. Just denne har nämligen ansetts ha haft särskilda problem i relation till Olivecrona, jfr Töllborg Värden, underliggande normativa strukturer och rationalitet 1996.

”Angående rekommendationer i rättsvetenskapliga arbeten frågar Rodhe vem som har givit doktrinen i uppgift att uppställa sådana och han menar att denna fråga ej kan tillfredsställande besvaras. Det skall gärna medges. Men jag skulle vilja bemöta detta argumentum ad hominem med en motfråga. Vem har givit våra professorer i medicin i uppgift att ge några rekommendationer om hur man skall bota tarmkatarr?”³¹⁶

Och Ekelöf får hjälp av *Lundstedt* med att omformulera frågan så att den inte uppfattas ”såsom om den vore begränsad till praktiserande läkarverksamhet”:

”Vem har givit professorer i medicin i uppgift att i sina vetenskapliga avhandlingar och föreläsningar upptaga frågor om terapi vid tarmkatarr (eller andra kroppens eller själens sjukdomar)?”³¹⁷

Lundstedt förser oss i samma arbete med ett försök till förklaring av hur dessa missförstånd kunnat uppkomma:

”När man just i Sverige på sina håll kommit att göra så stort nummer av de sociala värderingarna inom rättsvetenskapen, att man nära nog sökt hävda deras otillåtlighet ur saklig synpunkt eller ifrågasatt att för värderingarnes skull utsluta den från vetenskapernas, det vill säga de kunskapskritiska verksamheternas, kategori, tror jag detta beror på, att man 'gått vidare av bara farten' och icke förmått hejda sig, när man nått sin destinationsort. *Om icke med stöd av Hägerströms rättsfilosofi kritiken av rättsideologin satt in och vunnit flera anhängare, så skulle näppeligen någon här i landet ha försökt hävda, att det låge utanför rättsvetenskapens verksamhetsområde att göra egna sociala värderingar och att utifrån dem taga ståndpunkt till lagstiftning och rättsskipning.*”³¹⁸

Uppfattningen om en värderingsfri rättsvetenskap skulle således ha sin förklaring i ett missförstånd angående implikationerna av Hägerströms rättsfilosofi, vilket Lundstedt därefter utvecklar och tydliggör:

”I kritiken av rättsideologin har ju påvisats, att icke blott rättsverksamheterna utan även rättsvetenskapen har byggt på rättsideologiska värdeomdömen, såsom om dessa hade objektiv karaktär. I denna kritik har därjämte hävdats, att rättsverksamheterna i stället - med hänsyn till sitt erfarenhetsmässigt givna syftemål - hade att sätta de sociala realiteterna framför sig och låta sig ledas av med hänsyn till dessa framgående sociala värderingar. Eftersom de rättsideo-

³¹⁶ Ekelöf Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? 1951 s 44.

³¹⁷ Lundstedt Grundlinjer i skadeståndsrätten 1953 s 92.

³¹⁸ Lundstedt Grundlinjer i skadeståndsrätten 1953 s 92. Min kursivering. Denna uppfattning skulle mot bakgrund av vad ovan sagts om Webers möjliga inflytande kunna ifrågasättas.

logiska värdeomdömena tillagts objektiv karaktär, har det naturligtvis varit angeläget att påvisa falskheten i en sådan ståndpunkt. Härunder har man naturligtvis, också inom rättsvetenskapen, icke kunnat underlåta att beakta, att *alla* värderingar, även de som bestäms av föreställningar om sociala realiteter, sakna objektiv karaktär och följaktligen falla, omedelbart sett, utanför en faktiska förhållanden utforskande och konstaterande, alltså kunskapskritisk verksamhet. Falla de rättsideologiska värderingarna utanför rättsvetenskapen, så gällde detta följaktligen även de sociala värderingarna! Det är detta felslut jag avser, när jag säger, att man fortsatt av bara farten, d.v.s. utan någon egentlig mening.

Man har nämligen här, det är min uppfattning, förbisett eller kanske riktigare skänkt för litet beaktande åt två omständigheter. Den ena är, att *ingen kritiker av rättsideologin ifrågasatt att betrakta de sociala värdeomdömena såsom egentliga omdömen*,³¹⁹ omdömen direkt om verkligheten. Den andra omständigheten - och denna är här viktigare - är, att dessa värdeomdömen, till skillnad från de rättsideologiska, dock föranleds av föreställningar *direkt* om verkligheten. Hade dessa omständigheter tillräckligt beaktats, tror jag aldrig, att man - i avseende å en juridik som förmenar sig fri från rättsideologin - skulle ha gjort denna affär av de sociala värderingarna, att man i anledning av deras förekomst inom rättsvetenskapen skulle ha velat bestrida dennas karaktär av vetenskap eller i allt fall utmönstra dem från rättsvetenskapen.³²⁰

När Ekelöf 1951 säger sig se tendenser till ett försök att upprätthålla en värderingsfri rättsvetenskap är det - förutom Rodhe - Tore Strömberg³²¹ och Stjernqvist³²² han tar som exempel och han framhåller för övrigt att Rodhe har "den enda mer utförliga motivering för den juridiska doktrinen reformering i rent teoretisk riktning som hittills publicerats."³²³ Även Lundstedt är av den uppfattningen att det var Rodhe som "gjorde sig till talesman" för en värderingsfri vetenskap och att denna tendens inte dessförinnan "uttryckligen framträtt i Sverige".³²⁴

Utgångspunkten för Ekelöf när han formulerade sin (variant av)³²⁵ teleologiska metod var bl a tendenserna på sina håll att försöka skapa en vär-

³¹⁹ Min kursivering.

³²⁰ Lundstedt Grundlinjer i skadeståndsrätten 1953 s 92-93.

³²¹ Här citerar Ekelöf ett utdrag ur Strömbergs avhandling "Om konfiskation som brottspåföljd" från 1949, Ekelöf Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? 1951 s 42.

³²² Här anförs uttalanden i dennes avhandling "Om handräckningsutslag" från 1946, som också innehåller hänvisningar till Rodhe, se Ekelöf Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? 1951 s 43.

³²³ Ekelöf Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? 1951 s 43.

³²⁴ Lundstedt Grundlinjer i skadeståndsrätten 1953 s 91.

³²⁵ Ekelöf framhåller att den teleologiska metoden "alltid mer eller mindre präglad rättstillämpningen, ehuru det vanligen skett under täckmanteln av förment bokstavstolkning, juri-

deringsfri rättsvetenskap.³²⁶ Det var insikten om nödvändigheten av värderande inslag i rättsvetenskapen som föranledde Ekelöf att utarbeta ett program som ändå innebar att värderingarna kunde hållas någorlunda i styr.³²⁷ Genom att skapa en metod för att hantera värderingarna kunde kraven på vetenskaplighet upprätthållas³²⁸ samtidigt som det var möjligt att också upprätthålla skillnaderna mellan argumentation de lege lata respektive de lege ferenda.³²⁹ Alla ansåg inte att han lyckats härvidlag.³³⁰ Ekelöfs teleologi som den utvecklades 1951 uppfattades på många håll som omvälvande i sin radikalism.³³¹ Även rättsvetare som insåg vikten av en värderande rättsvetenskap och delade realisternas utgångspunkter menade att Ekelöfs program gav allt för stort utrymme för värderingar.³³² Hult talade således om att risken med Ekelöfs metod var att den förvandlar alla regler till generalklausuler.³³³ Thornstedt menade att de ekelöfska ändamålen i praktiken blir ”lika med resultatet av en avvägning mellan de skilda hänsyn som kräva beaktande”, dvs vad som redan är åstadkommet genom lagstiftning, och att Ekelöfs uppgift därmed blir en ”rättspolitisk uppgift av det slag som brukar tillkomma lagstiftaren” samt att metodens implikationer därför blir ”en rättstillämpningens kontroll av lagstiftningen”.³³⁴

diska fiktioner eller konstruktioner.” Ekelöf Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? 1951 s 21.

³²⁶ Jfr Ekelöf Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? 1951 s 41.

³²⁷ Se Ekelöf Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? 1951 s 21 där han talar om att vi härefter skola ”sysselsätta oss med sådan rättstillämpning som förutsätter värderingar från den tillämpandes sida”. Jfr Ekelöf Rättegång I 1990 i *de lege* s 172-3. Se också hur Ekelöf rekapitulerar hur han insåg ”att rättsvetenskapsmännens påståenden om vad som är ’gällande rätt’ i kontroversiella frågor i själva verket utgjorde rekommendationer om hur lagen borde tillämpas i praktiken. Men samtidigt ansåg jag detta vara en högst legitim sysselsättning. Emfatiskt tog jag avstånd från den på 1940-talet ganska vanliga uppfattningen att några värderingar inte finge förekomma inom rättsvetenskapen, som sålunda borde förändras i riktning mot rättssociologi, begreppsanalys och juridisk idéhistoria.” Ekelöf Från en forskares verkstad 1978 s 17.

³²⁸ Jfr Thornstedt Legalitet och teleologisk metod i straffrätten 1955 s 339.

³²⁹ Se Ekelöf Rättegång I 1990 i *de lege* s 173.

³³⁰ Vilket Ekelöf själv konstaterar, se Rättegång I 1990 i *de lege* s 173.

³³¹ Jfr Klami som kritiserat Ekelöfs kritiker för överdrifter. ”I stället borde man undersöka, hur mästaren själv tillämpar sin metod. Man kan jämföra en lagtolkningsmetod med ett medicinskt instrument. Att en klåpare kan döda patienten med instrumentet är inget bra argument mot dess användning, om det fungerar bra i sakkunniga händer.” Klami Något om Ekelöfs teleologiska metod 1990 s 226.

³³² Jfr Agge Till frågan om rättsvetenskapens gränser 1955, Hult Lagens bokstav och lagens andemening 1952 och Thornstedt Legalitet och teleologisk metod i straffrätten 1955.

³³³ Hult Lagens bokstav och lagens andemening 1952 s 598.

³³⁴ Thornstedt Legalitet och teleologisk metod i straffrätten 1955 s 350-51.

Ross poängterar att det förhållandet att värderande ställningstaganden faller utanför ett trängre vetenskapsbegrepp inte i sig innebär att rättsvetenskapsmannen skall avstå från sådana.³³⁵ Tvärtom menar han att det är önskvärt.³³⁶

”Jag mener derfor, at det er foreneligt med ideen om videnskabens renhed og iøvrigt hensigtsmæssigt, at den teoretiske forsker selv foretager det irrationelle spring og serverer resultatet i form av en anvisning til praktikerens,”³³⁷

och lyfter fram det ansvar detta innebär för ”praktikern”:

”Herved må bemærkes, at hans anvisning dog aldrig kan fritage praktikerens for den definitive beslutning og det definitive ansvar.”³³⁸

Liksom framhållits i senare diskussioner kan man här se hur den konstruktive rättsdogmatikern genom sin verksamhet kan bidra till att öka transparensen och därmed framtvinga öppna ställningstaganden från rättstillämparens sida.³³⁹ Senare i framställningen skiljer Ross mellan vetenskap som idé och vetenskap som profession. Ross poängterar att han själv omfattar den rena vetenskapen som idé men menar att de som strävar efter en rent teoretisk vetenskap blandar samman dessa båda förhållanden. ”Ideen krænkes ikke derved, at man i professionen på en gang driver videnskab og politik, når blot den ideelle grænse mellem disse holdes klar.”³⁴⁰

Det är mot den förmenta objektiviteten i många rättsvetenskapliga arbeten som uppsalaskolans företrädare i nu aktuella hänseenden sätter in sin kritik, inte mot förekomsten av värderingar. Olivecrona framhåller att

”(f)örväxlingen mellan värderingsfriheten och befrielsen ifrån metafysiken är farlig. Den leder lätt till det sämsta möjliga resultat: att man behåller metafysiken och därmed möjligheten till förstuckna värderingar under falsk skylt *medan man samtidigt ikläder sig den tvångströja, som avståndet från medvetna och öppna värderingar innebär.*”³⁴¹

³³⁵ Ross Om ret og retfærdighed 1953, utöver ovan, s 405 och s 413.

³³⁶ Jfr också Ross Om ret og retfærdighed 1953 s 429.

³³⁷ Ross Om ret og retfærdighed 1953 s 413.

³³⁸ Ross Om ret og retfærdighed 1953 s 413. Jfr den intressanta konklusion Ross härefter gör om att experter aldrig kan ersätta politiska beslutsfattare, s 414.

³³⁹ Jfr Wilhelmsson nedan avsnitt 1.3.3.7.

³⁴⁰ Ross Om ret og retfærdighed 1953 s 431.

³⁴¹ Olivecrona Om lagen och staten 1940 s 60-61. Min kursivering. Jfr en av Töllborg nyligen uttryckt uppfattning om att Peczeniks och Christensens senare verk skall ”ses som en reaktion mot den värdelösa rätt som var den skandinaviska 'realismens' orealistiska huvudtema” och att Peczeniks ”Vad är rätt” ”måste ses som ett av de viktigaste bidragen till att förlösa den svenska rättsvetenskapen ur den tvångströja den skandinaviska realismen och dess, åtminstone i Lund, förgrundsgestalt Karl Olivecrona direkt påtvingade doktoranderna

Om man i begreppet 'värdenihilism' innesluter "att rättsvetenskapen borde avhålla sig från rekommendationer beträffande lagstiftning och rättstillämpning" var ingen i uppsalaskolans senare generationer värdenihilister.³⁴² Men så tycks de själva inte ha uppfattat begreppets innebörd. Ekelöf själv kallar sig värdenihilist,³⁴³ trots sin syn på värderingars funktion i rättsvetenskapen.³⁴⁴ Och som Fries framhållit finns det heller intet skäl att tillskriva Hägerström en "praktisk nihilism" till följd av hans syn på värdeomdömens karaktär.³⁴⁵ Detta skulle nämligen i sig självt innefatta "föreställningen om ett objektivt värde - det moraliska godtyckets värde. Därmed måste den praktiska nihilismen omedelbart själv falla under Hägerströms kritik."³⁴⁶ Förklaringen ligger delvis i terminologisk olämplighet. Som Hedenius framhållit är värdenihilismen "ingen nihilism av något slag utan en teori, som åsyftar en verklighetstrogen beskrivning av vissa välkända, men notoriskt svårtolkade fakta."³⁴⁷ Det är också en grov missuppfattning att uppfattningen om att värderingar saknar sanningsvärde skulle innebära att man menar att "den ena värderingen skulle vara lika så god som den andra, så att man därför, moraliskt sett, kunde få handla efter behag."³⁴⁸ Idag används värdenihilismen som grund för att vi måste acceptera att leva sida vid sida med människor av andra kulturer. Insikten om att det inte finns några objektiva sanna värden är nu ett argument för tolerans.³⁴⁹

Det är därför ingen principiell skillnad när Olivecrona, sedan han konstaterat att värderingar oundgängligen hör till rättsvetenskapen, framhåller betydelsen av att rättsvetaren framställer sina värderingar "såsom sådana och icke falskeligen omger dem med vetenskapens auktoritet, d.v.s. utger dem för att vara sanningar"³⁵⁰ och exempelvis, som vi strax skall se, Wilhelmssons och Kangas betonande, fyrtio år senare, av vikten av att man inser det politiska inslaget i rättsvetenskapligt värderande ställningstaganden.³⁵¹

i sin pompösa storhet." Töllborg Värden, underliggande normativa strukturer och rationalitet 1996 s 35.

³⁴² Jfr Ljungman "Vilhelm Lundstedt" 1955 s 359.

³⁴³ Eller värderrelativist.

³⁴⁴ Ekelöf Om rätt och moral 1990 s 82.

³⁴⁵ Fries i inledningen till Hägerström Socialfilosofiska uppsatser 1966 s 28ff.

³⁴⁶ Fries i inledningen till Hägerström Socialfilosofiska uppsatser 1966 s 29.

³⁴⁷ Hedenius Om rätt och moral 1941 s 14-15.

³⁴⁸ Fries i inledningen till Hägerström Socialfilosofiska uppsatser 1966 s 29.

³⁴⁹ Berlin i intervju med Göran Rosenberg i Sveriges television 21/5 1998.

³⁵⁰ Olivecrona Om lagen och staten 1940 s 59-60.

³⁵¹ Se nedan avsnitt 1.3.3.5.

Om Peczenik m fl nu framhåller skepticisimen mot värderingar som en förklaring till flykten från juridiken synes Strömholm istället se förklaringen i svårigheten att leva upp till de höga vetenskapliga kraven:³⁵²

”Kravet på vetenskaplig metod och uppfattningen, att tidigare rättsvetenskap arbetat med en 'metafysisk' och ovetenskaplig begreppsapparat kom juristerna att dels i stor utsträckning överge tidigare hävdvunnen argumentation dels ivrigt - eller rentav ängsligt - söka nya metodiska grepp. Även om ... någon metodologisk revolution knappast kom att äga rum, kan man notera ett påtagligt ökat intresse för andra samhällsvetenskaper, t ex sociologi, men även för sådana etablerade eller i modern tid utvecklade discipliner vilkas metoder och resultat kunde tänkas komma till användning vid undersökningen av rättsordningen och tolkningen av enskilda rättsregler, t ex logik och semantik. Samtidigt som Uppsalaskolan på detta sätt otvivelaktigt gav upphov till en intensiv debatt av den allmänna rättslärens problem och frambragte en breddning av rättsvetenskapens horisont, torde det icke förnekas, att kravet på vetenskaplighet och på en genomtänkt, mot 'jurisprudensen' kritisk metod också medförde vissa nackdelar. För lösandet av praktiska uppgifter, och med forskare med mindre intresse eller fallenhet för undersökningen av metodologiska spörsmål torde den vikt som lades vid metodfrågorna stundom ha varit en belastning: det uppfattades som god ton eller näranog obligatoriskt att ett arbete med anspråk på vetenskaplighet innehöll pliktskyldiga metodologiska inledningar och angrepp på 'begreppsjurisprudensen'; ambitionen att vara 'vetenskaplig' kunde stundom leda till att den dogmatiska juridikens särart såsom normvetenskap misskändes; slutligen medförde raserandet av den traditionella begreppsvärlden åtskillig oordning i framställningstekniken, i det å ena sidan många forskare ansåg sig föranlåtna, att införa och ingående utveckla egna begrepp och termer, å andra sidan en viss tendens till löslighet i terminologi och argumentation kunde iakttagas i juristernas skrivsätt utanför det rent vetenskapliga fältet.”³⁵³

Strömholm framhåller således samtidigt de positiva effekterna av uppsalaskolans strävan att rensa ut de metafysiska inslagen i jurisprudensen.³⁵⁴

Strömholms uppfattning förstärks också av Hellner. Ungefär samtidigt som Peczeniks bild framställdes har Hellner hävdad att den inriktning som präglade ”Hägerström och hans efterföljare”, dvs ”kritiken av argument

³⁵² Jfr här såväl Agge Till frågan om rättsvetenskapens gränser 1955 s 4 som Nelson Rättsvetenskapen i dagens samhälle 1964.

³⁵³ Strömholm Allmän rättslära 1978 s 3-4.

³⁵⁴ Intressant är Strahls uppfattning 1941 om att (bl a) uppsalaskolans realism skulle ha bidragit till att minska ”praktikerns känsla av främlingskap” och han talar om att den nordiska rättsvetenskapen företer ”i vissa avseenden en blomstring”. Själv är Strahl kritisk i många stycken och ansluter sig till en normativistisk syn om än på realistisk botten. Strahl Idealism och realism i rättsvetenskapen 1941 s 303 resp s 318.

och resonemang som ansågs ohållbara av logiska och filosofiska skäl”, var ”ett viktigt inslag i svensk rättsvetenskap” under ”en ganska lång tid, från omkring 1915 till omkring 1955.”³⁵⁵ Hellner framhåller, liksom Strömholm, de positiva konsekvenserna av uppsalaskolans kritik mot den traditionella rättsvetenskapen. ”Man kan ha olika meningar om kritikens berättigande, men man kan knappast bestrida att den riktade uppmärksamheten på metodfrågorna.”³⁵⁶

En kanske mer närliggande förklaring till det ökade intresset för rättssociologi, kriminologi och annan samhällsvetenskap, kan med Strömholm sägas vara att realismens fokusering på beteenden och konsekvenser helt enkelt i sig bidrog till att juristerna kom ”att ägna större uppmärksamhet åt de samhälleliga realiteter rättsreglerna avses påverka och åt reglernas faktiska verkan”.³⁵⁷ En ytterligare förklaring skulle helt enkelt kunna vara att exempelvis den empiriskt inriktade rättssociologin uppfattades som mer vetenskaplig.³⁵⁸

³⁵⁵ Hellner Skenargument i rättsvetenskapen 1985 s 53.

³⁵⁶ Hellner Skenargument i rättsvetenskapen 1985 s 53. Redan vid tiden för Lundstedts död skulle således debatten ha avtagit och detta förstärker bilden av att det var Lundstedts personliga närvaro och ”övervakande” av andras metafysiska argumentation och cirkelresonemang som utövat påverkan. Beträffande Olivecrona bör, som ovan antytts, kombinationen av hans ontologiska och metodologiska uppfattningar kunna förklara de förhållanden under vilka vissa av hans lärjungar påstås ha levat, jfr ovan avsnitt 1.3.2.3. Jfr också Hellner, som efter att ha framhållit Ekelöfs betydelse för Uppsalaskolan fortsätter: ”I mindre men fullt märkbar omfattning har Olivecrona på Hägerströms filosofi grundade läror haft inflytande på *forskningen i Lund*.” (Hellner Civilrättslig forskning 1974 s 14, min kurs). Jfr även Hellner Skenargument i rättsvetenskapen 1985 s 53. Se redan Hedenius Om rätt och moral 1941 s 83 om ”halshuggning”. För en motbild, se Fries' hyllning till Olivecrona där han avslutar med att tala om ”jagmänniskor” respektive ”sakmänniskor”. ”För de förstnämnda har ting och händelser betydelse blott i den mån de liksom utgöra moment i deras eget jag. För sakmänniskan har tingen och händelserna betydelse i sig själva, och hennes eget jag uppgår så att säga i dem. Hon glömmer sig själv för saken, medan jagmänniskan glömmer saken för sitt eget jag. Karl Olivecrona tillhör otvivelaktigt sakmänniskorna.” Fries Karl Olivecrona - forskaren och vännen 1964 s 20.

³⁵⁷ Strömholm Allmän rättslära 1978 s 4. Jfr Nelson Rättsvetenskapen i dagens samhälle 1964 s 465.

³⁵⁸ En reflektion jag gör sammanhänger med vad Nelson säger om olika synsätt på rättsvetenskapen med Olivecrona respektive Per Stjernqvist som exempel. Stjernqvists uppfattning beskrivs som (underförstått) mer öppen. Olivecrona skulle enligt Nelson, såvitt jag förstår, ansluta sig till en dogmatisk och konstruktiv rättsvetenskap medan Stjernqvist förespråkar en funktionell, se Nelson Rättsvetenskapen i dagens samhälle 1964 s 458. Det jag menar vara väsentligt är att hålla isär frågan om rättsvetenskapens gränser med frågan om vad som utgör vetenskap. Det var ju nämligen Stjernqvist som av Ekelöf 1951 betecknades som en av dem som sökte upprätthålla en värderingsfri rättsdogmatik samtidigt som han strax därefter övergick till rättssociologin. Som en annan förklaring till att man övergick till rättsso-

En motbild, som i och för också sig skulle kunna uppfattas som en bekräftelse, till föreställningarna om uppsalaskolans effekter utgörs också av de många uttryck för en öppen syn på rättsvetenskapen man kan återfinna under årens lopp.³⁵⁹ Ibland, men långtifrån alltid, har vidsynta normativa ställningstaganden till rättsvetenskapens uppgifter baserats på negativa deskriptiva synpunkter på densamma. Uppfattningarna om vad rättsvetenskapen bör vara och om vad den faktiskt är, är många och divergerande. Det var således ingalunda så, att uppsalaiternas inflytande innebar att locket lades på och diskussionen tycks av de nedslag i litteraturen jag gjort aldrig ha avstannat. Det finns knappast stöd bland dem som uttalat sig om rättsvetenskapens uppgifter eller beskrivit den för att uppsalaiterna orsakade en likriktning.³⁶⁰

Peczeniks bild ger också uttryck för en bestämd uppfattning om dagens rättsvetenskap. Föreställningarna om rättsdogmatikens nuvarande status växlar dock högst väsentligt. Det kan knappast vara faktiska förhållanden eller tidsskillnaden på ett drygt år - vilket för övrigt redan framgår av att Lehrberg ser utvecklingen "under de senaste årtiondena" - som kan förklara att Lehrberg 1991 kan beskriva rättsvetenskapen i termer av att "en framträdande tendens är att forskarna alltmer riktar sitt intresse mot den praktiska juridiken och, ofta i det inskränkta domstolsperspektivet, söker lösningarna på konkreta problem, som omedelbart aktualiseras i domstolarna, hos advokater eller i andra praktiska rättsliga sammanhang. Forskarna har på detta sätt i stor utsträckning blivit något av praktikernas hjälpreddor eller kollegor, medan den teoretiskt inriktade har försumrats",³⁶¹ och Sandgren året därefter i termer av att "den tämligen fria argumentation - med framträdande rättspolitiska inslag - som utmärker huvudfåran hos da-

ciologi skulle därför kunna vara att denna uppfattades vara mer vetenskaplig till sin karaktär.

³⁵⁹ Det bör framhållas att jag här inte sätter likhetstecken mellan öppet eller positivt synsätt och inställningen till förekomsten av värderingar. Det kan mycket väl förhålla sig så att de "vidsynta" helt enkelt menar att man skall öppna blickarna för intryck från andra samhällsvetenskaper, vilket kan betyda raka motsatsen till att välkomna värderande ställningstaganden. Oavsett detta utgör det dock en motbild mot den snäva rättsdogmatik som Uppsalaskolan emellanåt anses ha förorsakat.

³⁶⁰ Se bl a Ljungman 1955 s 359, Hellner 1956, Olivecrona 1963, Nelson 1964, Hjerner 1966 s 579, Edlund 1967 s 13ff, Samhällsforskning 1968, Bolding 1968, Hellner 1969, Strömholm 1969, Schmidt 1972 (Bundna ...), Hellner 1972 s 299-300, Hellner 1974, Agell 1974, Roos 1974, Saldeen 1974, Seipel 1974, Bernitz 1974, Hellner 1975, Roos 1978, Strömholm (Hur många rättsvetenskaper finns det?) 1978, Schmidt i TfR 1980, Strömholm Rättsvetenskap - sanningsforskning eller samhällsteknologi? 1989 och Bengtsson 1991 s 32.

³⁶¹ Lehrberg Rättsvetenskap i praktikens tjänst? 1991 s 753.

gens rättsvetenskap.”³⁶² Ett par år senare framhåller Herre att det ”(i) moderna rättsvetenskapliga avhandlingar inom civilrättens område framträder en tendens till alltmer utförlig, så att säga förberedande behandling av allmänna juridiska metodfrågor”,³⁶³ och denna tendens ”kan var och en som granskar civilrättsliga avhandlingar från och med 1950-talet” finna exempel på.³⁶⁴

Om vi istället för att fokusera på uppsalafilosofins betydelse för rättsvetenskapen betraktar dess betydelse för lagstiftning och rättstillämpning finns det nog starkare skäl för att härvidlag tillvita uppsalaskolan mer än vad som är berättigat vad gäller rättsvetenskapen. Jag vill nämligen poängtera att vad här ifrågasatts inte innebär ett ifrågasättande av själva utgångspunkten för de diskussioner om rättens värdelöshet som idag går höga. Denna präglar emellertid i högre grad rättstillämpningen än rättsvetenskapen. Även här har Strömholm³⁶⁵ lyft fram en viktig förklaring till den tilltagande värdelösheten:

”Det kan inte uteslutas att sådana idékomplex som den s.k. skandinaviska realismen, med dess 'avmystifiering' av rätten, dess negativa syn på såväl rättslig begreppsbyggnad som traditionella rättviseideologier och dess okomplicerade samhällsnyttesonemang på detta sätt kunnat prägla det politiska handlandet i spörsmålet som rör rättsväsen och rättsregler. Omsatt i förgrovd praktik kan 'realismen' lätt bli en ståndpunkt av den enkla innebörden att 'makt är rätt'... I detta perspektiv framstår de rättsskipande organen gärna som myndigheter bland andra, verkställare av stats- och folkviljans befallningar utan anspråk på särställning.”³⁶⁶

Det är här moderna rättsvetare har sitt ansvar för att värna grundläggande värderingar och det är bl a detta vi kan se i såväl den alternativa dogmatikens som hos annan modern konstruktiv rättsdogmatik och hos värdeobjektivistiska läror. Målet är en konsekvensinriktad, materiell juridik inte en bakåtriktad formell.³⁶⁷ Men huvuduppgiften för rättsvetenskapen i detta sammanhang måste vara att framhäva att detta ansvar primärt åvilar den praktiska juridikens utövare.

³⁶² Sandgren *En social avtalsrätt* I 1992/93 s 460.

³⁶³ Herre *Ersättningar i köprätten* 1996 s 38.

³⁶⁴ Sandgren upprepar och förstärker sin beskrivning av rättsvetenskapen i *Om empiri och rättsvetenskap* II 1995/96 bl a s 1050.

³⁶⁵ Möjligen inspirerad av Sundbergs inauguralföreläsning *Teleologisk metod och fair play* 1970, se Sundberg fr. Eddan t. Ekelöf 1990 s 268.

³⁶⁶ Strömholm *Allmän rättslära* i antologin *Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet*, Uppsala 1976, s 199. Citerat från Sundberg fr. Eddan t. Ekelöf 1990 s 268.

³⁶⁷ Jfr Strömholm i *Har juridiken en framtid* 1975, inspirerad av Luhmann.

Här är emellertid inte platsen att närmare diskutera dessa komplexa frågeställningar. Det kan för övrigt konstateras att oavsett om föreställningarna är välgrundade eller inte, synes de ändå ha haft den positiva effekten att de skärpt motståndarnas analyser i strävan mot en konstruktiv (alternativ) rättsdogmatik.³⁶⁸ Och myten är väl kanske trots allt viktigare än verkligheten.

Att vi kunnat konstatera att realisterna alls inte tog avstånd från värderingar i rättsvetenskapliga arbeten skall nu inte tas till intäkt för att de förespråkade det.³⁶⁹ Däremot var ett väsentligt karaktäristika att de krävde att man öppet redovisade sina värderingar och det är - återigen - inte beträffande synen på förekomsten av värderingar som skiljelinjen går mot dem de angrep utan på kriterierna för normativiteten och då finns det skäl att föra in den alternativa jurisprudensens läror.

1.3.3.3 Den alternativa jurisprudensen (AJ)

Startpunkten för en förändring av den kritiska rättsvetenskapens karaktär³⁷⁰ kan i Norden³⁷¹ dateras till Lars D Erikssons artikel i *Retfærd* 1979 om möjligheterna av en behovsrationell argumentationsmodell.³⁷² Utgångspunkterna för Erikssons marxistiska jurisprudens stod att finna i den förändring i lagstiftningstekniken som blivit påtaglig i välfärdsstaten och det utrymme för alternativa argumentationsmodeller som därigenom skapats.³⁷³ Huvudtanken kan sammanfattas i att uppgiften består i att ”de sociala behov och intressen som finns nedlagda i den senkapitalistiska rättsordningen *tas på orden, uppfattas såsom uttryck för denna ordnings primära mål* och inte endast såsom instrument för att hålla det kapitalistiska

³⁶⁸ Jfr Strömholm, Är rättspraxis annat och mera än en riktig eller oriktig tillämpning av den juridiska doktrinen? i *TfR* 1991 s 6, som nyanserar Peczenik genom att framhålla att ”den skandinaviska realismen förefaller att i förhållande till tidigare mer auktoritetsbundna uppfattningar ha *skärpt* argumentationens rationalitet, låt vara att det handlat om en utomjuridisk, utilitaristisk och ekonomisk eller social rationalitet.” I *Vad är rätt* 1995 s 263-64 kopplar Peczenik på detta Strömholms uttalande men framhåller att ”dess verkan på den *juridiska* rationaliteten har emellertid varit negativ”.

³⁶⁹ Se exempelvis Olivecrona *Docentbetyg eller icke?* 1963 s 531 som framhåller att ett rättsdogmatiskt arbete mycket väl kan vara rent deskriptivt.

³⁷⁰ Wilhelmsson *Critical Studies in Private Law* 1992 s 2.

³⁷¹ Om motsvarigheter på kontinenten, se bl a Bruun/Vilhelmsson *Rätten, moralen och det juridiska paradigmet* 1983 s 710 m hänv.

³⁷² Utkast till en marxistisk jurisprudens, *Retfærd* nr 11.

³⁷³ Se bl a Bruun/Vilhelmsson *Rätten, moralen och det juridiska paradigmet* 1983 s 710 och Tuori *Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin* 1988 s 190.

systemet vid liv”.³⁷⁴ Erikssons artikel gav upphov till en animerad debatt bland kritiska jurister i Norden.³⁷⁵ Bland de starkaste kritikerna³⁷⁶ återfanns Christensen,³⁷⁷ Mathiesen³⁷⁸ och Töllborg.³⁷⁹ (Den kritiska rättsvetenskapen utgör - om någon nu trodde det - ingen homogen skolbildning.³⁸⁰) Det gemensamma draget hos de nämnda kritikerna skulle kunna sammanfattas med att de ansåg den alternativa läran i sig ideologiskapande. Ståndpunkten har tydliga gemensamma drag med den kritik Ross riktade mot Lundstedts samhällsnyttemetod vid trettioalets början.³⁸¹ Samtidigt kom den debatt som följde på Erikssons artikel att stimulera utvecklingen mot en konkretiserad konstruktiv alternativ rättsdogmatik,³⁸² där Wilhelmssons redan närmast klassiska verk *Social civilrätt* tilldragit sig störst uppmärksamhet.

För att knyta an till den realistiska teorin kan ett annat sätt att uttrycka bakgrunden till Erikssons behovsrationella lära vara att den innefattar en uppmaning till domstolarna att ta sitt ansvar för samhällsmaskineriet och samtidigt påvisa att rättsreglerna inte bara möjliggör det utan därtill påbjuder det. Även om man anlägger en marxistisk förklaringsmodell enligt den yngre Hydén på de intervenerande normernas systembevarande karaktär³⁸³ finns det intet skäl att anta att avsikten varit att denna möjlighet inte skall användas. Även om den primära *funktionen* är att bevara rådande strukturer är ändå själva upprätthållandet – och således inte enbart ideologiskapandet – av de intervenerande normerna ett medel däri. Ett sådant betraktelsesätt står väl i överensstämmelse med realismen och ryms enligt min

³⁷⁴ Eriksson Utkast till en marxistisk jurisprudens 1979 s 46.

³⁷⁵ Se en översikt av den tidiga diskussionen i *Kjellberg och Lönneaus* Diskussionen om legalstrategier i retfærd – ett sammandrag. I Hydén (red) Rätten som instrument för social förändring 1982. Se också Tuori (red) Rättsdogmatikens alternativ 1988, där diskussionen fortsätter. Sandgren behandlar flera av de arbeten som följt i spåren av legalstrategidiskussionen i *En social avtalsrätt? I 1992/93 s 475ff.*

³⁷⁶ Här avses endast dem som direkt deltog i diskussionen.

³⁷⁷ Se bl a Christensen Ideologikritik contra dogmatik 1982.

³⁷⁸ Se bl a Mathiesen En marxistisk jurisprudens? 1980.

³⁷⁹ Se bl a Töllborg Att ersätta en ideologi med en annan 1982.

³⁸⁰ Som Sandgren också framhåller, Sandgren *En social avtalsrätt? I 1992/93 s 459-60.* Jfr Wilhelmsson *En social avtalsrätt? – Några kommentarer 1993/94 s 500.*

³⁸¹ Se Ross *Realismen i retsvidenskaben og samfundsnyttekimæren 1932* och *Samfundsnytteprincippet. Gensvar til professor Lundstedt 1933.*

³⁸² Jfr Basse *Udviklingen af retsdogmatikken gennem anvendelse af andre samfundsvidenskaber 1989 s 66* och Zahle *Videnskabeliggørelse eller forkastelse 1989 s 54.* Se också Tuori, *Alternativ eller kritik, snæv eller utvidgad doktrin 1988 s 183,* som kopplar Wilhelmssons och Pöyhönens arbeten till den diskussion som inleddes av Eriksson.

³⁸³ Hydén *Rättens samhälleliga funktioner 1978.*

mening också inom Lundstedts samhällsnyttemetod, såväl på rättstillämpningsnivå som inom dennes konstruktiva rättsvetenskap. Rättstillämparens funktion enligt realismen blir än mer påtaglig i det välfärdsstatliga tidevarvet och här ökar också rättsvetenskapens ansvar för att påvisa detta och att anvisa möjligheterna härför.

Alternativjurisprudensen föds i en period då formalismen eller normativismen återtagit greppet och då samtidigt som den rättsliga regleringen ställer än högre krav på att rättstillämpningen tar sitt ansvar för att rätten bringas i samklang med rådande sociala värderingar.

1.3.3.4 AJ och annan modern konstruktiv rättsvetenskap

Det finns flera beröringspunkter mellan den alternativa (kritiska)³⁸⁴ rättsdogmatiken och annan konstruktiv rättsdogmatik.^{385 386} Det gemensamma rättsdogmatiska kunskapsintresset förenar dem genom att som sitt yttersta mål ha att nå genomslag i den "rättsliga praktiken", för att tala med Wilhelmsson,³⁸⁷ eller "praktisk nytta" för att använda Lehrbergs uttryckssätt.³⁸⁸ Tuori framhåller detta samband mellan den alternativa jurisprudencen och den härskande doktrinen och utvecklar det:

³⁸⁴ Angående termerna alternativ och/eller kritisk, se Tuori Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin 1988 s 183.

³⁸⁵ Bland dem som inte enbart praktiserat utan jämväl teoretiserat sina uppfattningar om behovet av en konstruktiv rättsdogmatik kan under senaste decenniet nämnas Håkan Andersson, Bert Lehrberg och Claes Sandgren. Som Wrangle framhåller kan också det nyvaknade intresset i vårt land för (teoretisk) retorik anses vara en reaktion mot den "ingenjörinställning till juridiken" som varit rådande i vårt land. Wrangle Recension av Mellqvist/Persson (red) Retorik och rätt JT 1995/96 s 498. Sandgrens bidrag består bl a i att utsatt den alternativa jurisprudencen, närmare bestämt den sociala avtalsrätten, för konstruktiv beskjutning, vilket i och för sig kan tas till intäkt för den betydelse den fått. (Wilhelmsson uttrycker glädje över att Sandgren presenterat lärorna för en bredare publik, En social avtalsrätt? – Några kommentarer 1993/94 s 499.) För övrigt kan hela den pågående debatten om rättens värdelöshet sägas vara inriktad mot en önskan om förändring av inte bara rättstillämparnas hantering utan jämväl av rättsdogmatiken. Kanske det är ett tidens tecken att tre (tidigare?) så vitt skilda rättsvetare som Hydén, Peczenik och Töllborg kan förenas i en syn på rättens allt mer påtagliga "värdelöshet." Jfr Tuoris iakttagelse om de påtagliga likheterna mellan den alternativa jurisprudencen och värdeobjektivisterna, Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin 1988.

³⁸⁶ Se också Sandgren, En social avtalsrätt? I 1992/93 s 460, som framhåller "klyftan mellan det pretentiösa anslaget och det program för rättsvetenskapen som faktiskt rekommenderas. I själva verket ligger nog detta program nära den tämligen fria argumentation - med framträdande rättspolitiska inslag - som utmärker huvudfåran hos dagens rättsvetenskap."

³⁸⁷ Wilhelmsson Om kritisk civilrättsdogmatik 1990 s 51.

³⁸⁸ Lehrberg Rättsvetenskap i praktikens tjänst? 1991 s 761-62.

”Jurisprudensen anammar en inre, deltagarens synvinkel på rättslig praktik; den är själv en del av denna praktik, av sitt forskningsobjekt. Att utöva rättsdogmatik förutsätter inte bara att man godkänner en viss rättsvetenskapsuppfattning. Det förutsätter också ett åtminstone implicit godkännande av rätten och rättslig praktik som form för normativ reglering av samhället och som samhällelig praktik. Också detta godkännande delar (den alternativa jurispruden- den) med övrig rättsdogmatisk forskning.”³⁸⁹

Men skillnaderna mellan den alternativa och annan konstruktiv jurispru- dens är ändå viktiga, vilket Tuori understryker.³⁹⁰ Termen kritisk eller al- ternativ markerar att de är sprungna ur olika ”värdetraditioner” och de konsekvenser detta medför beträffande benägenheten att beakta även sam- hällsvetenskapliga rön³⁹¹ och kanske en mer uttalat emancipatorisk an-

³⁸⁹ Tuori Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin 1988 s 184, varefter Tuori yt- terligare påvisar likheterna mellan den alternativa och den klassiska rättsdogmatiska forsk- ningen.

³⁹⁰ Tuori Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin 1988, flera ställen.

³⁹¹ Se mer allmänt om behovet av samhällsvetenskapliga element i rättsvetenskaplig forsk- ning, exempelvis Hydén Förmögenhetsrätten ur ett rättssociologiskt perspektiv 1988, Dal- berg-Larsen Lidt om at indføre samfundsvidenskabelige elementer i den juridiske forskning 1989, Basse Juridisk empirisk forskning med administrativ praksis som studieobjekt 1989, Boe Kopling fra tradisjonell rettsvitenskapelig metode til andre vitenskapelige metoder 1989 och Sandgren Om empiri och rättsvetenskap 1995/96. Se också Eckhoff Juss og sam- funnsforskning 1972 med hänvisningar till tidigare litteratur. I äldre litteratur se bl a Nelson Rättsvetenskapen i dagens samhälle 1964 och Agge Till frågan om rättsvetenskapens grän- ser 1955. Stjernqvist, Samhällsutvecklingen och rättsvetenskapens arbetsfält 1952, lyfter bl a fram behovet av en nyorienterad, *funktionell* rättsvetenskap med hänvisning till den om- fattande lagstiftning som ”äro instrument för att genomföra statsmaktens politiska mål”, a s 201f. Intressant i sammanhanget är Welinders artikel om ”jurisprudensen inför den eko- nomiska utvecklingen” från 1939. Här talar Welinder bl a om lagstiftningens förändrade funktioner, att staten utvecklats från ’rättsstat’ till ’välfärdsstat’ och betydelsen med anled- ning härav att man inom jurisprudensen ökar samarbetet med den ekonomiska forskningen. Särskilt intressant är hans betoning av att ”de ekonomiska och sociala intresse- motsättningarna få ökad aktualitet. I jämförelse med den politiskt utsatta ställning, den ekonomiska forskningen länge intagit, har jurisprudensen hittills haft en relativt skyddad tillvaro. Att man i så stor utsträckning som varit fallet lyckats bortse från de ekonomiska intresse- motsättningarna torde till stor del vara rättsstatsideologins förtjänst. I stället för att nödgas taga hänsyn till olika socialgruppers ekonomiska intressen, har man kunnat utgå från det ’all- männa rättsmedvetandet’. Även om man har klart för sig huru tidsbetingat detta är, synes man gärna vilja föreställa sig, att det vid en viss tidpunkt existerar ett för folket i dess helhet gemensamt rättsmedvetande. Flertalet jurister äro nog alltjämt ej helt fria från föreställning- en, att juristen tack vare sin utbildning förfogar över en speciell möjlighet att bedöma huru- vida gällande rätt överensstämmer med det allmänna rättsmedvetandet och, om så ej är fal- let, vilka reformer som äro erforderliga. Så till vida kunna de ha rätt, som man vid en un- dersökning av den allmänna rättsuppfattningen ej plägar företaga någon sociologisk analys utan främst håller sig till vad som inom juristståndet anses överensstämma med rätt och billighet.” Welinder fortsätter därefter med att framhålla att alla torde vara överens om att

sats.³⁹² Här finns det dock anledning att göra åtskillnad mellan olika ”icke-alternativa” dogmatiker. Strävanden att införa argument av typen ekonomisk effektivitet innebär också ett beaktande av samhällsvetenskapliga rön och kanske förhåller det sig så att den alternativa jurisprudencen och marknadsjurisprudencen har dessa externa kunskapskällor gemensamt gentemot de mer traditionella inomrättsliga konstruktivisterna. De har också det gemensamt att de menar att argumentation av detta slag ligger inom ramen för gällande rätt i vid mening. Wilhelmsson talar om det rättsligt möjliga,³⁹³ Runesson om de sententia ferenda.³⁹⁴

De olika ursprungarna kan också förklara att fokuseringen ligger på olika områden av juridiken.³⁹⁵ I vart fall kan den alternativa rättsdogmatiken *deskriptivt* sägas representera en ”jurisprudens som bundit sig till den välfärdsstatliga rättens materiella rationalitet och substantiella rättvisepuffning.”³⁹⁶

Den alternativa rättsdogmatiken s a s utmanar de rättsliga ideologierna³⁹⁷ på politiskt kontroversiella eller snarare känsliga områden vilket i sig är ägnat att ge den en politisk karaktär. Vi måste då emellertid komma ihåg att den centrala civilrätten ingalunda är politisk neutral.³⁹⁸ Genom att de

”den juridiska forskningen bör ha till uppgift ej blott att kommentera gällande rättspraxis utan att även att genom förslag de lege ferenda tjäna som vägvisare för lagstiftningsarbeten” men poängterar därvid nödvändigheten av att ”klart redovisa, vilken politisk värdering man stöder sig på, vilka ekonomiska, befolkningspolitiska etc mål man vill uppnå, och när man drager konsekvenserna av dessa ej glömma, huru villkorliga de resultat äro man på detta sätt erhåller. Forskarens roll är här *teknikerns*. Han äger rätt att pröva på vilket sätt olika politiska önskemål bäst skola realiseras men äger ej själv att i sin egenskap av forskare uppställa sådana.”

³⁹² Jfr Wilhelmsson *Critical Studies in Private Law* 1992 s 5.

³⁹³ Se bl a nedan avsnitt 1.3.3.8.

³⁹⁴ Runesson *Rekonstruktion av ofullständiga avtal* 1996 s 32-33.

³⁹⁵ En annan aspekt på vad som för en in i den alternativa jurisprudencen och betydelsen av att en alternativ dogmatik inte används taktiskt utan står i överensstämmelse med ens rättvisepuffningar, se Nousiainen *På spaning efter alternativa jurister (och efter en tid som flytt?)* 1988.

³⁹⁶ Tuori *Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin* 1988 s 196.

³⁹⁷ Om termen rättsideologi och dess skiftande användning och innebörder, se Bruun *Kollektivavtal och rättsideologi* 1979. Lundstedts definition framgår bl a i *Har rättsvetenskapen behov av rättsideologi* (1943) s 24 och i *Grundlinjer i skadeståndsrätten* 1944 s 15f.

³⁹⁸ Jfr Bengtsson *Om civilrättens splittring* 1991 s 34 som (i en något annorlunda kontext) talar om ”politiseringen av civilrättsliga frågor” som en orsak till ”civilrättens splittring”. På (del)områden med regleringar som framstår som praktiska lösningar mellan jämställda parter (jfr Runesson *Rekonstruktion av ofullständiga avtal* 1996 s 38) förhåller det sig måhända annorlunda och här kanske man kan tala om apolitisk reglering. Jfr Olivecrona *Om lagen och staten* 1940 s 41-42. Hellner framhåller (1973) att den ”helt övervägande delen av den civilrättsliga litteraturen i Sverige är, eller framställs som, politiskt neutral. Den be-

”metodologiskt oskyldiga”³⁹⁹ i regel också väljer ämnesområden som på ytplanet är politiskt okontroversiella framstår heller inte det faktum att ett undertryckande av ens egna värderingar innebär ett bejakande av de inom juristskrået rådande värderingarna som så uppenbara. Och genom att till skillnad från den alternativa dogmatiken ”dölja” de politiska inslagen⁴⁰⁰ är risken stor att realpolitiska argument döljs och förvandlas till en fråga om lämpligheten av den ena eller andra lösningen.⁴⁰¹ När därför Sandgren karakteriserar antologin ”Rättsdogmatikens alternativ” med att framhålla att ”(g)rundackordet i boken är politiskt, nämligen en djupt rotad misstro mot marknadsekonomin. Men om dess alternativ råder tystnad; förekomsten av socialistiska stater förbigås”,⁴⁰² tycks han inte inse vikten av öppenhet. Trots detta framhåller Sandgren likheterna mellan den alternativa och den traditionella rättsdogmatiken.⁴⁰³ ”En skillnad består dock däri att den kritiska rättsvetenskapen vägleds av en övergripande vision - den om ett solidariskt samhälle - medan traditionalisterna är rättsideologiskt splittrade, ja kanske värjer sig mot tanken att överhuvudtaget vägledas av en vision oavsett vilket innehåll man vill ge denna.”⁴⁰⁴ Och senare håller han ”den behovsorienterade legalstrategen” ”räkning för att han klart redovisar de värderingar som ligger i botten för den sociala avtalsrätten” och fortsätter:

”Den 'traditionellt arbetande' juristen, som verkar inom det förhärskande avtalsparadigmet, ser inget behov av att på motsvarande sätt redovisa och motivera en värderingsram och talet om strategi är honom främmande. Till synes kretsar hans verksamhet kring så neutrala värderingar som lika skall behandlas lika, behovet av konsekvens i rättssystemet, begreppslogisk och systematisk klar-

handlar ämnen som åtminstone tidigare kunde betraktas som politiskt ointressanta. Inga politiska strider har rasat om viljeteori och tillitsteori i avtalsrätten, om culpabedömning i skadeståndsrätten, om godtroshävd av stulen egendom i sakrätten, om minoritetsskydd i aktiebolagsrätten, om gemensamma in-teckningar i fastighetsrätten, osv.” Hellner *Civilrättslig forskning* 1974 s 23.

³⁹⁹ Jfr Ekelöf *Från en forskares verkstad* 1978.

⁴⁰⁰ Som Roos framhåller har de rättsekonomiska läror som betonar effektivitetsresonemang kritiserats för att de ”bygger på egendomsfördelningar som redan är givna. Därför får slutsatserna lätt en konservativ anstrykning”. Roos *Varför rättsekonomi?* 1993 s 230. Se också Hellner *Rättsekonomi, avbeställning och coase-teorem* 1978 s 103.

⁴⁰¹ Jfr Runesson som mot kritiken mot att använda ekonomisk effektivitet som besluts-kriterium framhåller att kritiken ”kan således sägas bygga på en metodologisk kontamination. Kritiken synes botten i antagandet att ett påstående om att en viss regel är ekonomiskt effektiv i sig innefattar ett påstående att regeln *bör* väljas framför andra tänkbara regler.” Runesson *Rekonstruktion av ofullständiga avtal* 1996 s 38.

⁴⁰² Sandgren *En social avtalsrätt?* I 1992/93 s 478.

⁴⁰³ Sandgren *En social avtalsrätt?* I 1992/93 s 479.

⁴⁰⁴ Sandgren *En social avtalsrätt?* I 1992/93 s 479.

het, intresseavvägning (t ex förutsebarhet mot skälighet) o s v. *Men också 'traditionalisten' styrs av värderingar på ett högre plan, som svarar mot alternativjuristens välfärdsstatliga syn. 'Traditionalistens' värderingar domineras av rättsstatliga och marknadsekonomiska föreställningar. Dessa är emellertid som regel utsagda; referensramen för analysen är bara vagt artikulerad, om ens det.*"⁴⁰⁵

Det bör framhållas att exempelvis även Grönfors i hög grad angriper de rättsliga ideologier som ligger bakom och alltså präglar tillämpningen av avtalslagen.⁴⁰⁶ Grönfors har i kommentaren till avtalslagen framhållit att förhållandena sprungit ifrån den legislativa regleringen⁴⁰⁷ och på samma sätt som Wilhelmsson och andra alternativa rättsdogmatiker bygger Grönfors i sina konstruktiva strävanden på tendenser i rättsutvecklingen.⁴⁰⁸ I sin karaktäristik härav talar Wilhelmsson om att Grönfors "sett som sin uppgift att befrämja denna utveckling och bidra till uppkomsten av mer moderna avtalsrättsliga tänkesätt."⁴⁰⁹ Men likväl karaktäriserar Sandgren – om än med viss tveksamhet bör tilläggas – Grönfors' (liksom Håstads) argumentation som "systemimmanent".⁴¹⁰ Sandgren hävdar att Håstads och Grönfors "tankar om en förnyelse av avtalsrätten ... ligger på ett annat plan" än de alternativa (kritiska) juristerna.

"Håstad argumenterar 'systemimmanent', även om hans argumentering på vissa punkter ligger utanför avtalslagens ram. Hans önskan är att finna konstruktiva vägar att förbättra avtalslagen, inte att riva upp dess grundvalar. Samma karaktäristik får nog anses träffande för Grönfors. Han vägleds av en önskan att avtalsrätten skall 'möta våra dagars krav på avtalsmaskineriet och dess roll i

⁴⁰⁵ Sandgren En social avtalsrätt? II 1992/93 s 644. Min kursivering.

⁴⁰⁶ Se, förutom kommentaren till avtalslagen, även Tolkning av fraktavtal 1989 och Avtal och omförhandling 1995.

⁴⁰⁷ Grönfors Avtalslagen 1984 s 11-12. Det kan vara intressant att se hur Ekelöf kopplar ihop Grönfors projekt med sitt eget: "Liksom jag godtagit att en bevisbörderegeln medför risk för att domen blir materiellt oriktig, kan Grönfors objektiva tillämpning av ett avtal komma att strida mot vad parterna avsett då de slöt detta. Och sådan tillämpning av avtal synes mig vara samma andas barn som den av mig hävdade teleologiska metoden för tillämpning av lag och prejudikat." Ekelöf Kommentarer... 1990 s 66 med hänvisning till Grönfors Tolkning av fraktavtal.

⁴⁰⁸ "Det valda tillvägagångssättet är desto mera påkallat som svensk rättspraxis under allra senaste år ger ett bestämt intryck av att *det håller på att växa fram en ny avtalsrätt.*" Grönfors Avtalslagen 1984 s 12. Grönfors ser förklaringar bl a i betoningen av konsumentens synpunkter, marknadsrättsregleringen mm.

⁴⁰⁹ Wilhelmsson Materiell bedömning av standardvillkors giltighet 1991 s 445.

⁴¹⁰ Sandgren En social avtalsrätt? I 1992/93 s 461.

samhället', 'att man skall få ett funktionellt väl sammanhängande system av regler' och att den rättsliga miljön' skall vara styrande för avtalsstolkningen."⁴¹¹

Enligt Stridbeck, om än även denne talar om "inomrättslig", är "Grönfors samhällsorienterade tolkningslära () marknadens lära. På så sätt framträder Grönfors som en *marknadsorienterad legalstrateg*".⁴¹² För såväl Grönfors som Wilhelmsson känns rätten "överklig".⁴¹³ För Grönfors är det de formalistiska strävandena att upprätthålla föreställningar om vilja och tillit och fokuseringen på avtalets ingående som känns överkligt, för Wilhelmsson att grundläggande värden inte realiseras.

Stridbeck påvisar också de principiella likheterna mellan Grönfors och Wilhelmsson när han framhåller att båda "uppmärksammat inkongruensen mellan rättsregler och verklighet,"⁴¹⁴ och konkluderar:

"Både Grönfors och Wilhelmsson reagerar på rättsdogmatikens stelhet. Samhälleliga förändringar kräver flexibilitet på den rättsliga nivån. För Grönfors blir lösningen inomrättslig till marknadens fromma. Wilhelmsson väljer en lösning till medborgarnas fromma."⁴¹⁵

Det finns anledning att fråga sig om det är öppenheten i de värderande ställningstagandena, argumentens karaktär, likheter/olikheter i värderingar mellan den som beskriver och den som beskrivs som gör att man karaktäriserar rättsvetare så olika.⁴¹⁶ Hur man beskriver andra är nog i hög grad betingat av hur man betraktar sin egen verksamhet.⁴¹⁷ Troligen förhåller det sig så att om argumentationen håller sig inom den bland juristskrået förhärskande normativa ideologin på djupstruktursnivå, och därvid förefaller det egalt om man ifrågasätter rättssystemsnivån, då är fältet fritt och epitetet 'kreativ rättsvetenskap' adekvat.

⁴¹¹ Sandgren En social avtalsrätt? I 1992/93 s 461-62 med citat från Grönfors Avtalslagen 1984 s 12, Fraktavtalet s 195 resp s 199.

⁴¹² Stridbeck Från kontrakt till social rättighet 1992 s 324-25. Min kursivering.

⁴¹³ Här kan man skönja likheter med de ursprungliga realistiska utgångspunkterna, jfr Pihlajamäki Den rättsliga formalismen och kritiken av den 1997 s 62.

⁴¹⁴ Stridbeck Från kontrakt till social rättighet 1992 s 324.

⁴¹⁵ Stridbeck Från kontrakt till social rättighet 1992 s 325.

⁴¹⁶ Jfr Schmidt Bundna och öppna argument i rättsvetenskapen 1972 s 581 och dennes försök att förklara skillnaderna mellan Boldings och Strömholms syn på utrymmet för öppna argument.

⁴¹⁷ Jfr Castbergs anmärkning till hur han framställer skillnaderna mellan idealism och realism, Castberg "Realisme" og "idealisme" i nordisk rettsvitenskap 1955 s 56.

1.3.3.5 Vikten av en öppen normativitet

När det gäller kravet på rättsvetenskapens värderande eller normativa inslag ser vi påtagliga likheter mellan realisterna och företrädare för den alternativa jurisprudence. Kangas lyfter fram betydelsen av öppenhet och insikt.⁴¹⁸

”Utöandet av jurisprudencen förutsätter emellertid *ett val mellan tolkningsalternativen*. Detta i sin tur är inte möjligt utan *valkriterier*. Utövaren av den traditionella rättsdogmatiken är ofta mera bekymrad över om hans val följer vetenskapens inre spelregler på ett korrekt sätt, än över vilka samhällsliga konsekvenser hans val har. Men eftersom rättsdogmatikens spelregler inte är några a priori regler och ofta inte ens artikulerade, är valet oundvikligen irrationellt i alla de situationer där valet inte öppet motiveras.”⁴¹⁹

Argumenterar vi för lösningar *som innefattar andra avvägningar* än de som lagstiftningen eller etablerad rättsuppfattning bjuder blir det tveklöst fråga om intressen och därvid spelar det ingen roll om det rör sig om Ekelöfs radikalteleologi, Grönfors' materiella avtalsrättsparadigm,⁴²⁰ Stridbecks teleologiska kontraktsrätt, Runessons ekonomiska effektivitet eller Wilhelmssons sociala prestationshinder.⁴²¹ Men även i de situationer då vi inte går så långt utan ägnar oss åt tolkning utöver den vardagsspråkliga läsningen kommer våra förslag till lösningar att präglas av intressen.⁴²²

⁴¹⁸ Jfr ovan 1.3.3.2. Se även Malmström Till frågan om lagtolkningsmetoderna 1952 särskilt s 661.

⁴¹⁹ Kangas Den alternativa jurisprudencens alternativ 1988 s 101.

⁴²⁰ Det är Wilhelmsson som betecknar Grönfors projekt på detta sätt när han framhåller att Grönfors tolkningslära inte återspeglar ”någon enhällig juristopinion.” Med Lehrberg som exempel framhåller han att det alltjämt ”förekommer ställningstaganden till förmån för en stark bindning till partsviljan som avgörande tolkningskriterium.” Han utvecklar skillnaderna enligt följande: ”Vad det egentligen är frågan om i dessa meningsmotsättningar är två i grunden olika syner på avtalsbundenheten. Två olika 'avtalsparadigm' leder till olika uppfattningar om ett flertal konkreta avtalsrättsliga frågor. Å ena sidan kan man i traditionell anda utgå från parternas vilja eller deras tillit som grund för själva avtalsbundenheten. Gemensamt för dessa synsätt är tanken att frågan om avtals bindande verkan prövas utgående från det som skedde vid avtalslutet, medan avtalsinnehållet är irrelevant för bedömningen. I denna mening kan de vilje- eller tillitsbaserade avtalsläror betecknas som *formella*. Motsatsen härtill är ett *materiellt* avtalsparadigm, i vilket avtalsbundenheten också baseras på kriterier som direkt anknyter till själva avtalsinnehållet.” Wilhelmsson Materiell bedömning av standardvillkors giltighet 1991 s 446.

⁴²¹ Som Hellner påpekat i sammanhanget växlar också vad som är politiskt kontroversiellt över tiden. Hellner Civilrättslig forskning 1974 s 23 där han exemplifierar med Ljungmans verk ”Skada och olägenhet från grannfastighet” från 1943 som ett ämne där man vid den tiden kunde framstå som opolitisk och kontrasterar det mot dagens miljötänkande.

⁴²² Jfr (den rättsliga) diskussionen om löntagarfonderna i SvJT 1976 (Strömholm, Nelhans, Kaijser och Strömholms replik. Se källförteckningen.)

Men därför måste vi också öppet redovisa våra värderingar och framför allt att vi värderar. I Wilhelmssons tappning framstår ”ödmjukhet” som ett viktigt inslag när han framhåller att utvecklingen mot nya rationaliteter ”likväl inte (räcker) till för att avgöra frågan, huruvida man bör söka utarbeta nya allmänna läror” och fortsätter:⁴²³

”Detta val framstår för mig i sista hand som politiskt (i vidsträckt mening).⁴²⁴ *Kriterierna för uppbyggnaden av de allmänna lärorna sammanhänger alltid i någon utsträckning med forskarens samhällssyn (som naturligtvis kan och bör grundas på en vetenskaplig samhällsanalys) och med hans uppfattning om vilka samhällsgruppers intressen rättsordningen kan och bör skydda.* En kritisk doktrin kan inte, enligt min mening, utan att bedra sig själv, söka efter något 'enda rätta' sätt att bygga upp ett nytt system av allmänna läror. En kritisk doktrin presenterar blott en ny möjlig modell som kan utnyttjas eller förkastas av relevanta delar av det juridiska auditoriet.”⁴²⁵

Förespråkar (och/eller tillämpar) man en öppet normativ rättsvetenskap måste man samtidigt bli mer ödmjuk i sina auktoritetsanspråk,⁴²⁶ vilket inte skall jämföras med att man är likgiltig inför huruvida ens rekommendationer efterföljs eller inte. Den personliga övertygelsen om ställningstagandets rättfärdighet är här ett trovärdighetskrav.⁴²⁷

1.3.3.6 Närmare om det Wilhelmssonska alternativet

Med ett angreppssätt som ofta ställer etablerade föreställningar på ända har Thomas Wilhelmsson i en rad arbeten påvisat möjligheterna av ett alternativt synsätt.⁴²⁸ Men han har också i hög grad bidragit i den teoretiska diskussionen om utrymmet för och utformningen av en alternativ rättsdogma-

⁴²³ Här citeras den något utvecklade version som återfinns i Om kritisk civilrättsdogmatik 1990. Den principiella uppfattningen kommer till uttryck redan i Social civilrätt 1987 s 27.

⁴²⁴ Wilhelmsson markerar här att han inte delar Tuoris (1988 s 203-4) uppfattning om att, som Wilhelmsson beskriver det, ”denna 'decisionistiska' uppfattning ... 'sträcker upp händerna' inför kravet på rationell motivering av valet”. ”Tuoris analys, enligt vilken den alternativa jurisprudentens modeller enbart är 'inlägg i den allmänna rättsliga och samhälleliga diskussionen' vilka står 'på samma startlinje med de andra materiella systematiseringsförslagen', motsvarar emellertid långt ifrån min uppfattning”, menar Wilhelmsson, Om kritisk civilrättsdogmatik 1990 not 28.

⁴²⁵ Wilhelmsson Om kritisk civilrättsdogmatik 1990 s 60. Min kursivering.

⁴²⁶ Jfr Strömholm Är rättspraxis annat och mera än en riktig eller oriktig tillämpning av den juridiska doktrinen? 1991.

⁴²⁷ Jfr Nousiainen På spaning efter alternativa jurister (och efter en tid som flytt?) 1988.

⁴²⁸ I källförteckningen återfinns flera av Wilhelmssons verk.

tik. I en artikel från 1990, Om kritisk civilrättsdogmatik, har Wilhelmsson utvecklat sin alternativa teori.

Wilhelmsson försöker fånga det paradigmiskt särskiljande när han skisserar det gemensamma draget hos olika former av alternativ rättsdogmatik:

- ”– Insikten att läran om en värderingsfri (objektiv) rättsdogmatik är en illusion.
- En relativt stark betoning av den rörelsefrihet rättsordningen ger domare och andra beslutsfattare.
- Uppfattningen att den traditionella rättsdogmatiken (rättsdogmatikens huvudströmning) implicit bygger på konservativa samhälleliga värderingar.
- Önskan att bygga den egna verksamheten på värderingar och ideal som uppfattas som mer emancipatoriska.
- Tron att man genom rättsdogmatisk verksamhet kan åstadkomma förändringar i samhället i riktning mot de ideal man omfattar.
- En större tilltro än inom traditionella former av dogmatik till det fruktbara i det tvärvetenskapliga projektet att infiltrera samhällsvetenskapliga teorier och rön i rättsdogmatiken.”⁴²⁹

Det är inte enbart begreppet kritisk rättsvetenskap som innefattar en rad olika inriktningar. Även den alternativa eller kritiska rättsdogmatiken uppvisar flera olika varianter.

Grovt schematiskt⁴³⁰ delar Wilhelmsson in de olika tankeriktningarna inom den alternativa rättsdogmatiken i tre huvudtyper; ”kritisk praktik”, ”systematiskt-principiell alternativ doktrin” och ”systematiskt-praktisk alternativ doktrin”.⁴³¹ Wilhelmsson bekänner sig till den sistnämnda ”mellanformen” i vilken man

”strävar att förena uppfattningen att rätten är ett pragmatiskt instrument för att påverka samhället med insikten att rätten utgör ett helt som måste granskas också på systematisk nivå. Man kan se rätten som en verktygslåda, som den kritiska domaren har att arbeta med i sin praktik, samtidigt som man tar hänsyn till att den rättsliga ideologin (systemet) såväl påverkar användningen av verktygen som utgör ett verktyg i sig.”⁴³²

I denna variant av alternativ rättsdogmatik intar, med en term hämtad från Reifner, *den symptomatiska kritiken* en framträdande ställning.

⁴²⁹ Wilhelmsson Om kritisk civilrättsdogmatik 1990 s 47-48. Se motsvarande i engelsk version i Wilhelmsson Critical Studies in Private Law 1992 s 6.

⁴³⁰ Som Wilhelmsson själv uttrycker det.

⁴³¹ Wilhelmsson Om kritisk civilrättsdogmatik 1990 s 48-50.

⁴³² Wilhelmsson Om kritisk civilrättsdogmatik 1990 s 50.

”I det konkreta rättsmaterialet - lagar, domar, förarbeten, doktrin etc. - spåras element som bryter mot det traditionella rättsliga tänkandet. Ur dessa element utvecklas nya begrepp och principer som kan stöda andra avgöranden i samma riktning. De nya läroarna ses som instrument, vilka vid behov kan utnyttjas av den kritiska domaren (den alternativa praktikern). Växelverkan mellan juridisk 'teori' och praktik uppfattas som stark: den nya teorin erbjuder argument för en kritisk praktik, vilken i sin tur stöder en vidareutveckling av teorin. Frågan, vilka element i det konkreta rättsmaterialet som bör tas som utgångspunkt vid uppbyggnaden av de allmänna läroarna är beroende av den aktuella samhällsliga situationen och svaret blir därför föränderligt.”⁴³³

Som redan nämnts är den alternativa rättsdogmatikens mål alltid (i förekommande fall *också*) praktiskt. ”En utövare av alternativ dogmatik måste förutsätta, att han genom sin verksamhet på något sätt kan påverka den rättsliga praktiken (i vid mening). Ett sådant antagande måste ha någon grund. Vilka utvecklingsdrag i det moderna samhället och rätten gör det möjligt att anta, att en alternativ doktrin kan leda till förändringar i praxis?”⁴³⁴ Wilhelmsson pekar på tre olika typer av förutsättningar för den ”kritiska praktiken”: sociala, institutionella och legislativa. Till de sociala hänför Wilhelmsson sådant som förändringar i rekryteringsbasen för domarkåren och till de institutionella att ”upplösningen av staten” skapar nya möjligheter till alternativ argumentation. Tonvikten tycks emellertid Wilhelmsson lägga vid det han kallar legislativa förutsättningar. Han poängterar här att en av den alternativa rättsdogmatikens utgångspunkter är uppfattningen om domarens rörelsefrihet och preciserar och utvecklar denna ståndpunkt:

”Påståendet att rätten är obestämd behöver självfallet inte uppfattas så, att domarens rörelsefrihet vore obegränsad. Redan i begreppet rättsligt beslutsfattande ligger definitionsmässigt någon avgränsning av de alternativ som står till buds för den som fattar beslutet. Om varje logiskt tänkbart beslutsalternativ i alla situationer vore godtagbart också som ett rättsligt beslut, skulle specificeringen 'rättslig' sakna mening. Det finns gränser för vad som kan betraktas som ett rättsligt avgörande.

Med det sagda vill jag inte nödvändigtvis göra en anspelning på den traditionella distinktionen mellan 'hard cases', där domaren har ett vidsträckt spelrum, och 'easy cases', i vilka blott en lösning betraktas som juridiskt möjlig. *Också de 'lätta fallen' kan nämligen ofta, vid en närmare analys och med en alternativ argumentering, göras 'svåra'*. Snarare är det så, att de 'rättsligt omöjliga' alternativen i regel inte alls aktualiseras som fall eller i anslutning till fall, där-

⁴³³ Wilhelmsson Om kritisk civilrättsdogmatik 1990 s 50.

⁴³⁴ Wilhelmsson Om kritisk civilrättsdogmatik 1990 s 51.

för att det är självklart för alla som tillhör ifrågavarande rättskultur, oberoende av deras värdebakgrund, att dessa alternativ står utanför de rättsliga möjligheternas sfär.”⁴³⁵

Wilhelmsson lyfter härefter fram den förändrade lagstiftningstekniken i riktning mot allt mer öppen reglering och ”flexibla stadganden” som en väsentlig legislativ förutsättning för den alternativa rättsdogmatiken: ”Generalklausulerna kan fungera som inkörsportar för sådana nya allmänna läror som det kritiska rättsliga tänkandet eftersträvar.”⁴³⁶ Han poängterar dock att en utveckling från ”rättssäkerhetsjuridik mot en styrningsjuridik” *inte* från ett kritiskt perspektiv kan uppfattas som ”genomgående positiv.”⁴³⁷

”I rättssäkerhetsjuridiken ingår element som i vissa lägen kan vara särskilt värdefulla just för underprivilegierade grupper i samhället. Målet för en kritisk doktrin borde därför vara att utarbeta argumentationsmönster som vid sidan av de nya kritiska värdena beaktar också det värde som kommit till uttryck i det formella rättssäkerhetsidealet. Detta kan ske genom utveckling av nya *allmänna läror*. Betoningen av rättsordningens systematiska sida (de allmänna lärorna) representerar det formella, lärornas nya innehåll det kritiska i denna utveckling.”⁴³⁸

Wilhelmsson diskuterar sedan utformningen av allmänna läror som en del av det alternativa projektet och framhåller att den alternativa dogmatiken ifrågasätter synen ”på rättssystemet som något i grunden enhetligt”:

”Just då man diskuterar utformningen av de allmänna lärorna är betoningen av rättens konfliktfyllda natur av väsentlig betydelse. Endast i den mån det konkreta rättsmaterialet inom ett rättsområde bygger på ett enhetligt värdesystem är det nämligen möjligt att bygga upp allmänna läror som på ett objektivt sätt avspeglar hela detta material. Är däremot motstridiga värderingar företrädda i de lagar, rättsfall o.a. rättskällematerial från olika tider som rättsvetenskapsmannen har att utgå från, förutsätter uppbyggnaden av ett system av allmänna läror alltid ett val: vilka värderingar skall upphöjas till huvudprinciper och vilka skall uppfattas blott som undantag från huvudregeln? Om man vill dra någon allmän slutsats av den internationella diskussionen angående rättens konfliktfyllda natur och betydelsen härav för rättsdogmatiken utmynnar den således i kravet, *att den rådande synen på huvudregler och undantag inte nödvän-*

⁴³⁵ Wilhelmsson Om kritisk civilrättsdogmatik 1990 s 53. Min kursivering.

⁴³⁶ Wilhelmsson Om kritisk civilrättsdogmatik 1990 s 54.

⁴³⁷ Jfr Tuori som menar att den alternativa jurisprudence väsentligen fokuserar på horisontella och inte vertikala konflikter inom rätten, Tuori Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin 1988 s 190-91.

⁴³⁸ Wilhelmsson Om kritisk civilrättsdogmatik 1990 s 54.

digtnis behöver respekteras. Av det som tidigare uppfattats som undantag kan man, där det ter sig motiverat, utbilda nya huvudregler. Begrepp och distinktioner, som tidigare uppfattats gälla särfall, kan generaliseras till ledande systematiska utgångspunkter. Man kan tala för en 'principväxling'.⁴³⁹

Wilhelmsson utvecklar denna ståndpunkt i sitt svar på Sandgrens angrepp.⁴⁴⁰

”Erkänner man existensen av fundamentala konflikter inom rättsordningen - brytningspunkten mellan olika synsätt - så blir man tvungen att också erkänna möjligheterna att systematisera det konkreta rättsmaterialet på flera olika sätt. I stället för ett rättssystem får vi flera möjliga system. Valet mellan dessa möjligheter kan inte träffas med hjälp av kriterier som är inomrättsliga.⁴⁴¹

Det ligger därför inte nödvändigtvis något motsättningsfullt i att samtidigt förneka tron på ett konsistent rättssystem och att arbeta på att bygga upp allmänna läror. Tvärtom: utgående från att det rättsliga tänkandet alltid med nödvändighet har en delvis systematisk karaktär är det uppenbart att systembygget i sig är av betydelse med hänsyn till förverkligandet av det rättsligt möjliga och också med hänsyn till utvidgningen av gränserna för det rättsligt möjliga. Att bygga system av allmänna läror är m.a.o. en väsentlig uppgift också för en alternativ dogmatik; man bör blott erkänna att man återigen rör sig i ett spektrum av möjliga systematiseringar av det konkreta rättsmaterialet.⁴⁴²

1.3.3.7 AJ och rättssäkerheten

Vad nu sagts innebär att den alternativa dogmatiken primärt inriktar sig mot de områden som rör *intersystemkonflikter*, som Hydén numera beskriver den kontext vari de intervenerande normerna verkar.⁴⁴³ På dessa områden och andra rättsområden som karaktäriseras av tilltagande målrationellt beslutsfattande, baserad på en *materiell rationalitet*, är en alternativ dogmatik inte bara möjlig utan dessutom nödvändig.⁴⁴⁴ Om det ickekritiska rättsdogmatiska paradigmet har förutsebarhet som en sorts överordnad

⁴³⁹ Wilhelmsson Om kritisk civilrättsdogmatik 1990 s 55. Min kursivering.

⁴⁴⁰ Se nedan 1.3.3.8.

⁴⁴¹ Här hänvisar Wilhelmsson till sin egen Critical Studies 1992 s 36ff.

⁴⁴² Wilhelmsson En social avtalsrätt? - Några kommentarer 1993/94 s 504.

⁴⁴³ Se Hydén Rätten i förvandling – en strukturell teori om normer och regler 1993 och Hydén/Anderberg Rätten i förvandling 1995 s 239. Detta bekräftas också av Hydén, som vi strax skall se.

⁴⁴⁴ Bruun/Wilhelmsson Rätten, moralen och det juridiska paradigmet 1983 s 710.

storhet,⁴⁴⁵ dvs baseras på en *formell rationalitet*, kan detta inte vara den alternativa dogmatikens ledstjärna när den används inom sådana områden. Här är rättens funktioner av annat slag.⁴⁴⁶ Detta innebär emellertid inte ett diskvalificerande av förutsebarhetsbegreppet i dessa sammanhang.⁴⁴⁷ För att överhuvud kunna hänföras till det rättsdogmatiska kunskapsintresset måste en verksamhet ”definitionsmissigt sägas fylla vissa minimikrav på förutsebarhet och beräknelighet”.⁴⁴⁸

Det bör emellertid poängteras att en materiell rationalitet – om än det innebär en förskjutning av de Weberska begreppens innebörd – inte nödvändigtvis behöver ta sig uttryck i målrelaterade- eller intresseavvägningsnormer. Som Tuori framhåller kan välfärdsstaten ”sträva till att förverkliga den substantiella rättvisans krav också med hjälp av regleringar vilka stöder sig på exakta begrepp och ett konditionalt program.”⁴⁴⁹ Man måste således skilja mellan det rättsliga beslutsfattandet i ”lagstiftnings- och tillämpningsskedet. Så kan vi påstå att kraven på behovsrationalitet eller substantiell rättvisa som borde beaktas i det första skedet av rättsligt beslutsfattande inte i tillämpningsskedet förutsätter argumentation som styrs av samma kriterier.”⁴⁵⁰

Om lagstiftaren söker uppnå substantiell rättvisa genom en konkret rättighetsreglering realiseras denna på rättstillämpningsnivån genom sedvanlig subsumtionslogisk argumentation. Behovet av en alternativ dogmatik minskar rimligen om materialiteten är konkretiserad i regelns utformning. Men om så är fallet uppstår samtidigt risken för en sorts formalismparadox, vilken kanske blir än mer påtaglig då det rör sig om strävanden att utarbeta allmänna läror. Ju mer konkret och tydlig en norm är desto mindre anledning finns det att beakta de värden den ger uttryck för. En reglering som åsyftade att rätta till ett missförhållande och som därför gav uttryck för en materiell rationalitet på lagstiftningsstadiet i form av en intresseavvägning till en svagare avtalsparts förmån riskerar därmed att ”formaliseras”.

Tuori har påtalat den paradox som kan uppkomma genom att den alternativa jurisprudensen å ena sidan önskar ge materiell rationalitet företräde

⁴⁴⁵ Jfr Peczenik *Rätt och moral* 1982 och Tuori *Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin* 1988 s 193.

⁴⁴⁶ Jag återkommer till detta nedan i avsnitt 4.4.

⁴⁴⁷ Se Wilhelmsson i föregående avsnitt.

⁴⁴⁸ Bruun/Wilhelmsson *Rätten, moralen och det juridiska paradigmet* 1983 s 710.

⁴⁴⁹ Tuori *Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin* 1988 s 198. Jfr i mer konkret uttryckta termer, Taxell *Sociala drag i avtalsrätten* 1988 s 527.

⁴⁵⁰ Tuori *Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin* 1988 s 199.

framför formell samtidigt som den motiverar ”en av sina centrala uppgifter, systematiseringen av rättsordningen, ... med argument som följer den formella rationaliteten. Systematiseringen skall nämligen befrämja rättssäkerheten och de rättsliga avgörandenas förutsägbarhet, med andra ord trygga en sådan formell rättvisa som i AJs egen tolkning motsvarar den formella rationaliteten.”⁴⁵¹ Det Tuori åsyftar är såväl Wilhelmssons som Pöyhönens önskan att genom allmänna läror söka komma tillrätta med den osäkerhet som uppstår med generalklausuler och annan reglering som förutsätter in casu-avgöranden.

Tuori framhåller också att man beträffande generalklausuler måste ha en nyanserad hållning och relatera dem till den kontext de skall verka i. Han exemplifierar å ena sidan med att det finns risk för att ”de generalklausuler som tyder på behovsprövning i tillämpningsfasen i praktiken fungera snarare som kanaler via vilken den målrationelitet i snävare bemärkelse Eriksson avser infiltrerar samhällsmedlemmarnas sociala levnadssfär”, och därmed åstadkommer en sådan livsvärldskolonialisering⁴⁵² som Habermas varnat för.⁴⁵³ Å andra sidan menar Tuori att generalklausulerna kanske är ”det enda rättsliga regleringsmedlet med vilket man genom att begränsa privatautonomi kan försöka korrigera den orättvisa som är dold under parternas formella frihet och jämlikhet.”⁴⁵⁴

Huruvida en alternativ rättsdogmatik, som definitionsmässigt är inriktad mot det rättsliga beslutsfattandet i tillämpningsstadiet, bör inrikta sin verksamhet mot *inhållslig* eller *metodologisk* materialisering⁴⁵⁵ kan därför inte besvaras på ett generellt plan. Här måste förhållandena på det aktuella området avgöra saken. Mot formalism är det dock givet att det är en metodologisk materialitet som måste eftersträvas, vilken emellertid måste kompletteras med ideologikritik på djupjustifieringsstadierna, inte på rättsordningsnivån.

Alldeles oavsett om den alternativa dogmatiken i det konkreta fallet laborerar med en innehållslig eller metodologisk materialitet, varvid förutsätts att den innehållsliga står för en principväxling eller annars avviker från etablerade föreställningar om rätten, skulle den sägas kunna träffas av

⁴⁵¹ Tuori Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin 1988 s 196.

⁴⁵² Se härom bl a Jensen Retliggørelse som kolonialisering af livsverdenen 1987 och Carlsson, Bo Rättens kommunikationsskapande kvalitet 1988.

⁴⁵³ Tuori Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin 1988 s 199.

⁴⁵⁴ Tuori Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin 1988 s 199.

⁴⁵⁵ Jfr Wilhelmsson Social civilrätt 1987 s 38 ff och Tuori Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin 1988 s 199.

den reflektion Strömholm gjorde med anledning av Boldings radikala program vid 60-talets slut.⁴⁵⁶

”Det ligger en viss ironi i att en förfäktare av 'progressiva' metoder vill förorda större frihet i valet av argument för en yrkesgrupp som så ofta anklagas för otillbörlig konservatism som just domarkåren. Är det icke risk för att den domare som får frihet att välja 'öppna' argument i stället för att göra sig till lagens tjänare skulle hämta vägledning från åsiktsriktningar som stå kritiska mot den på många punkter radikala lagstiftningen?”⁴⁵⁷

Detta är naturligtvis en viktig anmärkning och det är väl också bl a på dessa grunder som många, exempelvis Mathiesen, ställt sig tveksamma till styringsjuss framför rettsssäkerhetsjuss och även till en alternativ jurisprudence som förespråkar sådana lösningar.

Men enligt min uppfattning är detta en väg bort från den förmenta objektiviteten. Genom att domstolarna kommer till insikt om den frihet under ansvar som tillkommer dem blir det också tydligare att de har att träffa ett val och härigenom måste domarna i ökad utsträckning ta personligt ansvar för sina beslut vilket i sin tur är ägnat att påverka motiveringarnas utformning. Men här blir då också rättsvetenskapens uppgift av flerfaldig natur. Dels måste den bidra med förslag till hur friheten ändå skall kunna hållas inom rimliga gränser, dels måste en viktig uppgift vara att kritiskt granska de rättstillämpande organens avgöranden.⁴⁵⁸

Även på denna punkt har Wilhelmsson reflekterat. Mot den kritik bl a Sandgren riktat mot oförutsebarhet framhåller Wilhelmsson hur ”förutsebarheten som värde ofta har överdrivits” men också att alternativet snarast verkar i riktning mot ökad öppenhet men framför allt till ansvarstagande.

”Man kan därför t.o.m. hävda⁴⁵⁹ att en elaborering av olika systematiseringar i ett sådant läge ökar rättssäkerheten i en viss mening. Det är härvid inte fråga om att förutsebarheten i det enskilda fallet skulle öka. En alternativ systematisering som utvidgar gränserna för vad som är rättsligt möjligt kan knappast ha en sådan inverkan, åtminstone inte i ett kort tidsperspektiv. *Rättssäkerheten ökar emellertid i form av en ökad transparens.* Genom att hämta fram och göra kända sådana nya tankemodeller som redan finns i en undertryckt form i det konkreta rättsmaterialet ökar de nya systematiseringarna möjligheterna att för-

⁴⁵⁶ Se Bolding Juridik och samhällsdebatt 1968.

⁴⁵⁷ Strömholm En märklig metodlära 1969 s 661.

⁴⁵⁸ Jfr Sandgren, Om empiri och rättsvetenskap II s 1036, som framhåller det sistnämnda som en viktig rättsvetenskaplig uppgift.

⁴⁵⁹ Här hänvisar Wilhelmsson till sitt eget arbete Critical Studies.. 1992 s 78f.

utse vilka slags rättsliga argument som kan uppfattas som godtagbara. *Samtidigt tvingas den som skall fatta ett avgörande att göra ett öppet och medvetet val mellan de olika systematiseringar som erbjuds av de traditionella och alternativa principerna. När valet av värdegrund är öppet, krymper utrymmet för ett rent subjektivt, irrationellt godtyckligt avgörande.*⁴⁶⁰

Återigen ser vi således hur väsentlig öppenheten i ställningstagandena är i strävandet efter en mer värdebaserad rättslig diskurs.

1.3.3.8 Rätten som möjlighet

I ett normativt perspektiv finner vi ett i mitt tycke väsentligt mer tilltalande sätt att betrakta frågan om argumentationens karaktär än den som kommer till uttryck i den ovan berörda distinktionen mellan argumentation de lege lata respektive de lege ferenda hos Wilhelmsson när han i polemik med Sandgren utvecklar karaktären på den argumentation han utför inom ramen för sin alternativa rättsdogmatik. Wilhelmsson frigör sig nämligen från det antingen/eller-tänkande som nämnda begreppspar ger uttryck för. Synsättet bär enligt min uppfattning klara rättsrealistiska drag. För att anknyta till vad som tidigare sades om att de lege ferenda-begreppet bygger på en uppfattning om att rätten *är* en annan består Wilhelmssons lösning i att han förkastar denna syn på rätten som faktum eller verklighet.

I Social civilrätt beskriver Wilhelmsson vad han kallar det ”rättsligt möjliga” enligt följande:

”En framtidsinriktad rättsdogmatik arbetar m. a. o. inom ramen för dialektiken mellan det verkliga och det möjliga. En sådan dogmatik bör utgående från en ur forskarens synvinkel samhällligt önskvärd målsättning (t.ex. att förbättra resurssvaga samhällsgrupper ställning) utveckla allmänna läror som med hänsyn till samhällsförhållandena och det existerande konkreta rättsmaterialet är samhällligt och rättsligt möjliga. En utveckling av sådana framtidsinriktade allmänna läror sker emellertid inte 'utanför' den sagda dialektiken. Formuleringen av de nya läror utgör i sig rättsmaterial (argument) för en förändrad praxis; via dessa läror kan det rättsligt möjliga - i något tidsperspektiv - bli rättsligt verkligt.”⁴⁶¹

Med detta uttalande som exempel framhåller Sandgren att en förklaring till den oklarhet han menar präglar den kritiska rättsvetenskapen *”är en närmast programmatisk ovilja att hålla isär beskrivning av gällande rätt å*

⁴⁶⁰ Wilhelmsson En social avtalsrätt? – Några kommentarer 1993/94 s 505-6. Mina kursiveringar.

⁴⁶¹ Wilhelmsson Social civilrätt 1987 s 31-32.

ena sidan och normativa resonemang om sakernas önskade tillstånd å den andra.”⁴⁶² Sandgren återkommer till denna uppfattning när han specifikt behandlar Wilhelmsson med att framhålla att ”(e)n svårighet för värderingen av hans argumentering är hans obenägenhet att tydligt skilja på resonemang de lege lata och de lege ferenda.”⁴⁶³

Detta sandgrenska påhopp föranledde Wilhelmsson att gå i svaromål, varvid han utvecklar sin syn på det rättsligt möjliga och han gör det under rubriken ”rätten som faktum eller möjlighet”:⁴⁶⁴

”En av de centrala utgångspunkterna för mina arbeten om social civilrätt är tanken att en framtidsinriktad rättsdogmatik arbetar inom ramen för dialektiken mellan det verkliga och 'det möjliga'. Kategorierna 'det rättsligt möjliga' och 'det samhälleligt möjliga' erhåller här en central ställning. Genom att belysa gränserna för det rättsligt möjliga kan en alternativ dogmatik såväl bidra till ett förverkligande av annars förbisedda möjligheter som också utvidga dessa gränser.

Jag tror att en betydande del av åsiktsdifferenserna mellan Sandgren och mig kan återföras på denna utgångspunkt. Sandgren är i högre grad fångad i tron på det verkliga, medan den sociala civilrätten riktar strålkastarna mot rättens möjligheter. Skillnaderna i utgångspunkt kunde belysas genom följande fråga: Kan man 'fånga' gällande rätt vid en viss tidpunkt eller är gällande rätt blott ett spektrum av olika rättsliga möjligheter?

Det är dock viktigt att se, att här snarare är fråga om olika tyngdpunkter i de angreppsvinklar som har omfattats än om renodlade motsatser. När jag talar om att man i traditionell dogmatik uppfattar rätten som 'verklig' i motsats till 'möjlig' avser jag ingalunda att påstå, att man i rättsdogmatiken i allmänhet skulle tro på teorin om en enda rätt lösning på ett juridiskt problem. Den realistiska skandinaviska rättstraditionen ligger förvisso fjärran från ett sådant

⁴⁶² Sandgren En social avtalsrätt? I 1992/93 s 460. Min kursivering.

⁴⁶³ Sandgren En social avtalsrätt? I 1992/93 s 476. Han hänvisar, exemplifierande, till s 31, 38, 170f, 185, 194 och 208 i Social civilrätt.

⁴⁶⁴ Intressant kan här vara att lyfta fram ett uttalande av Agge (Till frågan om rättsvetenskapens gränser 1955 s 7), som motiverar varför rättsvetenskapen måste hämta intryck från andra håll enligt följande: ”Den konstruktivt arbetande rättsvetenskapen innebär, annorlunda uttryckt, att man går långt utöver ett systematiskt eller analytiskt studium av gällande rätt uppfattad som ett *statiskt* fenomen och betraktar rätten ur *dynamisk* synpunkt, d.v.s. i dess ständiga utveckling mot bakgrunden av det faktiska sociala skeendet. Det tarvas inga vidlyftiga förklaringar för att man skall förstå att en på detta sätt arbetande juridisk doktrin är i stort behov av kunskaper hämtade från angränsande samhällvetenskaper av skilda slag. Rättsreglerna leva icke sitt eget liv i ett lufttomt rum, såsom den rena rättsnormativismen synes förutsätta, och rättsvetenskapen skulle kvävas av syrebrist om den icke stode i förbindelse med verklighetens atmosfär.” (Det bör poängteras att Agge främst menar att rättsvetaren skall använda resultaten av andras samhällsvetenskap och inte själv bedriva egen. Agge a a s 11.)

synsätt. Likväl ligger i detta realistiska synsätt också inbäddad tanken på rätten som den förverkligade rätten. Det är fortfarande relativt allmänt att klä uttalanden om tolkningen av gällande rätt i prognosens form och också när rättsvetenskapsmannen öppet hänger sig åt en rekommendationsretorik utvärderas rekommendationerna ofta på grundval av hur 'realistiska' de kan tänkas vara. Också Sandgren diskuterar gällande svensk rätt i 'verklighetsanknutna' termer. Han redovisar materialet för och emot utvecklingen av en allmän princip om socialt prestationshinder och kritiserar den sociala avtalsrätten för att negligera material som talar i negativ riktning. Hans slutsats av materialet är att det inte ger stöd 'åt någon bestämd prognos om den riktning, i vilken utvecklingen kommer att gå'. Ser man på rätten ur ett sådant 'verklighetsperspektiv' är kritiken också fullt förståelig. I ett sådant perspektiv får Stand der Lehre en framträdande roll. Den rådande ordningen, som ju är den för tillfället förverkligade ordningen, får tas som utgångspunkt. Inom dessa ramar fastslås den gällande rätten utgående från en bred granskning av allt det rättskällematerial som föreligger.

Ser man rätten som ett spektrum av möjligheter förändras perspektivet. Intresset fokuseras inte jämntjockt på hela massan av framvällande rättskällematerial. I centrum för det vetenskapliga intresset står undantagen, nya idéer och tänkesätt, rupturerna i det traditionella tänkandet. Tidsdimensionen är viktig: rättsvetenskapen försöker uppmärksamma nya möjligheter i en värld i konstant rörelse. Genom att lyfta fram material som ger uttryck för nya tankegångar, som ifrågasätter traditionen, utvidgar man kännedomen om vad som är rättsligt möjligt, om ock ännu ej (ur allmän synvinkel) verkligt.⁴⁶⁵

Wilhelmsson försvarar mot bakgrund av detta att han "relativt ensidigt plocka(t) fram och betona(t) material där en sådan behovsorienterad bedömning kommit i fråga" eftersom "(d)etta material bekräftar möjligheten av en sådan användning av rätten" och framhåller att "Sandgren söker det verkliga där jag erbjudit det möjliga."⁴⁶⁶ Wilhelmsson poängterar avslutningsvis att "(b)etoningen av rätten som 'det möjliga' får likväl inte ses som ett stöd för en godtycklig 'anything goes'-metod" och här ser vi således tydliga likheter med Ross.⁴⁶⁷ Forskaren bär, enligt Wilhelmsson, "alltid ett moraliskt ansvar för vad han gör. Insikten att han står inför ett brett spektrum av möjligheter, som förutsätter ett medvetet val, är snarare ägnad att understryka än eliminera detta ansvar."⁴⁶⁸

⁴⁶⁵ Wilhelmsson, En social avtalsrätt? - Några kommentarer 1993/94 s 501-503.

⁴⁶⁶ Wilhelmsson, En social avtalsrätt? - Några kommentarer 1993/94 s 503.

⁴⁶⁷ Jfr Ross Om ret og retfærdighed 1953 s 100, citerat ovan avsnitt 1.2.2.3.

⁴⁶⁸ Wilhelmsson En social avtalsrätt? - Några kommentarer 1993/94 s 503. Sandgren accepterar inte Wilhelmssons försvar av argumentationens karaktär och bekräftar då min uppfattning om begreppsparets lata/ferenda djupa förankring: "Wilhelmssons argumentations-

1.3.3.9 Mikro- eller makrolegitimation? Kritik eller alternativ?

Det är intressant att se att kritiska rättsvetare i den kritik som riktats mot den alternativa jurisprudenten (eller den behovsrationella argumentationsmodellen) bl a kommit att använda arbetsdomstolens schabloniserade tillämpning av saklig grund-regeln vid arbetsbristuppsägningar som exempel på det begränsade utrymmet för alternativa lösningar. Något som paradoxalt nog bidrar till att ge företagsledningsrätten och ett schabloniserat synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund legitimitet är därför kritiska rättsvetares försök att förklara hur synen på arbetsbristuppsägningar sammanhänger med vårt ekonomiskt/politiska system. Eftersom de lyckats passa in principen om fri uppsägningsrätt vid arbetsbrist i ekonomiskt/politiska teorier⁴⁶⁹ eller i normativa mönster och poler⁴⁷⁰ förstärks också uppfattningen om att principen är korrekt i betydelsen nödvändig i det marknadsekonomiska systemet.

I anslutning till en kritik mot utrymmet för användning av den av Eriksson lanserade behovsrationella argumentationsmodellen slår således exempelvis Hydén fast att utrymmet ändå är störst vid tillämpningen av intervernerande normer men framhåller samtidigt att problemet ”med legalstrategier i samband med intervernerande normer är relaterat till den invändning som jag inledningsvis nämnde Christensen har rest, nämligen att den kapitalistiska rätten lämnar lite utrymme för behovsrationell argumentation.”⁴⁷¹ Till stöd för sin pessimism använder han sedan hyresrätten och anställningsskyddsregleringen som exempel:

”På hyresrättens område är kärnan i de intervernerande normerna att ge hyresgästerna ett förstärkt besittningsskydd, dvs. en rätt för hyresgästen att få behålla sin bostad och inte behöva riskera bli utkastad av hyresvärden utan vidare. Men även här bestäms gränsen för skyddet vid det ekonomiska systemets rationalitetsmönster. På samma sätt är det på arbetslivets område. *Arbetslagarna har olika rättigheter som sätter halt vid arbetsgivarens prerogativ. Anställ-*

sätt reflekterar enligt min mening en programmatisk ovilja att hålla i sär gällande rätt och önskingar om rättens innehåll... Att, såsom Wilhelmsson gör, söka stöd i rättsligt material som ger uttryck åt nya tankegångar är förnuftigt på samma sätt som argument med fördel kan hämtas också på annat håll för *resonemang de lege ferenda*. Likväl förefaller inte mycket vara vunnet med att inte en klar boskillnad upprätthålls mellan gällande rätt och ett önskat rättstillstånd.” Sandgren En social avtalsrätt? - än en gång 1993/94 s 930.

⁴⁶⁹ Se bl a Flodgren, Hydén och Sandström Arbetsrätt 1982 och Hydén Legalstrategins rättsliga möjligheter - en inventering och diskussion 1988. Jfr Töllborg i Glavå/Töllborg Arbetsrätt 1990 s 234.

⁴⁷⁰ Se Christensen, bl a Anställningsskyddet och besittningsskyddet 1994.

⁴⁷¹ Hydén Legalstrategins rättsliga möjligheter - en inventering och diskussion 1988 s 78.

*ningsskyddet gäller t.ex. inte vid driftsinskränkning och omorganisationer.*⁴⁷²
 Medbestämmande tillåtes inte inkräkta på arbetsgivarens beslutsrätt etc.”⁴⁷³

När Hydén gör gällande att ”anställningsskyddet *inte gäller* vid driftsinskränkning och omorganisationer” måste vi ändå ha klart för oss att den lagbestämmelse, vars tillämpning givit detta utfall, endast säger att en uppsägning skall vara sakligt grundad och att denna formulering i sig inte begränsar saklig grund-prövningens räckvidd. Av betydelse är dock att Hydén sätter fingret på förklaringen till varför domstolen i tillämpningen av regeln om saklig grund på arbetsbristsituationer i praktiken kommit att tillämpa den som om den inte vore tillämplig på driftsinskränkningar. Föreställningen på djupjustifieringsplanet är nämligen den att domstolens hållning är en konsekvens av de gränser vårt politiskt/ekonomiska system upprätthåller. Men genom att samhällskritiska rättsvetares föreställningar om rättens djupstruktur överensstämmer med det rättsliga etablissemangets riskerar dess makrokritik att legitimera och därmed att bidra till att befästa rådande förhållanden och samtidigt förse etablissemangets argument mot de alternativ som AJ:s utövare tillhandahåller.

Mot bakgrund av att hela diskussionen om legalstrategier förs inom ramen för vad som brukar betecknas gällande rätt skulle detta kunna förklara Hydéns pessimism. Att en viss ordning gäller enligt ett statistiskt synsätt är dock själva utgångspunkten för den alternativa jurisprudencen men det är tron på möjligheten att förändra, bl a manifesterat i uppfattningen om domarens handlingsfrihet, som utgör drivkraften. Och det är ju ingalunda så att företrädarna för en alternativ dogmatik gjort anspråk på att presentera lösningar som utan vidare skulle accepteras.

Vad som krävs är att det presenteras ett genomtänkt alternativ som påvisar utrymmet för andra lösningar. Genom en kombination av symptomatisk kritik, där de rättskällor som tillhandahåller argument för andra lösningar lyfts fram, och ideologikritik, som just riktar in sig på de föreställningar etablissemangets och systemkritikerna delar och de rättssystemrelaterade principer detta elaborerat, menar jag, i likhet med bl a Wilhelmsson, att detta är möjligt utan att någon lagändring och än mindre någon förändring av den ”formativa kontexten” i materiell mening skall behöva till.⁴⁷⁴ Eriks-

⁴⁷² Min kursivering.

⁴⁷³ Hydén Legalstrategins rättsliga möjligheter - en inventering och diskussion 1988 s 79. Det finns anledning att anmärka att Hydén sedan presenterar ett alternativt tillvägagångssätt, ”rättsdogmatik som rekonstruktion av den icke-rättsliga normeringen”.

⁴⁷⁴ Jfr Flodgrens uppfattning om att arbetsdomstolen kunnat ändra § 32 utan lagstiftarens inblandning, Fackföreningen och rätten 1978 s 240. Jfr nedan avsnitt 4.3.6.

son har också poängterat att ideologikritiken måste kombineras med de rättsordningsrelaterade metoderna.⁴⁷⁵

I sammanhanget bör också redan här framhållas att det i arbetsdomstolens egen praxis finns flera exempel på att den underkända k arbetsbrist-upsägningar utan att det för den skull visats föreliggande ovidkommande skäl.

En kritik som kan riktas mot det inomperspektiv som präglar den alternativa rättsdogmatiken är att dess ”mikrokritik leder till makrolegitimation”.⁴⁷⁶ För att vända på denna etablerade sanning skulle det kunna hävdas att *makrokritik* leder till *mikrolegitimation*, genom att bidra till att förstärka djupjustifieringen.

Det är i samband med att Tuori just diskuterar ”makrolegitimationens problem” som han också kommer in på att den alternativa nordiska jurisprudence till skillnad från den amerikanska CLS-rörelsen med Unger i spetsen gör halt inför den formativa kontexten.⁴⁷⁷ Genom att den alternativa jurisprudence ”anser sig vara tvungen att anpassa sina konstruktiva förslag till samhällets och rättens nuvarande formativa kontext”⁴⁷⁸ har också dess tyngdpunkt kommit att ligga på *alternativ* och inte *kritik*.⁴⁷⁹

Det bör, som jag ovan framhållit, poängteras att när jag nu talar om kritik riktad mot den formativa kontexten, det är rättens djupjustifiering jag avser, dvs de rättsliga föreställningar som är knutna till rådande materiella förhållanden. Och med en sådan bestämning av djupjustifieringsnivån menar jag det så klart att den nordiska alternativa jurisprudence faktisk också angriper och ifrågasätter denna. Det görs ju bl a gällande att det marknadsekonomiska systemet inte står och faller med att man gör ingrepp i principerna om avtalsfrihet och avtalsbundenhet.

Ett skäl till att jag är mer kritisk än alternativ är att det område jag undersöker är influerat av föreställningar som bär drag av begreppsjurisprudence och därtill av att argumentationen stundom präglas av föreställningen om att rättens gränser är objektivt utstakade. På sitt sätt är vi således tillbaka (eller kvar?) där Hägerström och hans efterföljare började sin kritik mot

⁴⁷⁵ Eriksson Anmälan av Rättsdogmatikens alternativ 1989.

⁴⁷⁶ Wilhelmsson Social civilrätt 1987 s 32, jfr Tuori Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin 1988 s 204ff. Jfr Wilhelmsson Rättssäkerheten, rättsvetenskapen och de allmänna läroerna 1986.

⁴⁷⁷ Se om CLS bl a Pöyhönen The Critical Legal Studies Movement - alternativ rättsdogmatik i USA 1985.

⁴⁷⁸ Tuori Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin 1988 s 206.

⁴⁷⁹ Tuori Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin 1988 s 207.

en rättstillämpning och en rättsvetenskap som präglades av sådana uppfattningar.

Nedmonteringen av de metafysiska begreppen i Hägerström/Lundstedts anda är också en sorts ideologikritik. Genom att lyfta fram de värderande inslagen i de förment objektiva juridiska begreppen ökar utrymmet för att låta de grundläggande välfärdsstatliga värderingarna få genomslag. Värde ställs då mot värde och då kan man träffa ett val till skillnad från när värde ställs mot fakta. Jag menar att en kritisk dogmatik alltid tar sin utgångspunkt i relationen mellan hur rättsvetaren uppfattar rättens tillstånd och hur hon anser att den borde vara beskaffad. För att *rättslig* argumentation överhuvud skall vara möjlig krävs att det antingen finns embryon eller tendenser som man kan ta fasta på i formulerandet av allmänna läror eller motsvarande och/eller att man menar att det finns utrymme för att med rättslig argumentation (i vidsträckt mening) påvisa bristerna i den argumentation som lett fram till nuvarande rättsläge och/eller de föreställningar som ligger bakom. Renodlat normativa resonemang som inte förhåller sig till gällande rätt annat än som fakta och som utgångspunkt för förändring är inte ens rättspolitik. Det är politik. En alternativ dogmatik förutsätter således att man menar sig med rättslig argumentation kunna åstadkomma förändringar utan att behöva ta till lagändringar. Beroende på hur läget ser ut på det område man tar sig an kommer karaktären på arbetet att vara i riktning mot *alternativ* eller mot *kritik*. Men det utmärkande är att det alltid innehåller båda. Ligger tonvikten på att visa alternativ, framförs kritiken indirekt. Ligger tonvikten på kritik, kommer alternativet att framstå som mer indirekt.

Det område jag tagit mig an präglas av en bestämd syn på rättsläget och där det knappast kan sägas finnas rättsliga tendenser i annan riktning. Tvärtom. Däremot finns det en rad symptom. Det är därför givet att tonvikten ligger på kritiken. Men samtidigt tillhandahåller jag alternativet genom att ständigt återkomma till det utrymme för alternativ som ligger redan i den aktuella regelns formulering; en uppsägning skall vara sakligt grundad.

1.4 Uppgiften preciserad

1.4.1 Syften mm

Av framställningen ovan om de teoretiska och metodologiska utgångspunkterna framgår de syften jag har och de uppgifter jag åtagit mig. Det finns anledning att nu sammanfatta och precisera dem samt att ytterligare orda något om metodfrågor och den fortsatta framställningens uppläggning.

Med anknytning till den klassiska uppdelningen av vetenskaperna i en teoretisk, som syftar till att förklara världen, och en praktisk, som försöker förändra världen,⁴⁸⁰ hamnar mina syften i båda kategorierna. Mitt rättsvetenskapliga kunskapsintresse är i Bruun/Wilhelmssons konception rättsdogmatiskt i det att ambitionen är att framlägga resultat som avses nå genomslag i den konkreta rättsliga praktiken.

Huvudsyftet är att från ett *kritiskt deskriptivt perspektiv* framställa processen mot ett allt mer schabloniserat eller formalistiskt synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund och att söka förklara hur föreställningarna uppkommer och överförs mellan olika aktörer inom det rättsliga handlingssystemet. Ett väsentligt inslag är att kritiskt granska de normativa föreställningar eller rättsideologier som ligger bakom ett schabloniserat synsätt samt att påvisa de anställningsskyddsrättsliga konsekvenserna av det. Arbetet har därför en kunskaps- eller ideologikritisk ansats och ett – med den tidige Habermas⁴⁸¹ – emancipatoriskt kunskapsintresse. Ett väsentligt syfte med arbetet är att ”befria” rättstillämpningen (och andra som direkt styrs av föreställningen om rättsläget kring arbetsbristuppsägningar) från vad som i vissa fall närmast kan beskrivas som ett ”blint handlingstvång”.⁴⁸² Jag har nämligen kunnat ana att domstolens ställningstagande i vissa fall ger uttryck för ett sådant tvång men jag menar samtidigt att domstolen själv försatt sig i denna tvångströja.

Ur ett *normativt perspektiv* är syftet att påvisa att det finns utrymme för att angripa rådande rättsföreställningar inom ramen för vad som brukar kallas gällande rätt med Lauridsens vidsträckta de lege lata-definition, men som jag föredrar att, med Wilhelmsson, kalla det rättsligt möjliga. Det normativa består väsentligen i implikationerna av min kritik och den därav direkt relaterade uppmaningen till rättstillämpningen att i varje enskilt fall

⁴⁸⁰ Jfr Russell Västerlandets filosofi s 422.

⁴⁸¹ Jfr Bertilsson/Eyerman Introduktion i Habermas Den rationella övertygelsen 1984.

⁴⁸² Vår tids filosofi 1987 s 274.

ta ställning till huruvida en uppsägning är sakligt grundad. I viss omfattning förekommer också vad som närmast kan karaktäriseras som metodologiska rekommendationer.

Själva utgångspunkten för arbetet är att en normativistisk framställning av gällande rätt ger en tydlig bild av rättsläget. Ett gemensamt drag för mina deskriptiva och normativa ansatser kan därför sägas vara att jag ifrågasätter det självklara eller de etablerade rättsföreställningarna genom att granska de "lätta fallen", the easy cases. Det är i dessa sammanhang Wilhelmsson, som vi sett, talar om en principväxling eller att förändra bilden av vad som utgör huvudregel respektive undantag. På det område som här är aktuellt ser jag dock knappast som min uppgift att försöka utarbeta nya allmänna läror. Detta hindrar inte att jag bidrar med vissa förslag till vad som bör beaktas vid en saklig grundbedömning i verksamhetsrelaterade situationer. Med hänsyn till att förhållandena skiftar starkt är en in casu-bedömning nödvändig och erfarenheten från de personliga uppsägningsfallen gör - även om tillämpningen ingalunda är så arbetstagarvänlig som myten ger uttryck för - att det finns skäl att anta att detta inte behöver vara till arbetstagersidans nackdel.

Som Tuori och Wilhelmsson är inne på måste ambitionen vara att i Habermas anda åstadkomma en reell kommunikativ (eller med Teubner en reflexiv) diskurs. På arbetsrättens område finns formerna för denna i förhandlingssystemet. Emellertid rör det sig inte om en äkta diskurs eftersom (föreställningen är att) arbetsgivaren har avgörandet i sin hand inte bara såvitt angår företagsledningsbeslutet som sådant utan dessutom i frågan huruvida uppsägningar får ske med anledning av beslutet.⁴⁸³ De enda förhandlingar där vi idag kan tala om reell balans mellan parterna är de som rör löner och andra anställningsvillkor,⁴⁸⁴ dvs i sådana frågor *där arbetsgivaren inte har bestämmanderätt*.⁴⁸⁵ Ett avgörande skäl mot att försöka etablera alternativa allmänna läror på nu aktuella område - annat än indirekt genom att bryta ned de som finns - är just att söka skapa utrymme för en reell reflexiv diskurs inom ramen för förhandlingssystemet. En sådan störs även av riktlinjer och andra hjälpregler. Den osäkerhet kring utgången av framtida rättsliga prövningar som är implikationen av min kritik, innebär att parterna blir mer jämställda. Även på områden inom arbetsmarknaden

⁴⁸³ Jfr Hydén Rätten som förmedlare av goda värden 1989 s 64 och Hydén Demokrati och rätt 1991 s 79.

⁴⁸⁴ Många menar att maktförhållandena här i själva verket är omvända.

⁴⁸⁵ Jfr Hydén Arbetslivets reglering 1985 s 145. Denna skillnad menar jag inte enbart kan förklaras med att det i allt väsentligt endast är i samband med löneförhandlingar som stridsåtgärdsinstrumentet kan komma till användning. Jfr Hydén Demokrati och rätt 1991 s 77f.

där förhandlingssystemet inte fungerar menar jag att den osäkerhet som ligger i reella in casu-avgöranden i vart fall inte skulle skapa en sämre situation för arbetstagar sidan än vad dagens ordning gör. Man skulle kunna beskriva det som att jag pläderar för en metodologisk materialitet som består i att justifieringsnivåerna hålls öppna. Och mina anvisningar är - vid sidan av att jag pläderar för att domstolen och andra aktörer generellt skall ställa sig frågan om en uppsägning är sakligt grundad - snarast av metodologisk karaktär.

Den pågående diskussionen om rättens värdelöshet går bl a ut på att svensk rättstillämpning präglas av en oförmåga att låta de värden som genomsyrar den legislativa regleringen komma till uttryck. Jag menar att skälet till att dessa värden har svårt att realiseras i rättstillämpningen *annat än som formaliserad materialitet* beror på föreställningar hos de dominerande krafterna inom det rättsliga handlingssystemet, eller den rättsliga superstrukturen för att tala med Mathiesen,⁴⁸⁶ och inte på brister i viljan hos de politiska makthavarna. Min kritik syftar följaktligen inte primärt till att skapa instrument för att på rättslig väg försöka ”åstadkomma förändringar i samhället i riktning mot de ideal (jag) omfattar”.⁴⁸⁷ Snarare är avsikten att lyfta fram de som redan finns,⁴⁸⁸ men som efterhand trängts undan av ett snävt juridiskt/tekniskt betraktelsesätt. Detta utmärks av att impulser till det rättsliga handlingssystemet från andra idésystem - dvs förutsättningen för reella intresseavvägningar - avtar genom att de undanträngs av det rättsliga idésystemets föreställningar redan på det intuitiva stadiet i discoveryprocessen.

Jag uppfattar således inte rätten som ett maktens redskap för att skapa ideologiska förvanskningar.⁴⁸⁹ När jag menar att kravet på saklighet skall gälla även vid arbetsbristuppsägningar innebär det således att detta värde finns i det ursprungliga lagförslaget. När jag uppfordrar till att dessa skall tas på allvar avser jag därför inte att obstruera något makthavarna velat undvika utan att verka för att domstolarna tar sitt ansvar för maskineriet. Det gäller således att, med Eriksson,⁴⁹⁰ ta lagstiftaren på orden. Domstolen skall i varje enskilt fall ställa sig frågan om en uppsägning är sakligt grundad och därvid skall de värden som ligger bakom lagstiftningen ställas mot varandra i en reell intresseavvägning. Behovet av en reell bedömning av

⁴⁸⁶ Mathiesen Rätt, samhälle och politisk handling 1980 s 83ff.

⁴⁸⁷ Wilhelmsson Om kritisk civilrättsdogmatik 1990 s 48.

⁴⁸⁸ Dock inte i någon naturrättslig mening, jfr Eriksson Utkast till en marxistisk jurisprudence 1979.

⁴⁸⁹ En annan sak är att det kan fungera så.

⁴⁹⁰ Eriksson Utkast till en marxistisk jurisprudence 1979 s 46, citerat ovan avsnitt 1.3.3.3.

sakligheten mot bakgrund av förhållandena i det enskilda fallet har därtill ökat under den tid anställningsskyddslagstiftningen varit ikraft, till följd av förändringar av såväl materiella förhållanden, de normer som styr företagens ageranden och de rättsregler som är en del av den anställningsskydds-rättsliga strukturen.

När jag gör gällande att lagstiftaren skall tas på orden och att de värden lagstiftningen rymmer skall följas, innebär det inte att förhållandet är så okomplicerat att jag menar att domstolen och andra aktörer har eller gör fel. Även lagstiftaren är präglad av normativa vanföreställningar om förhållandet mellan marknadsekonomins spelregler och utrymmet för prövningar av verksamhetsrelaterade uppsägningar. Men även om det finns anledning att beakta lagstiftarens manifesta avsikter är det domstolens uppgift att bedöma konsekvenserna av dess efterlevande med utgångspunkt i varje enskilt fall. Har lagstiftaren gjort generella ställningstaganden där man inte rimligen kunnat förutse alla uppkomliga situationer är det, med Hägerström, domstolens uppgift att rätta till saken.⁴⁹¹ Min uppfattning är att de underliggande ändamålen med anställningsskyddslagstiftningen kräver att även verksamhetsrelaterade uppsägningars saklighet prövas.⁴⁹² Samtidigt innefattar ansatsen ett rättspolitiskt, eller icke-vetenskapligt moment. Jag menar nämligen, även med bortseende från anställningsskyddslagstiftningens innehåll eller ändamål, att de välfärdsstatliga idealen i form av solidaritet med svaga grupper och värdig behandling av människor bör få generellt genomslag där det är relevant. Och det är det i samband med frågor om uppsägningsrätt och anställningsskydd. De grundläggande värdena måste få genomslag även i så kallade arbetsbristsituationer. Det är detta som är det yttersta syftet och samtidigt det praktiskt rättsdogmatiska i arbetets karaktär.

Ämnesvalet i kombination med min syn på rättsvetenskapens uppgift innebär att tonvikten i framställningen ligger på en kunskapskritisk granskning av den normativa ideologin så den kan utläsas i den justifiering som kommer till uttryck i domskäl och andra texter. Jag använder således långt ifrån hela den realistiska rättsteorins metodarsenal.

1.4.2. Något om metod, källor och framställningsteknik

Konkreta metod- och framställningstekniska frågor berörs efterhand nedan och här skall endast några ord med generell bärighet sägas.

⁴⁹¹ Se ovan avsnitt 1.3.2.1.

⁴⁹² I den meningen är min ansats vetenskaplig även i Ross mening.

Min syn på rättens vara och rättsvetenskapens uppgift präglar även arbetet vad gäller presentationen av källor etc. Jag är i enlighet härmed skeptisk till att rättsvetenskapliga arbeten med ambitionen att framställa gällande rätt i någon enstaka mening fastställer en rättssats eller faller en utsaga för att sedan i en not blott ange något eller några rättsfall eller andra källor till stöd för ståndpunkten.⁴⁹³ Vid sidan av att en sådan teknik försvårar för läsaren, som inte rimligen kan förväntas ha tillgång till kompletta rättskällesamlingar, ger den också i regel en allt för onyanserad bild av källans innehåll och framför allt av den kontext vari den kom till. Tekniken bidrar därmed till att förstärka ett normativistiskt synsätt och föreställningen om att gällande rätt är fixerbar och en renodlad kunskapsfråga. Genom att sådana uttalanden sedan åberopas av andra bidrar det till att förstärka dess normerande funktioner samtidigt som de bakomliggande orsakerna ytterligare döljs.⁴⁹⁴

Vi måste tydliggöra vår läsning. Eftersom jag är av den uppfattningen att rätten består av en komplex dynamik mellan beteenden och föreställningar är det väsentligt att ha klart för sig att de tolkningar jag gör av beteenderesultat i form av lagstiftning, praxis etc är *mina* föreställningar. Syftet med omfattande citat och beskrivande referat är att visa en öppenhet mot läsaren samtidigt som tekniken minskar riskerna för att framställningen verkar ideologiskapande eller normerande.

I framställningen av min analys av utvecklingen mot ett schabloniserat synsätt är det en självklarhet att komprimerade beskrivningar inte kan ersätta omfattande referat och citat när själva analysen baseras på källornas argumentation och terminologi. Här är det särskilt viktigt att läsaren kan delta i min läsning och följa mina tolkningar. Men även i andra delar menar jag av ovan anförda skäl det vara väsentligt med relativt utförliga referat och citat.

Det material jag använder mig av i undersökningen är i allt väsentligt traditionellt rättskällematerial i form av lagstiftning, motivuttalanden, rättsfall och rättsvetenskaplig litteratur. Min syn på rätten som en kombination av föreställningar och beteenden och min därav föranledda syn på rättsvetenskapens primära uppgift gör emellertid att jag i min kritiskt deskriptiva

⁴⁹³ Se Hennings kritik mot Norman i SvJT 1988 s 372.

⁴⁹⁴ Jfr här Eklund som citerar Lunning som citerar Eklund och - om än något annorlunda - AD som använder Lunning som sedan citerar AD för samma ståndpunkt han utan stöd en gång framförde. Se nedan avsnitt 4.2.4.5.2 resp 3.4.5 (AD 1980:133). Jfr också Christensens teser om smygande rättsutveckling bestående i att domstolen genom obiter dictum lanserar en rättssats och förstärker avgörandet i ett senare mål med hänvisning till detta. Christensen Löneavdrag för fackföreningsavgifter - en smygande rättsutveckling 1981.

ansats betraktar och behandlar källorna som *empiriskt material*. Sandgren har i en artikel utvecklat sin syn på empiriska inslag i rättsvetenskapliga arbeten och behovet därav. Sandgren har där beskrivit empiriskt material ”som material som inte primärt används för att analysera innehållet i gällande rätt”.⁴⁹⁵ Samtidigt framhåller Sandgren att rättskällematerialet just är ”den positivrättsliga rättsvetenskapens empiri”, men att man emellertid inte brukar betrakta saken så.⁴⁹⁶ Detta innebär att såväl sedvanligt auktoritativt rättskällematerial som annat rättsligt material (underrättspraxis, avtal, etiska regler mm) och icke-rättsligt material innesluts i definitionen.⁴⁹⁷ Det kunde tyckas att Sandgrens definition är så vidsträckt att den blir innehållslös. Så är emellertid inte fallet. Vid sidan av det normativa anslaget där Sandgren betonar vikten av att bredda de rättsliga undersökningarna, särskilt på områden där det rättsliga stoffet är av icke-traditionell karaktär och hanteras av icke-jurister, fungerar det också som en beskrivning av att många de facto använder empiriskt material utan att kanske dra de metodologiska konsekvenserna av det.⁴⁹⁸

Att oklarheter kan råda om det sätt varpå material används tillskriver Sandgren dels att rättskälleläran inte är entydig, men också att det inte ”är givet var analysen lämnar det positivrättsliga området och övergår i ’empirisk analys.’”⁴⁹⁹ Sandgren framhåller att

”rättskällematerialet (bör) hållas i sär från annat material, så snart det gäller att fastställa innehållet i gällande rätt i sedvanlig mening. Samtidigt bör noteras att det inte alltid finns skäl att dra en skiljelinje mellan rättskällematerialet och annat (empiriskt) material. Avgörande bör vara *syftet* med materialets användning.

Om det primära syftet med rättskällematerialets användning inte är att analysera innehållet i gällande rätt är det naturligt att (i ett rättsvetenskapligt sam-

⁴⁹⁵ Sandgren Om empiri och rättsvetenskap II 1995/96 s 1040.

⁴⁹⁶ Sandgren Om empiri och rättsvetenskap I 1995/96 s 731-32.

⁴⁹⁷ Sandgren Om empiri och rättsvetenskap II 1995/96 s 1040-1043.

⁴⁹⁸ ”Sedvanligt rättskällematerial kan alltså mycket väl utgöra empiriskt material. Som bör ha framkommit i det föregående finns det i själva verket många gånger goda skäl att använda rättskällematerial på det sättet. Inte sällan används då det materialet på ett dubbelt sätt, både för att fastställa innehållet i gällande rätt och i något annat syfte. Vad gäller det förra syftet skall naturligtvis vanlig rättskällelära tillämpas; vad gäller det senare *blir andra metoder aktuella.*” Sandgren Om empiri och rättsvetenskap II 1995/96 s 1040, min kursivering.

⁴⁹⁹ En konsekvens av definitionen blir, som Sandgren också framhåller, att användandet av rättsligt material som inte utgör rättskällematerial ”definitionsmissigt inte (används) för att fastställa innehållet i gällande rätt i sedvanlig mening.” Mycket av det material som tillhör Peczeniks ”får-kategori” faller därmed utanför den strikt dogmatiska analysen av gällande rätt. Se för övrigt diskussionen mellan Sandgren och Wilhelmsson ovan avsnitt 1.3.3.8.

manhang) betrakta också det materialet som empiriskt. Det innebär således att sedvanligt rättskällematerial mycket väl kan fungera som empiriskt material.”⁵⁰⁰

Jag delar denna uppfattning, bortsett från föreställningen om att det är möjligt att fastställa innehållet i gällande rätt, och betydelsen därav ur metodologisk synpunkt. Däremot vill jag också vända på resonemanget och hävda att om syftet är att framställa det rättsligt möjliga då bör det Sandgren betraktar som icke rättskällematerial istället betraktas som sådant.⁵⁰¹ Med betraktelsesättet det rättsligt möjliga blir såväl empiriskt material som empirisk användning av rättsligt material av vilket slag det vara månne en del av argumentationen kring det rättsligt möjliga.

När jag talar om argument avser jag utsagor som utgör *potentiella justifieringar*. I ett normativt advokatperspektiv är allt rättskälleinnehåll argument för framtida avgöranden; potentiella justifieringar.⁵⁰²

Även om jag har en realistisk syn på rättens vara förhåller jag mig i min argumentation till det sätt att resonera som förekommer i rättskällorna.⁵⁰³ I kritiken är det således väsentligt att påvisa att den argumentation som förekommer i rättskällorna är inkonsistent och om det då är möjligt att använda dess egna utgångspunkter ser jag ingen anledning att ta till andra mer djupgående förklaringar. I den mån det finns utrymme för att påvisa brister i argumentationen redan på rättsordnings- och rättssystemnivå saknas många gånger skäl att söka djupare förklaringar. När jag beskriver resultatet av det rättsliga handlingssystemets aktörer handlingar och när jag bedömer att de föreställningar de framkallar hos mig kan antas uppstå hos alla eller i vart fall flertalet arbetsrättsligt skolade ser jag inget problem i detta. I likhet med uppfattningen hos såväl Olivecrona, Ekelöf och Ross måste vi anpassa språkbruket till det som de facto kommer till användning. Detta innebär således att jag stundom talar i termer av att en viss ”regel är tillämplig”, ”regelns innehåll”, att något ”följer av en regel eller ett rättsfall” etc. Jag ser heller intet problem i att använda mig av termerna rättig-

⁵⁰⁰ Sandgren Om empiri och rättsvetenskap I 1995/96 s 732-33.

⁵⁰¹ Även Roos tycks ge uttryck för ett begränsat utrymme för användning av empiriskt material i rättsdogmatisk argumentation: ”Rättsekonomin har en stor potential att ge argument och idéer för förändring av rättsläget. Det är där dess styrka ligger, att den ger kvantitativa och kvalitativa argument för förändringar i en helt annan utsträckning än man kan få fram genom juridisk metod. Den juridiska metoden är ju i första hand tänkt för tillämpning av lag och rätt och de rättspolitiska argumentationsmöjligheterna på rent juridisk grund är små.” Roos Varför rättsekonomi 1993 s 244.

⁵⁰² Strömholm uttrycker misstro mot att beteckna lagregler etc ”argument”, se bl a En märklig metodlära 1969 s 656.

⁵⁰³ Jfr Olivecrona Rätt och dom 1966 s 90.

het och skyldighet - utan att sätta citationstecken kring dem⁵⁰⁴ - så länge det rör sig om beskrivningar av föreställningar som jag utgår från är generella.

Det är kanske främst i avsnittet om skyddsreglernas begränsning (4.2)⁵⁰⁵ jag gör mig skyldig till denna ytliga inkonsekvens i språkbruket och det beror på att detta avsnitt är inriktat mot att påvisa de inkonsistenser i ett schabloniserat synsätt som uppkommer genom det sätt varpå de skyddsregler som sägs legitimera det används.

Att jag även i historikavsnittet hanterar rätten på traditionellt sätt beror just på att det rör sig om en äkta de lege lata-studie. Det rättsdogmatiska dilemmat träffar inte de historiskt inriktade studierna. ”De spørsmål der, set med datidens øjne, var åbne er nu lukkede. Det angår derfor kendsgerninger og kun kendsgerninger”, som Ross uttrycker det.⁵⁰⁶ Däremot har även de historiska deskriptionerna betydelse för våra föreställningar om gränserna för rätten idag och de har därför en viktig plats i en framställning av nu aktuellt slag.

1.4.3 Den fortsatta framställningen

Avd 2. Något om förhållandena före LAS

Historikavsnittet syftar till att visa hur rättsläget såg ut före LAS och hur domstolen hanterade motsvarande situationer. Även här finns påtagliga inslag av det rättsligt möjliga eftersom analysen bl a visar att domstolen i rättsligt jämförbara sammanhang behandlade frågan på ett mer nyanserat sätt än vad som är fallet idag.

Det är min bestämda uppfattning att föreställningar om det historiska rättsläget direkt påverkar uppfattningarna om vad som är en normal, eller i förekommande fall onormal, rättslig ordning idag. I denna mening kan historikavsnittet, som bl a avser att påvisa att rättsläget ingalunda var så klart som det ofta framstår som, sägas ha en (internt) ideologisk funktion som tillsammans med kritiken mot nuvarande rättsläge avser att bryta ned de föreställningar som får dagens rättsläge att framstå som av naturen (vårt marknadsekonomiska system) givet. Detta är också skälet till att jag lyfter fram kollektivavtal utanför SAF-området. Det är nämligen avtalen mellan SAF och LO som utgör en viktig del av den rättsideologi som ock-

⁵⁰⁴ Se Sundberg om Malmströms citationstecken, fr. Eddan t. Ekelöf 1990 s 266.

⁵⁰⁵ Men delvis också i det jag kallar ett distinkt avstamp (3.3).

⁵⁰⁶ Ross Om ret og retfærdighed 1953 s 31.

så verkar i riktning mot ett schabloniserat synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund. Avsikten är således att bidra till att bryta ned dessa föreställningar och därvid fyller redovisningen av hur arbetsdomstolen tillämpade kollektivavtal med begränsningar i uppsägningsrätten en viktig funktion. Det som inte bara var rättsligt möjligt på trettioalet utan jämväl hur domstolen faktiskt tillämpade rätten, borde i högre grad vara det idag.

Avd 3. Arbetsbrist och kravet på saklig grund

Avdelningen inleds med att jag preciserar vissa begrepp, avsedda att fungera som ett analysinstrument i den fortsatta framställningen. I avsnittet ”distinktivt avstamp” (3.3) analyseras rättsläget genom att det kontrasteras mot de uttalanden som görs främst i motiven till 1974 års anställningsskyddslag. Här kan inriktningen sägas vara att undersöka gränsen för det rättsligt möjliga även med beaktande av normativa föreställningar om förarbetenas status som rättskälla. Samtidigt innefattar avsnittet en näranalys av och ett försök till härledning av de argument som framförs i motiven.

I avdelningens och arbetets huvudavsnitt (3.4) beskriver och försöker jag förklara den successiva utvecklingen mot ett allt mer schabloniserat och så småningom formalistiskt synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund. Detta sker i form av en kronologisk framställning av djupanalyser av enskilda rättskällor. Studiet av rättskällorna är inriktat på dess karaktär av beteende och söker rekonstruera de föreställningar som påverkar de olika aktörerna. Fokus ligger på studier av den justifiering som kommer till uttryck i de juridiska texterna. Men jag försöker - med utgångspunkt i vetenskapen om processens framväxt och med utgångspunkt i vad jag menar den vara baserad på - också stundom tränga mig in i discoverystadiet.

I avslutningskapitlet (3.5) sammanfattar och tydliggör jag min kritik samtidigt som jag avfärdar det jag kallar ett formalistiskt synsätt.

Avd 4. Anställningsskydd och företagsledningsrätt

I denna avdelning utvecklar jag min kritik mot ett schabloniserat synsätt. I det första kapitlet, *anställningsskyddets struktur och skyddsreglernas begränsning* (4.2) sätts ett schabloniserat synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund in i en vidare anställningsskyddsrättslig kontext i syfte att påvisa att kringliggande normer inte fungerar på sådant sätt att de legitimerar den rättstillämpning arbetsdomstolen slagit in på. I kapitlet med namnet *företagsledningsrätten* (4.3) ifrågasätter jag de politiskt/ekonomis-

ka föreställningar som ligger bakom ett schabloniserat synsätt i syfte att påvisa att dessa inte utgör något hinder mot att domstol prövar sakligheten av verksamhetsrelaterade uppsägningar. I kapitlet *Regleringsfunktion, normtyp och argumentationsmodell* (4.4) kritiserar jag arbetsdomstolens rättstillämpning utifrån teorier om förändringar i den rättsliga regleringens funktioner och olika normtyper och argumentationsmodeller som är förknippade därmed. I det sista kapitlet, *Heterogeniteten i de verksamhetsrelaterade uppsägningsgrunderna* (4.5), kritiserar jag tillämpningen utifrån en beskrivning av de verksamhetsrelaterade uppsägningarnas struktur samtidigt som jag tillhandahåller ett metodologiskt instrument för saklig grund-prövningar även av arbetsbristuppsägningar.

2. Något om förhållandena före LAS

2.1 Inledning

Redogörelsen för de rättsliga förhållandena före den allmänna anställningsskyddslagstiftningens tillkomst syftar främst till att visa hur arbetsdomstolen tillämpat rättsreglerna i situationer som är *principiellt* desamma som efter anställningsskyddslagstiftningens tillkomst. Arbetets huvudfråga är arbetsbrist och kravet på saklig grund. Ambitionen sträcker sig därför inte längre än att jag vill belysa huvudfrågornas relevans och behandling i praxis före LAS. Avsikten är således inte att här teckna anställningsskyddets historia.¹ Det blir därför inte fråga om en översiktlig historisk framställning för att visa hur reglerna successivt förändrats beroende på yttre materiella förhållanden. Och det blir heller inte fråga om en detaljredovisning ens av senare inskränkningar av den fria uppsägningsrätten. Däremot blir analysen av de områden jag menar vara relevanta för förståelsen av och framför allt kritiken mot dagens rättstillämpning desto mer omfattande.

Med hänsyn till att motiven till LAS såvitt angår arbetsbristproblematiken tycks ta utgångspunkt i vad som uppfattas som då gällande rätt får också den historiska belysningen en omedelbar relevans för den del av arbetet som behandlar förhållandena idag.

Ansatsen i detta avsnitt kan därför sägas vara ideologikritisk. Resultatet av den historiska analysen visar att domstolen ingalunda generellt intog den formalistiska hållning som präglar dagens tillämpning av saklig grundregeln på verksamhetsrelaterade fall. De i motiven uttryckta föreställningarna om rättsläget före LAS är därför dåligt underbyggda. Av dessa skäl menar jag att framställningen kan bidra till att bryta ned de föreställningar som idag råder beträffande utrymmet för reella saklig grundprövningar. Det finns nämligen skäl att anta att våra föreställningar om tidigare rättsläge är ägnade att prägla våra uppfattningar om vad som idag är möjligt. Under alla förhållanden bidrar sådana föreställningar till att legitimera dagens rättstillämpning och att få den att framstå som konsistent. Visar det sig att den bild vi har av dåtida rättsläge inte är i alla delar korrekt kommer saken i ett annat läge.

¹ Den uppgiften har utförts av andra. Se bl a Henning Tidsbegränsad anställning 1984, Per Eklund Rätten i klasskampen 1974 och Sigeman Från legostadgan till medbestämmandelagen – om huvudlinjerna i arbetsrättens utveckling 1984.

Huvudfrågornas relevans förutsätter en rättslig reglering som liknar den vi idag har i LAS. Ett påstående om att arbetsbrist utgör saklig grund eller objektivet godtagbart skäl för uppsägning är således rättsligt sett meningslöst om uppsägningsrätten är fri. Ett historiskt studium av arbetsbrist och kravet på saklig grund kan därför endast vara av intresse i den mån kollektivavtal eller lagstiftning innehåller begränsningar eller preciseringar av uppsägningsrätten. Sådana förekommer också relativt rikhaltigt i kollektivavtal i form av bestämmelser om att uppsägning endast får ske på objektiva grunder och i positiva bestämmelser om att uppsägning får ske vid arbetsbrist. Även tillämpningen av de klausuler som genom turordningsregler indirekt anger att arbetsbrist är tillåten uppsägningsgrund och som av AD sedermera ansågs innebära ett generellt krav på objektivet godtagbara skäl kan ligga till grund för en bedömning av hur man före LAS såg på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund.² Distinktionen mellan arbetsbrist och personliga förhållanden är på motsvarande sätt ointressant om det saknas regler - med divergerande rättsföljder - vari begreppen utgör rekvisit.

Om den fria uppsägningsrätten begränsas i vissa specifika situationer uppstår problem eftersom det då är lätt att försöka dölja den verkliga grunden och istället hävda någon annan. Sådana kringgåendetendenser måste domstolarna stävja genom framför allt bevisregler. Det har också skett. Vid genomgången av de legala och avtalsmässiga begränsningar som successivt gjorts kommer denna problematik att stå i förgrunden. Problematiken liknar den vi har idag. Genom att i princip ha en fri uppsägningsrätt då det rör sig om s k arbetsbristsituationer tvingas man ställa höga krav för att uppsägningar skall få ske med hänvisning till personliga förhållanden.

Inom arbetsrätten har kollektivavtalen i modern tid spelat en avgörande roll för regleringen. Begränsas bilden av rättsläget till endast lagstiftning och praxis blir beskrivningen således på ett plan korrekt. Icke desto mindre ger den en felaktig bild av under vilka regler anställningsavtalens parter verkar. I ett sammanhang som det föreliggande är det därför nödvändigt att ge en mera nyanserad bild genom att presentera kollektivavtalsavvikelser från den gängse ordningen. Här har jag valt att kontrastera de stora överenskommelserna mellan SAF och LO mot den stora mängd kollektivavtal med begränsningar i uppsägningsrätten som förekommit i avtal med arbetsgivare utanför SAF. Kollektivavtalsöversikten har dessutom funktio-

² Om en tvist rör principieell uppsägningsgrund, exempelvis fråga huruvida klausulen varit tillämplig, då har vi istället en parallell till det lagtekniska begreppet arbetsbrist i dagens turordnings- och företrädesrättsregler.

nen att tjäna som underlag för den beskrivning som därefter följer av hur arbetsdomstolen tillämpat relevanta klausuler.

Majoriteten av de mål som nedan berörs är av äldre datum, många härrör från trettiotalet. Det skulle kunna hävdas – även om jag inte påstår att de utgör gällande rätt – att tiden sprungit ifrån dem på så att den kontext vari de kom till drastiskt förändrats och att de därför har begränsat värde för de syften de här används. Samtidigt har åtskilliga under 30-talet utvecklade ställningstaganden visat sig anmärkningsvärt långlivade. Flera alltjämt tillämpliga centrala arbetsrättsliga grundsatser formulerades således under arbetsdomstolens inledande verksamhetsår. Här behöver bara nämnas 29/29-principen,³ uppsägnings- och antagningsrätten som rättslig utgångspunkt,⁴ principen om intolkning av dolda klausuler⁵ och principen om arbetstagares lydnadsplikt vid tvist om arbetsskyldigheten.⁶ Detta gör även de mål som historien sprungit förbi mer intressanta och är ytterligare en förklaring till att jag valt att relativt detaljerat redogöra för dem.

Terminologiska anmärkningar

Språkbruket under en stor del av den tid som här är föremål för undersökning skiljer sig på en del punkter från dagens. Detta kan emellanåt skapa missförstånd. Några ord bör kort sägas härom.

Det vi idag kallar *uppsägning*, dvs en rättshandling som syftar till att en anställning skall upphöra efter viss uppsägningstid, har historiskt betecknats såväl *avsked* som *entledigande* eller motsvarande.⁷ I regel framgår det av sammanhanget vad som avses när det talas ömsom om avsked ömsom om uppsägning. I syfte att göra åtskillnad mellan våra dagars uppsägning och avsked talades det ofta om avsked med respektive utan uppsägningstid, omedelbart avsked eller liknande.

Ibland avses med uppsägning den rättshandling genom vilken uppsägningstid börjar löpa och med avsked den tidpunkt då anställningen upphör.

Till skillnad från idag talades det ofta tidigare generellt om *företrädesrätt* både när det gällde turordning vid uppsägningar och när det gällde det som idag kallas företrädesrätt till återanställning.

³ AD 1929:29.

⁴ AD 1932:100, härifrån kanske särskilt principen om goda seder, vilken alltjämt betraktas som gällande rätt för de kategorier som är undantagna från det lagstadgade anställningsskyddet.

⁵ AD 1933:159.

⁶ AD 1934:179.

⁷ Se också Geijer/Schmidt Arbetsgivare och fackföreningsledare i domarsäte 1958 s 112f.

Några metodologiska anmärkningar

Emedan avsikten är att beskriva hur (främst) arbetsdomstolen hanterade relevanta rättsfrågor före LAS tillkomst är metoden deskriptivt/analytisk och framställningen väsentligen normdeskriptiv.⁸ Tonvikten i materialet ligger på rättspraxis eftersom intresset är inriktat främst mot arbetsdomstolens sätt att hantera frågeställningarna och jag har inte systematiskt sökt samtida litteratur.⁹ Den deskriptiva ansatsen hindrar inte att jag också analyserar historiken i ljuset av nuet och i situationer där det anses påkallat gör jag därför framåtriktade reflektioner efter hand i framställningen. I redogörelsen för tidigare kollektivavtalsreglering är metoden empirisk i den meningen att jag använder mig av arbetsdomstolens domar som empiriskt material.¹⁰

Mot bakgrund av min ambition med redogörelsen för tidigare förhållanden har avsnittet också kommit att bli relativt omfattande. Jag har emellertid funnit det vara väsentligt att, liksom i senare avsnitt, vidlyftigt redogöra för hur domstolen betraktade och hanterade problemen och även här låter jag i stor utsträckning domstolen själv komma till tals genom citat av centrala delar av domskälen. Det är därför omfattningen som slutligen fick mig att välja att presentera dessa förhållanden i ett särskilt avsnitt.

Det är väsentligt vanskligare än idag att av AD:s domskäl från domstolens första årtionden utläsa den tillämpade normen.¹¹ Utan att de behandlade frågorna var av mindre omfattning eller av lägre komplexitetsgrad var domskälen tidigare oftast inte längre än någon sida medan de idag är väsentligt mer omfattande. Tolkningsutrymmet och därmed osäkerheten om hur domstolens ledamöter argumenterat är betydligt större. Detta förklarar också att olika författare betraktar tidig AD-praxis på olika sätt. Här kan dock reservanternas synpunkter många gånger vara till ledning.

Den fortsatta framställningen

I avsnitt 2.2 följer en relativt omfattande redogörelse för kollektivavtals-situationen före LAS på områden som är av intresse för arbetet. Avsnitt 2.3 beskriver arbetsdomstolens förhållningsätt till den fria uppsägnings-

⁸ Man skulle kunna tala om en äkta lex-lata framställning enligt Peterson/Sandströms definition. Jfr ovan avsnitt 1.2.2.3.

⁹ I avdelning 3 är en viktig uppgift att försöka få fram hur de normativa föreställningarna uppkommit och därvid intar även litteraturen och andra rättskällor en viktig plats.

¹⁰ Angående rättskällor som empiriskt material i denna mening, se Sandgren Om empiri och rättsvetenskap I 1995/96 s 733. (Se avsnitt 1.4.2.) Jfr Katarina Olsson Näringsdrivande stiftelser 1996 s 29.

¹¹ Jfr annan uppfattning, Strömholm En svensk prejudikatlära: behov och möjligheter 1984 s 934 och Malmberg Anställningsavtalet 1997 s 23.

rätten i situationer där några uttryckliga begränsningar inte avtalats (bortsett från föreningsrätten). I avsnitt 2.4 belyser jag hur punktbegränsningar i uppsägningsrätten framtvingat bevis-, tolknings- och materiella regler för att punktbegränsningen inte skall kunna kringgå. I avsnitt 2.5 redogör jag för hur sådant som idag kallas arbetsbrist hanterats av arbetsdomstolen i olika rättsliga sammanhang före LAS, varefter avdelningen avslutas med några sammanfattande reflektioner inför fortsättningen.

2.2 Kollektivavtalsreglering av anställningsskyddet

2.2.1 Inledning

Den dominerande roll som LO/SAF-området intar i all beskrivning av utvecklingen av arbetslivets normer tenderar att få en ideologisk funktion genom att dölja utvecklingen inom andra områden. Min egen bild av kollektivavtalsregleringen före LAS när jag påbörjade detta arbete bestod i allt väsentligt av ”de stora” avtalen mellan SAF och LO; 1906 års decemberkompromiss, Saltsjöbadsavtalet från 1938, 1946 års företagsnämndsavtal och 1964 års apriluppgörelse. När jag därför var i färd med den historiska delen av arbetet och sökte rekapitulera dåtidens gällande rätt på relevanta områden var det med förvåning jag tog del av den stora mängd uppsägningsrättsbegränsande kollektivavtalsklausuler jag därvid återfann bara genom studier av arbetsdomstolens domsamlingar. Dessa empiriska konstateranden i kombination med domstolens normativa ställningstaganden beträffande särskilt turordningsreglers betydelse för anställningsskyddet i stort förändrade min syn inte bara på SAF/LO-området¹² betydelse utan fick också anställningsskyddsregleringen i LAS att framstå i helt annan dager. Med stöd av det empiriska och normativa materialet i kombination menar jag nämligen att det finns utrymme för att påstå att anställningsskyddet på vissa områden var mer långtgående på trettioalet än vad det är efter LAS’ ikraftträdande.

De empiriska resultat jag så fick på köpet vid studiet av tidigare rättsuppfattningar gjorde att jag övervägde en större undersökning av kollektivavtalsförekomsten före anställningsskyddslagstiftningens ikraftträdande. Jag insåg dock att en sådan skulle vara allt för tidskrävande¹³ och att tidsåtgången inte skulle stå i rimlig proportion till resultatets av en sådan undersökning betydelse för förevarande arbete. Samtidigt kände jag ett behov av att systematiskt redovisa de kollektivavtalsbestämmelser jag återfunnit. Kompromissen är vad som här presenteras. Jag har således valt att systematiskt framställa de kollektivavtalsklausuler jag återfunnit i arbetsdom-

¹² När jag talar om SAF/LO-området avser jag att båda dessa organisationer eller dess medlemsorganisationer uppträder som parter. Det är således inte helt andra parter vi talar om utan snarare andra arbetsgivare eller arbetsgivargrupperingar än sådana som hör till SAF-kretsen. Majoriteten av de avtal som redovisas har LO-förbund som parter på arbetstagarsidan.

¹³ Och avråddes också av kollegor som på begränsade områden försökt få fram äldre kollektivavtalsreglering.

stolens domsamlingar.¹⁴ Naturligtvis kan inte förekomsten av kollektivavtalsklausuler i denna källa ge en korrekt återspeglning av den faktiska förekomsten av uppsägningsrättsbegränsande regleringar före LAS. Inte desto mindre är den frekventa förekomsten och den stora spridning över olika områden av sådana kollektivavtalsbestämmelser ändå en indikation på att det inte var helt ovanligt.¹⁵ Mitt syfte sträcker sig heller inte längre än till att jag vill exemplifiera förekomsten av sådana regleringar och kontrastera dem innehållsmässigt till de stora uppgörelserna mellan SAF och LO. Framställningen är också disponerad så att de stora avtalen får bilda en ram för presentationen av de övriga.

Något om materialet och dess användning

De materiella begränsningarna i uppsägningsrätten kan indelas på olika sätt. Jag har nedan valt att dela upp dem i tre kategorier; ”generellt uttryckta begränsningar”, ”preciseringar av när uppsägning får ske” och ”preciseringar av när uppsägning *inte* får ske”. Dessutom tar jag upp sådana materiella avtalsbestämmelser som indirekt innefattar begränsningar i arbetsgivares rörelsefrihet, bl a för att sätta dem i kontrast till dagens rättsläge. Turordnings- och företrädesrättsregler¹⁶ intar också en central plats i framställningen, liksom förfaranderegler av skilda slag. Framställningssättet är inriktat på avtalens innehåll och inte på avtalsområde/organisation. Detta innebär att ett och samma avtal¹⁷ kan representeras under olika innehållsligt betingade rubriker. Skälet till detta framställningssätt är att det är de materiella begränsningarna av uppsägningsrätten som står i centrum och att dessa lyfts fram tydligare med denna metod. Jag har dock valt att inleda varje period med en redogörelse för några avtal som innefattar flera begränsningar.¹⁸

¹⁴ Jag har gått igenom samtliga AD-fall under perioden 1929-75 och sökt efter mål vari kollektivavtal med begränsningar av uppsägningsrätten återgivits (ej endast mål där klausulerna varit föremål för tvist).

¹⁵ *Metoden* att exemplifiera förekomsten av från SAF/LO-området avvikande kollektivavtalsreglering med hjälp av arbetsdomstolens domsamling, om än inte i den omfattning som här sker, är jag inte ensam om. Detta kan vi se hos såväl Schmidt (Tjänsteavtalet 1968), Adlercreutz (Svensk arbetsrätt 1973) som Henning (Tidsbegränsad anställning 1984 s 59).

¹⁶ Företrädesrätt som ej är kopplad till tidigare anställning behandlas (i regel) inte.

¹⁷ När jag talar om samma avtal betyder det samma parter och avtal från viss tidpunkt; ej kollektivavtal i dess egenskap av standardavtal.

¹⁸ Ett problem i sammanhanget är att avtalen aldrig återges i dess helhet i arbetsdomstolens domsreferat. Av omständigheterna eller presentationen kan man ändå emellanåt relativt säkert slå fast att alla i sammanhanget relevanta bestämmelser är redovisade. Generellt gäller dock att jag inte kan slå fast vad ett avtal *inte* innehåller.

Det mest grundläggande och samtidigt minst kontroversiella sättet att åstadkomma visst anställningsskydd knyter an till en allmän obligationsrättslig princip, nämligen den att ett avtal som gäller på obestämd tid kan bringas till upphöra genom uppsägning. Regler om uppsägningstid är också centrala i all form av anställningsskyddsreglering. Avtalsbestämmelser vars enda begränsning av uppsägningsrätten består i att arbetsgivaren måste iakttaga uppsägningstid behandlas emellertid inte, helt enkelt för att de inte är någon begränsning i 1932:100-principen; enligt denna talas det ju om iakttagande av uppsägningstid. Krav på uppsägningstid innefattar emellertid ett behov av regler om när uppsägningstid inte behöver iakttas, dvs sådana situationer som idag utgör grund för avsked eller hävning. Det var därför vanligt att kollektivavtal innehöll preciseringar av när omedelbart avsked fick komma ifråga. Sådana bestämmelser redovisas heller inte.¹⁹

2.2.2 Decemberkompromissen

1906 träffades den första överenskommelsen mellan de relativt nybildade²⁰ huvudorganisationerna SAF och LO. SAF fick igenom sina krav om att de år 1905 i organisationens stadgar intagna bestämmelserna om bl a arbetsgivares rätt att antaga och avskeda arbetare skulle förbehållas arbetsgivaren i kollektivavtal. Dessa arbetsgivarens rättigheter inklusive rätten att leda och fördela arbetet utgjorde den s k § 23, efter dess numrering i SAF:s stadgar. Rättigheterna är, efter senare stadgeändring, mer kända under beteckningen § 32-befogenheterna. Det pris SAF fick betala för § 32-

¹⁹ Sådana bestämmelser förekommer som nämnts i åtskilliga kollektivavtal i arbetsdomstolens domar, både i kombination med och utan samband med andra begränsningar i uppsägningsrätten. (Obs att samma avtal kan förekomma i flera mål.) Se AD 1929:7, 1930:60, 1930:67, 1930:68, 1930:74a, 1930:74b, 1930:85, 1930:92, 1930:106, 1931:3, 1931:7, 1931:8, 1931:40, 1931:41, 1931:50, 1931:68, 1931:85, 1931:127, 1932:22, 1932:23, 1932:175, 1932:186, 1932:189, 1933:26, 1933:72, 1933:82, 1933:99, 1933:115, 1933:116, 1933:120, 1934:21, 1934:51, 1934:64, 1934:66, 1934:109, 1934:136, 1935:17, 1935:38, 1935:45, 1935:47, 1935:61, 1935:64, 1935:65, 1935:70, 1935:105, 1936:75, 1935:110, 1935:134, 1936:97, 1936:118, 1937:25, 1937:102, 1937:109, 1937:113, 1937:145, 1938:56, 1938:92, 1938:124, 1939:23 (även att arbetsgivare inte behövde iaktta uppsägningstid, vid förhållanden han ej kunde råda över), 1939:61, 1940:16, 1940:38, 1941:86, 1941:104, 1941:152, 1942:55, 1942:102, 1943:61, 1944:1, 1944:20, 1944:24, 1944:30, 1944:69, 1945:12, 1945:52, 1946:66, 1946:67, 1946:81, 1947:36, 1947:58, 1948:53, 1948:61, 1949:19, 1949:31, 1949:34, 1949:55, 1949:61, 1949:62, 1949:76, 1950:54, 1951:38, 1951:39, 1951:48, 1952:10, 1952:11, 1952:20, 1952:25, 1952:28, 1953:6, 1953:11, 1953:22, 1953:30, 1953:42, 1953:56, 1954:28, 1955:40, 1956:13, 1956:14, 1956:15, 1956:31, 1956:34, 1957:12, 1958:25, 1959:18, 1959:29, 1960:5, 1960:7, 1960:9, 1960:15, 1960:21, 1960:36, 1961:10, 1961:11, 1962:4, 1962:12, 1963:3, 1965:21, 1965:31, 1967:14, 1968:5, 1968:19, 1968:31, 1970:24, 1971:19, 1972:16, 1972:18, 1973:5, 1974:6, 1974:8, 1974:12, 1975:20.

²⁰ SAF bildades 1902, LO 1898.

befogenheternas införlivande i kollektivavtalen var att man accepterade arbetstagarernas rätt att organisera sig och dra nytta av medlemskapet i sin organisation, den så kallade föreningsrätten. Decemberkompromissen kom därför att i här relevanta delar få följande lydelse:

”Med iakttagande av avtalets bestämmelser i övrigt äger arbetsgivare rätt att leda och fördela arbetet, att fritt antaga och avskeda arbetare samt att använda arbetare, oavsett om dessa äro organiserade eller ej.

Föreningsrätten skall å omse sidor lämnas okränkta.

Anse arbetare, att avskedande ägt rum under omständigheter som kunna tolkas såsom angrepp på föreningsrätten, äga de innan andra åtgärder vidtagas, genom sin organisation påkalla undersökning för vinnande av rättelse.”²¹

Samtidigt som avtalet kom att slå fast principen om arbetsgivares fria anställnings- och uppsägningsrätt innebar det den första reella begränsningen av uppsägningsrätten sedan det moderna arbetsavtalet vunnit insteg i form av ett skydd för föreningsrätten. Värdet av detta bör inte underskattas. Något legalt skydd för föreningsrätten fanns inte vid denna tid.²² LO/SAF var emellertid inte först vad avser denna viktiga begränsning av uppsägningsrätten. En bestämmelse om att föreningsrätten skulle ”hållas i helgd” hade införts redan i det första Verkstadsavtalet 1905.²³

Kravet på att den fria uppsägningsrätten, med undantag för föreningsrätten, skulle införas i samtliga kollektivavtal med SAF-anslutna arbetsgivare förefaller även innefatta en principiellt negativ inställning till turordnings- och företrädesrättsregler.²⁴ Det är därför av intresse att notera att SAF själva strax före decemberkompromissen faktiskt ingick kollektivavtal med sådana regler.²⁵

²¹ Citerat efter Hennings återgivning, *Tidsbegränsad anställning* 1984 s 57.

²² Se Geijer/Schmidt 1958 s 33-34 m hänv.

²³ Hämtat från Geijer/Schmidt 1958 s 35, vilka i sin tur hänvisar till Adlercreutz Kollektivavtalet s 337 och Åman § 23 s 7. Som bekant inträdde Verkstadsföreningen i SAF först 1917 och erhöll då dessutom dispens från kravet att i sina kollektivavtal införa § 23, se exempelvis Henning *Tidsbegränsad anställning* 1984 s 58.

²⁴ Jag har inte funnit stöd vare sig för eller emot detta men det var ju först antydningvis genom Saltsjöbadsavtalet detta synsätt började mjukas upp från arbetsgivarhåll och konkreta regler infördes först genom företagsnämndsavtalet 1946, se nedan 2.2.4.

²⁵ Se *Industria* 1906 med två olika SAF-avtal, som vid sidan av § 23 också innehöll turordningsregler vid uppsägningar p g a arbetsbrist. Även andra avtal med sådant innehåll förekommer i nämnda tidskrift.

2.2.3 Exempel på kollektivavtalsreglering utanför LO/SAF-området fram till Saltsjöbadsavtalet

2.2.3.1. Inledning

Decemberkompromissen innebar att utrymmet för begränsningar i arbetsgivarens uppsägningsrätt blockerades på SAF/LO-området.²⁶ På andra områden kom dock uppsägningsrätten att begränsas i relativt stor utsträckning.²⁷ Bara i arbetsdomstolens domar återfinns således en stor mängd avtal som innefattar allt från generella krav på godtagbara skäl till turordningsregler vid uppsägning p g a arbetsbrist.²⁸ Bland dem som förekommer som parter i kollektivavtal med begränsningar i uppsägningsrätten utöver föreningsrätten intar avdelningar inom Transportarbetareförbundet en särställning. Transport är helt dominerande kvantitativt och är också de som under denna tidsperiod lyckats åstadkomma störst anställningsskydd även kvalitativt.²⁹ Särskilt bland turordningsklausulerna, men även beträffande andra former av begränsningar i uppsägningsrätten, finns emellertid ett stort antal organisationer representerade.³⁰

Turordningsreglerna är också de som dominerar bland de avtalsklausuler som kan sägas innefatta begränsningar i uppsägningsrätten. I förstone kan detta synes innebära att det inte förekom särskilt stora ingrepp i

²⁶ Jfr bl a Henning Tidsbegränsad anställning 1984 s 58.

²⁷ Det är dock signifikativt att man även inom SAF/LO-området synes ha i praktiken tillämpat mer arbetstagarvänliga normer, såsom turordning vid uppsägning och uppgivande av skäl vid uppsägning. Se bl a Henning Tidsbegränsad anställning 1984 s 59 m hänv.

²⁸ Det finns som nämnts exempel på avtalsregleringar från 20- och 30-talen, som får dagens anställningsskyddsreglering att framstå som arbetsgivarvänlig.

²⁹ Om detta beror på att Transports avdelningar var särskilt framgångsrika med sina avtal, vilket framstår som mest troligt, eller om organisationen var särskilt konfliktbenägen har jag ingen bestämd uppfattning om.

³⁰ Under den nu aktuella tidsperioden har jag i arbetsdomstolens domar funnit uppsägningsrättsbegränsande avtal med följande organisationer - eller avdelningar inom dessa - som parter på arbetstagar sidan: Sv Byggnadsträarbetareförbundet, Försvarsverkens Civila Personals Förbund, Sv Grov- och fabriksarbetareförbundet, Sv Handelsarbetareförbundet, Sv Hotell- och restaurangpersonals förbund, Sv Kommunalarbetareförbundet, Sv Livsmedelsarbetareförbundet, Sv Metallindustriarbetareförbundet, Sv Murareförbundet, Sv Sågverksindustriarbetareförbundet, Sv Transportarbetareförbundet, Sv Väg- och vattenbyggnadsarbetareförbundet, Sv Sjukhuspersonalförbundet, Lerviks lokala samorganisation, Sv Järnvägsmannaförbundet, Sv Elektriska arbetareförbundet, Sv Träindustriarbetareförbundet, Sv Sko- och läderindustriarbetareförbundet, Hofors Lokala samorganisation, Sv Textilarbete förbundet, Ordningvaktklubben i Malmö Folkets park, Karlstads med omnejd Byggnadsarbetsarensyndikat, Sv Skorstensfejeriarbetareförbundet, Sv Bleck- och Plåtslagareförbundet, Sv Beklädnadsarbetareförbundet, Svenska Sjömansunionen. Jfr Casparsson, Saltsjöbadsavtalet i historisk belysning 1966 s 158, som refererar en PM som arbetstagar sidan presenterade inför saltsjöbadsförhandlingarna. Promemorian innehöll en katalog över avtal med begränsningar i uppsägningsrätten och samtliga LO-förbund förekom här som avtalsparter.

uppsägningsrätten. Med den praxis AD sedermera kom att utveckla i sammanhanget visar det sig dock att turordningsreglerna innefattar ett mycket långtgående ingrepp i det att domstolen vid tiden runt Saltsjöbadsavtalets tillkomst fann sådana bestämmelser på g a kringgåenderisken innefatta ett generellt krav på godtagbara skäl för uppsägning.³¹

Avtalen presenteras nedan med utgångspunkt i vilken form av begränsning av uppsägningsrätten de berör. Det kan då finnas anledning att framhålla att många avtal innehåller flera olika typer av begränsningar. Här följer några exempel.

Ett avtal från 1932 mellan Transports Göteborgsavdelning och ett omnibusföretag i Onsala hade i relevanta delar följande lydelse:

”Såväl bussfirman som den anställda personalen äger rätt till 14 dagars ömsesidig uppsägning. Uppsägning får endast ske då verkligt bärande skäl härtill föreligger. Uppsägning skall meddelas skriftligt och vara motiverad.

Vid permittering eller avskedande av personal på grund av driftsinskränkning, bestämmes förhandsrätten till anställningen med hänsyn till anställningstidens längd.

Personal som avskedats eller permitterats på grund av arbetsbrist, äger företräde till anställning då ny arbetskraft behöver anställas.”³²

Från Livsmedelsarbetareförbundets område kan nämnas ett avtal från 1933 mellan förbundets avdelning i Ludvika och några lokala spisbrödsfabriker av följande innehåll:

”Arbetare får ej avskedas utan giltig orsak. Arbetare, som fått i uppdrag att föra sina kamraters talan, får ej avskedas utan avdelningens hörande.

Vid inträffad arbetsbrist skall den sist intagne arbetaren först avskedas.

Arbetare, som på grund av sjukdom eller militärtjänst nödgas vara frånvarande från sitt arbete, erhåller vid återkomsten sin förutvarande plats.”³³

Slutligen kan nämnas ett avtal mellan Sveriges Hotell- och Restaurangpersonals Förbunds Malmöavdelning och en caféinnehavare därstädes från 1933, som innehåller såväl principen sist in först ut och företrädesrätt till återanställning vid uppsägningar på g a arbetsbrist som en precisering av att uppsägning i övrigt endast får ske om den anställde misskött sin befattning.³⁴

³¹ Se nedan avsnitt 2.4.3.

³² AD 1932:186.

³³ AD 1935:22.

³⁴ AD 1934:48.

2.2.3.2 Materiella begränsningar i uppsägningsrätten

2.2.3.2.1 Generellt uttryckta begränsningar³⁵

Redan långt före Saltsjöbadsavtalet³⁶ förekom kollektivavtal med generellt uttryckta krav på giltiga skäl etc för uppsägning.

Av ett avtal från 1925 mellan Transports Göteborgsavdelning och ett antal droskägare i Mölndal följer således att ”uppsägning av droskchaufför, får endast ske, då *verkligt bärande skäl* härtill förefinnas”.³⁷ I andra tidiga avtal från andra landsdelar³⁸ hade förbundets avdelningar lyckats få till stånd avtal innefattandes krav på ”giltiga skäl” för uppsägning.³⁹

I arbetsdomstolens domsamling kan man också finna motsvarande krav på giltig orsak i några avtal med avdelningar inom Livsmedelsarbetareförbundet som part.⁴⁰

Enligt ett avtal från 1930 mellan en avdelning inom sjukhuspersonalförbundet och en vattenkuranstalt kunde en uppsägning bli föremål för prövning om den innebar ”en orättvisa”.⁴¹ Av ett till synes allmänt avtal inom skorstensfejarsektorn kunde uppsägning ”icke föranleda avsked, förrän vederbörande organisationer, på skedd anmälan från endera parten, undersökt saken och funnit uppsägningen *berättigad*”.⁴²

2.2.3.2.2 Preciseringar av när uppsägning får ske⁴³

Beträffande de bestämmelser som preciserar i vilka situationer uppsägning får komma ifråga intar Transport en helt dominerande ställning bland de avtal som återfinns i arbetsdomstolens domsamlingar. I ett mycket stort

³⁵ Jfr också AD 1942:7 med ett avtal inom Bleck- och Plåts område vari stadgas att lärling inte får avskedas under lärlingstiden ”utan tvingande omständigheter”.

³⁶ Och således mycket långt före apriluppgårelsen.

³⁷ AD 1933:119 och 1933:8. Min kursivering. Jfr motsvarande formulering i det avtal som återgavs i inledningen (ur AD 1932:186).

³⁸ Stockholm, Tingsryd och Jössefors.

³⁹ Beträffande Stockholmsavtalet från 1930, se AD 1930:85, 1930:91, 1930:92, 1931:3, 1931:41 och 1932:23. Jfr nytt avtal mellan parterna i AD 1933:120. Tingsrydsavtalet från 1931 återfinns i AD 1934:136. Jösseforsavtalet återfinns i AD 1939:42.

⁴⁰ Se AD 1932:28 (Uddevalla april 1929) och AD 1935:22 (Ludvika september 1933). Jfr också AD 1936:64.

⁴¹ Se AD 1931:96.

⁴² Se AD 1938:95 mellan Skorstensfejariarbetareförbundets Göteborgsavdelning och Göteborgs skorstensfejaremästareförening från 1936 och AD 1939:13 med motsvarande Stockholmsorganisationer som parter i ett avtal från 1937. Min kursivering.

⁴³ I åtskilliga avtal inom byggnadssektorn återfinns bestämmelser som begränsar arbetsgivarens rätt att i förtid skilja arbetstagare från ackordsarbete, se bl a AD 1934:61, 1934:62, 1935:66, 1935:140, 1936:52, 1936:60, 1937:91, 1941:15, 1941:72, 1943:112, 1945:7, 1952:35.

antal avtal med spridning över stora delar av landet återkommer här – med varierande språkliga formuleringar⁴⁴ – bestämmelser som konkretiserar och därmed begränsar arbetsgivares möjligheter att säga upp anställda till fall av *bevislig misskötsamhet eller arbetsbrist*. Det äldsta av dessa är ett avtal från september 1925 mellan Stockholms Automobilförarefackförening⁴⁵ och Omnibusägarnas Arbetsgivareförbund.⁴⁶ I övrigt förekommer under den aktuella perioden åtskilliga avtal med sådana bestämmelser, med avdelningar inom Transport som arbetstagarpart, från Malmö i söder till Luleå i norr.⁴⁷

Det kan möjligen tyckas att de konkretiserade uppsägningsgrunderna täcker åtskilliga tänkbara uppsägningsgrunder.⁴⁸ Det bör då framhållas att många fall av personliga förhållanden knappast kan ha täckts av begreppet bevislig misskötsamhet och - av större intresse för huvudfrågan i detta arbete - att arbetsbrist inte innebar verksamhetsrelaterade förhållanden i allmänhet och än mindre definierades det som 'icke-personliga förhållanden'.⁴⁹ Det finns därför starka skäl att anta att dessa konkretiseringar innebar långt större begränsningar av uppsägningsrätten än de i föregående avsnitt refererade bestämmelserna om krav på giltigt skäl eller motsvarande.

Härutöver har jag endast funnit ett par ytterligare avtal med preciseringar av när uppsägning får ske. I ett avtal mellan Grov- och fabriksarbetareförbundets avdelning i Kvidinge och en fabrikör på orten återfinns en bestämmelse enligt vilket avsked vid grövre förseelser endast fick komma ifråga sedan varning utdelats och förseelsen upprepats.⁵⁰ Visst kuriosavär-

⁴⁴ Vilket tyder på innehållslig men icke formell samordning av avtalen.

⁴⁵ Sv Transportarbetareförbundets avd nr 7.

⁴⁶ AD 1930:106.

⁴⁷ AD 1931:68 (Uppsala 1927), AD 1934:58 (Trollhättan 1928), AD 1931:133 (Luleå 1929), AD 1934:109 (Varberg 1930), AD 1930:94 och 1933:21 (Strängnäs 1930), AD 1932:77 (Luleå 1930), AD 1933:66 (Trollhättan 1931), AD 1931:85 (Stockholm 1931), AD 1933:46 (Borås 1932), AD 1933:115 och 1933:116 (Uppsala 1932), AD 1933:86 (Västerås 1932), AD 1935:61 (Karlstad 1933), AD 1935:41 och 1935:122 (Uppsala 1933), AD 1937:113 (Skövde 1934 och 1937), AD 1936:19 (Hofors/Torsåker 1934), AD 1937:139 (Uddevalla 1935), AD 1936:1 (Västerås 1935), AD 1937:30 (Norrköping 1936), AD 1938:10 (Hudiksvall 1935 och 1937), AD 1938:58(I) (Sundsvall 1935), AD 1939:61, jfr AD 1935:61 (Karlstad 1936), AD 1938:27 och 1939:131 (Ockelbo 1937), AD 1937:82 (Nynäshamn 1937), AD 1938:58(II) (Sundsvall 1937), AD 1939:14 (Vadstena 1937), AD 1937:136 (Jönköping 1937), AD 1938:24 (Lund 1937), AD 1939:57 (Kristianstad 1938), AD 1942:55 (Halmstad 1938), AD 1941:86 (Sollefteå 1938). Ortsangivelse avser avdelningens hemvist.

⁴⁸ I några avtal förekommer - utöver dessa grunder - också brott mot kollektivavtalet som konkretiserad uppsägningsgrund. Se AD 1937:109, jfr AD 1936:75 (Göteborg 1937), AD 1941:152 och AD 1945:31 (Göteborg 1937 och 1939).

⁴⁹ Se nedan avsnitt 2.5.

⁵⁰ AD 1938:113.

de⁵¹ har två avtal mellan Sveriges Hotell- och Restaurangpersonals Förbunds avdelning i Malmö och två caféinnehavare därstädes som vid sidan av att arbetsgivaren endast fick säga upp arbetstagare som misskött sin befattning också innehöll begränsningar i de anställdas uppsägningsrätt. Som uppsägningsgrund från arbetstagarens sida godkändes enligt avtalen endast ”erbjuden bättre anställning, familjehänsyn, giftermål, upphörande att utöva yrket och dylikt.”⁵²

2.2.3.2.3 Preciseringar av när uppsägning inte får ske

I flera avtal förekommer bestämmelser som innebär rätt för arbetstagare att återfå anställningen efter frånvaro på grund av sjukdom,⁵³ olycksfall i arbetet och värnpliktstjänstgöring.⁵⁴ Det äldsta avtal jag kunnat finna med sådana bestämmelser är från maj 1926⁵⁵ och de organisationer i vars avtal sådana bestämmelser förekommer är avdelningar inom Transportarbetareförbundet,⁵⁶ S v Hotell- och Restaurangpersonals förbund⁵⁷ och Livsmedelsarbetareförbundet.⁵⁸

Även om dessa bestämmelser inte uttryckligen innefattar en begränsning av uppsägningsrätten har de ändå tolkats så av arbetsdomstolen.⁵⁹

2.2.3.2.4 Andra former av materiella begränsningar

Under förevarande rubrik har jag samlat avtalsbestämmelser ur AD:s domsamling som har det gemensamt att de direkt eller indirekt begränsar arbetsgivares uppsägningsrätt i situationer som idag utan vidare skulle hänföras till kategorin arbetsbristuppsägningar.⁶⁰

⁵¹ Men samtidigt möjligen en anvisning om vad vi kan vänta oss i framtiden i takt med att den enskilde anställde blir allt viktigare för företagen.

⁵² Avtalen återfinns i AD 1934:48 och AD 1938:28.

⁵³ Ibland förekommer begränsningar om frånvaron överstigit nio månader, se AD 1930:68, 1931:112, respektive tolv månader, AD 1938:133.

⁵⁴ Vissa reglerar bara sjukdom, andra sjukdom och olycksfall och andra åter samtliga tre fall.

⁵⁵ AD 1930:68, avtal mellan Transports stockholmsavdelning och Stockholms droskägareförening. Det är att notera att avtalet i övrigt ansågs innefatta en fri uppsägningsrätt för arbetsgivaren.

⁵⁶ AD 1930:68, 1931:112, 1934:109, 1938:133, 1939:131, jfr 1938:27.

⁵⁷ AD 1932:114 och 1936:57.

⁵⁸ AD 1935:22, 1938:44 och 1940:2.

⁵⁹ Se AD 1930:68, vilket behandlas nedan avsnitt 2.3.3.4.

⁶⁰ Flera av de bestämmelser som här refereras synes i första hand ha haft verkningar på det obligatoriska planet, jfr bl a AD 1934:72, men de utgör icke desto mindre materiella begränsningar i arbetsgivarens friheter.

Flera av bestämmelserna är i hög grad radikala, även med dagens mått mätt. I den svenska debatten har således på nittioalet avvisats lösningar som återfanns i kollektivavtal från tjugotalet.⁶¹

Av flera avtalsbestämmelser följer att vid arbetsbrist arbetet skall fördelas mellan de anställda (eller motsvarande) innan uppsägning får komma ifråga.

Ett avtal från 1929 mellan Smidesarbetarnas Yrkesklubb inom Metalls avd 41 i Göteborg och Göteborgs Smedsmästareförening stadgar i relevanta delar följande:

”I det fall arbetarna, för att undvika permitteringar eller avskedanden, erbjuda sig arbeta med förkortad arbetstid, skall sådan anordning tillämpas.”⁶²

Bestämmelser med i huvudsak identiskt innehåll förekommer i andra avtal med metallavdelningar som arbetstagarpart.⁶³

Motsvarande reglering i avtal med avdelningar inom Sko- och läderindustriarbetareförbundet är mer kategoriska i sina formuleringar:

”Vid inträffande av mindre arbetstillgång skall avskedande ej företagas utan arbetet fördelas lika mellan samtliga arbetare.”⁶⁴

Ett avtal mellan kommunalarbetareförbundets Kirunaavdelning och Kiruna municipalsamhälle från 1934 föreskriver vid arbetsbrist att *omplacering* till lediga arbeten inom andra områden skall undersökas och där detta inte är möjligt, att ”i första hand arbetsfördelning tillämpas”.⁶⁵ Även inom Transports område förekommer avtal som föreskriver arbetsfördelning som alternativ till uppsägning vid arbetsbrist.⁶⁶

Inom ett par avtalsområden förekommer också, om än inte lika långtgående, bestämmelser om att arbetstillfällena skall fördelas rättvist vid mindre arbetstillgång och lågsäsong, ibland i kombination med uttryckliga bestämmelser om arbetstidsförkortning.⁶⁷

Idag anses det tillåtet att säga upp anställda för att ersätta dessa med entreprenörer och andra självständiga företagare.⁶⁸ Föreställningen tycks ock-

⁶¹ Jag åsyftar bl a diskussionen kring den danska lösningen med gemensam arbetstidsförkortning i syfte att undvika uppsägningar.

⁶² Ur AD 1931:93. Samma avtal i AD 1933:170 och ett hängavtal till avtalet i AD 1935:57.

⁶³ AD 1937:92 (Stockholm) och 1938:69 (Norrtälje).

⁶⁴ Ur AD 1933:155 (Norrköping). Se också inte fullt så kategoriskt i avtal mellan förbundets Hälsingborgsavdelning och Hälsingborgs skofabrik, AD 1933:141.

⁶⁵ Ur AD 1934:84.

⁶⁶ AD 1934:109 (Varberg 1930) och AD 1935:61 (Karlstad 1933).

⁶⁷ Se Bleck- och Plåt i Stockholm i AD 1933:124 (samma avtal i AD 1933:128 och 1934:15) och i Malmö, AD 1934:8. Se också AD 1939:41, skradderibranschen.

⁶⁸ Se AD 1980:54 och AD 1990:67. EU:s överlåtelsesdirektiv synes här inte inneburi någon ändring, jfr bl a AD 1997:81. (Se också nedan 4.2.4.5.3.)

så vara den att det är tillåtet att ersätta anställda med familjemedlemmar och/eller egna arbetsinsatser.⁶⁹ Det kan då vara av intresse att lyfta fram några avtalsbestämmelser från trettioalet som alls inte gav arbetsgivaren samma friheter.⁷⁰ Ett avtal från Transports område från 1930 föreskriver således följande:

”Om arbetsgivaren avskedar någon av sina arbetare på grund av arbetsbrist äger han ej rätt att till körning anlita annan åkare.”⁷¹

Enligt ett annat avtal från samma bransch⁷² framgår att ”tillkomna delägare eller kompanjoner äga ej företrädesrätt före förut anställda arbetare”.⁷³ Ytterligare exempel på i sammanhanget relevanta begränsningar är en i avtal på Bleck- och Plåts område förekommande bestämmelse som begränsar arbetsgivarens möjligheter att delta i arbetet.⁷⁴

Fokuserar man på bestämmelser som förhindrar arbetsgivaren att ersätta befintlig arbetskraft med annan, bör naturligtvis också regler om företrädesrätt till återanställning, vilka behandlas i nästa avsnitt, och bestämmelser om antagningsmonopol och liknande för arbetstagarparten⁷⁵ framhållas. Särskilt företrädesrättsregler förekommer, som snart skall framgå, i stor omfattning.

AD:s domsamling bjuder också exempel på avtal där de fackliga organisationerna lyckats få till stånd skydd för sina medlemmar vid företags-

⁶⁹ Jfr AD 1977:127.

⁷⁰ Observera att jag inte påstår att detta var normalt för tiden ifråga.

⁷¹ Ur AD 1932:77 (Luleå). Det bör framhållas att samma avtal, från 1930, också innehöll turordningsregler vid uppsägning och företrädesrätt till återanställning och begränsningar av uppsägningsgrunder till misskötsamhet och arbetsbrist. Se också AD 1934:72 med en kollektivavtalsbestämmelse mellan Sv Grov- och Fabriksarbetareförbundets avdelning nr 470 Stockholm och Stockholms Skyltfabrikanters Förening från december 1932 av följande innehåll: "Alla förekommande arbeten böra i görligaste mån utföras av firmans egen personal utom i de fall arbetets art eller tekniska skäl omöjliggöra detta." Klausulen prövades i målet och arbetsgivaren ådömdes skadestånd för att ha avskedat sin personal och lagt ut arbetet på annat företag. (Dock ej skadestånd till de enskilda.)

⁷² Flera andra avtal inom transports område innehåller en till sin innebörd icke helt tydlig bestämmelse om att arbetsgivaren ”är skyldig att tillse, att hans ordinarie droskförare i första hand erhålla fullt arbete”. AD 1934:66 (Göteborg 1929 med SAF:s allmänna grupp som part på arbetsgivarsidan). Se också AD 1933:115 (Uppsala 1932) och 1934:109 (Varberg 1930).

⁷³ Ur AD 1937:113 (Skövde).

⁷⁴ Se AD 1935:80, 1939:16, 1941:146, 1946:17, 1932:101 och 1932:159.

⁷⁵ Se AD 1936:58 med avtal mellan Livsmedelsarbetareförbundet och Landskrona med omnejd Bageri- och Konditoriförening, som föreskrev att anställning av arbetskraft skulle ske genom förbundets Landskronaavdelning. Se också AD 1939:25, Karlstads Byggnadsarbetare syndikat, vilket avtal föreskrev att anställning skall ske ”i gemenskap” med företrädare för syndikatet. Jfr också AD 1934:54, 1936:39 och 1940:115.

överlåtelse och motsvarande.⁷⁶ Här skall återges innehållet i ett sådant avtal från hotell- och restaurangbranschen i Stockholm 1935:

”Om företag byter innehavare eller lokal, har den vid företaget anställda personalen företrädesrätt till sådan anställning, som ifrågakommer vid företaget när rörelsen fortsättes. Personal, som övergår, äger rätt att tillgodoräkna sig föregående anställning vid företaget oavsett om personalen i samband med överlåtelsen blivit uppsagd från sin anställning eller icke.”⁷⁷

Slutligen kan här nämnas att det förekommer flera kollektivavtal som preciserar arbetsstyrkans omfattning i form av bemanningsplaner eller dylikt,⁷⁸ vilket begränsar arbetsgivarens utrymme att säga upp och disponera sina anställda.⁷⁹

2.2.3.3 Turordnings- och företrädesrättsregler

Antalet AD-mål vari förekommer kollektivavtalsklausuler med regler om turordning vid uppsägning och/eller regler om företrädesrätt till återanställning⁸⁰ är mycket stort⁸¹ och åtskilliga arbetstagarorganisationer finns representerade, oftast med sina egna formuleringar och preciseringar. För

⁷⁶ Förutom det strax här nedan redovisade avtalet förekommer sådana på transports område. I AD 1937:140 återfinns ett avtal från Borås 1937 som föreskriver att "(o)m arbetsföretaget eller del därav överlätes till annan ägare skola så vitt möjligt därav berörda arbetare hava företräde till anställning vid detsamma." Se också AD 1934:20, avtal mellan Transport i Göteborg och SAF:s allmänna grupp jämte droskägare i Göteborg från 1929 med en protokollsanteckning om att arbetsgivaren vid överlåtelse av verksamheten eller del därav skall "söka förbehålla därav berörda droskförare rättighet att bibehålla sin anställning vid detsamma".

⁷⁷ AD 1938:84.

⁷⁸ I AD 1930:93 finns exempel på kollektivavtal inom stuveribranschen som konkret anger respektive arbetsstyrkas omfattning. Se också AD 1931:88 och 1933:31. Jfr AD 1930:12, 1933:156, 1933:87, 1933:150 och 1934:20. Till denna kategori bestämmelser kan också hänföras sådana som på olika sätt begränsar arbetsgivares rätt att ha lärlingar anställda. Beträffande bestämmelser om lärlingar se bl a AD 1929:8, 1931:141, 1932:62, 1932:122, 1932:128, 1932:162, 1932:187, 1933:60, 1933:148, 1934:8, 1935:68, 1935:75 (där det anges att antalet lärlingar endast får uppgå till 1/3 av arbetsstyrkan dock minst en), 1935:143, 1936:101, 1937:5, 1937:111, 1938:8, 1938:19, 1938:59, 1938:76, 1938:91, 1938:94, 1938:95, 1939:16, 1941:26, 1942:7, 1945:23, 1963:11.

⁷⁹ Jfr också avsnitt 2.3.3.2. nedan.

⁸⁰ Åtskilliga avtal innehåller regler om företräde till arbete på annan grund än tidigare anställning. Vanligast är organisationsklausuler, men även annat, såsom företräde för mantalsskrivna på orten, förekommer. Nedan behandlas endast företrädesrätt som är knuten till tidigare anställning.

⁸¹ Under den aktuella perioden rör det sig om i storleksordningen 150-200 mål. Vissa avtal förekommer dock flera gånger och vissa har samordnat innehåll.

överskådlighetens skull har jag därför valt att redovisa bestämmelserna organisationsvis.⁸²

Byggnadsträarbetareförbundet

Avdelningar inom Byggnadsträarbetareförbundet står som arbetstagarpart i flera avtal, varav tre från 1928, med samordnat innehåll och som föreskriver att arbetsgivaren vid minskning av arbetsstyrkan är ”skyldig taga hänsyn till anställningstiden”.⁸³ I några av avtalen förekommer en precisering med angivande av att anställningstiden därvid avser ”varje arbetsplats för sig”.⁸⁴ Här ser vi således exempel på vad som senare kommit att kallas turordningskretsar.

Försvarsverkens Civila Personals Förbund

Mellan olika delar av försvaret och Försvarsverkens Civila Personals Förbund återfinns några avtal, som alls inte är lika kategoriska och därtill inefattar att flera faktorer skall beaktas:

”Då uppsägning av arbetare måste företagas till följd av att arbetsstyrkan behöver minskas, skall, där så ske kan, avseende fästas vid ifrågakommande arbetares duglighet, anställningstid och försörjningsplikt.”⁸⁵

Grov- och Fabriksarbetareförbundet

Avtalen från Grov- och Fabriksarbetareförbundets område uppvisar en viss variation i innehåll och formuleringar. Samordningen med Byggnadsträ visar sig i att flera avtal, varav det tidigaste från 1927, har identiskt samma formulering när de anger att arbetsgivaren vid inskränkning av arbetsstyrkan är ”skyldig att taga hänsyn till anställningstiden”.⁸⁶

Ett par avtal från slutet av den aktuella perioden har en något mindre sträng formulering när de anger att vid avskedanden p g a arbetsbrist ”skall hänsyn tagas till anställningstidens längd”.⁸⁷ Härutöver förekommer också

⁸² I bokstavsordning, varvid bortses från ”Svenska”, ”Sveriges” etc.

⁸³ Se AD 1932:81, 1929:18, 1930:96, 1937:91 (jfr 1937:149), 1941:78 och 1939:27.

⁸⁴ AD 1937:91 (jfr 1937:149), 1941:78 och 1939:27.

⁸⁵ Ur AD 1937:25, ett avtal från november 1934. Se motsvarande innehåll men med något annan formulering i AD 1936:22 och 1938:30. Avtalen innehöll också en bestämmelse om att man vid återanställning fick tillgodoräkna tidigare anställningstid mm. Det bör framhållas att avtalen innehöll §23 och en ”karenstid” på 35 dagar innan krav på uppsägningstid trädde ikraft.

⁸⁶ Se AD 1935:69, 1934:121, 1935:117, 1942:67, 1937:151 (även i AD 1938:38 och 1939:67), 1939:26 (även i AD 1939:32) och 1939:19. Vissa av avtalen innehåller också, liksom hos Byggnadsträ, preciseringen av att anställningstiden avser varje arbetsplats för sig.

⁸⁷ AD 1938:125 och 1939:24. Båda avtalen är från 1938. Dessa avtal innehåller också en bestämmelse om att kravet på uppsägningstid inträder först efter två veckors anställning i följd.

ett par avtal som inte tycks lämna något större handlingsutrymme för arbetsgivaren genom att konkret ange att ”sist intagna först entledigas”⁸⁸ och därtill innehåller regler om företrädesrätt till återanställning.⁸⁹

Handelsarbetareförbundet

Kollektivavtal med Handelsarbetareförbundet och dess avdelningar som part på arbetstagersidan är flitigt förekommande i Arbetsdomstolens domsamlingar under den aktuella tidsperioden, det tidigaste från 1928. Variationsrikedom är stor både vad gäller innehåll och formuleringar.⁹⁰

Här återfinns således kategoriska formuleringar om att sist anställd först skall avskedas inklusive bestämmelser om företrädesrätt till återanställning,⁹¹ ibland med preciseringen att det avser berörd grupp av anställda;⁹² ytterligare ett exempel på turordningskretstänkande. Ett par avtal är mindre kategoriska genom att också (uttryckligen) förutsätta lika arbetsduglighet eller kompetens för att principen sist in först ut skall gälla.⁹³ Andra avtal innehåller reservationer för hänsyn till ”arbetets jämna gång” eller motsvarande.⁹⁴

Enligt ett avtal mellan förbundet och några biografägare i Malmö från 1937 skall också försörjningsplikten beaktas och vidare återfinns en bestämmelse om ”att därest någon av maskinpersonalen även har annan fast anställning, skall denne först avskedas vid säsongslutet”.⁹⁵

Slutligen återfinns ett avtal mellan förbundet och dess Göteborgs-avdelning å ena sidan och Göteborgs stads erkända centralsjukkassa från 1933 som i dessa delar⁹⁶ har karaktären av en modern intresseavvägningsnorm. Av avtalet framgår nämligen att vid avskedanden p g a arbetsbrist, ”skall hänsyn tagas till såväl kassan som personalens berättigade intressen”.⁹⁷

⁸⁸ Eller motsvarande formulering, de är inte identiska.

⁸⁹ AD 1936:20 (jfr 1932:64 och 1937:65) och 1935:136. Jfr också permitteringsbestämmelserna i riksavtalet, AD 1935:110.

⁹⁰ Flertalet av avtalen innehöll § 23. (Det framgår inte alltid i domarna.)

⁹¹ Se AD 1935:4, 1936:118, 1937:102. I AD 1935:145 framgår det inte om också företrädesrätt gäller.

⁹² AD 1934:85, jfr AD 1935:5, där det görs en reservation för arbetets jämna gång.

⁹³ AD 1933:2 (samma klausul även i AD 1935:144 och 1930:49) och AD 1932:155, där det sägs ”bör om möjligt”.

⁹⁴ AD 1931:100 (även i AD 1931:132), 1932:125 (med ungefär samma formulering) och AD 1934:78 (även i AD 1933:78 och 1938:129). Motsvarande i AD 1936:16 med bestämmelse om företrädesrätt. Jfr också AD 1935:5, nämnt strax här ovan.

⁹⁵ AD 1938:79. Avtalet gav också den avskedade företrädesrätt till återanställning.

⁹⁶ Liksom Saltsjöbadsavtalet, se nedan 2.2.4.

⁹⁷ AD 1942:99. Avtalet var dock mer konkret när det angav att avskedad hade återanställningsrätt.

Hotell- och Restaurangpersonals Förbund

Inom hotell- och restaurangbranschen återfinns ett riksavtal från 1930, som vid sidan av § 23 också innehåller en turordningsregel som anger att "vid indragning av personal skall i första hand hänsyn tagas till anställningstidens längd".⁹⁸

En något mer kategorisk bestämmelse finner vi i ett lokalt avtal från Malmö, som också gav de uppsagda företrädesrätt till återanställning.⁹⁹

I ett avtal mellan förbundet och en konditor i Motala förekommer en klausul som begränsar företrädesrätten till en period om fyra månader från entledigandet.¹⁰⁰ Sådana begränsningar av företrädesrätten synes annars ha varit ovanligt.

Kommunalarbetareförbundet

På det kommunala området förekommer främst antagningsregler. I ett rekommendationsavtal från 1930 mellan Kommunalarbetareförbundet och Svenska Städernas Förhandlingsorganisation framhålls att dugligheten står i främsta rummet och därnäst att den sökande är mantalsskriven i kommunen och har försörjningsplikt, "dock skall under i övrigt lika förhållanden äga företräde, som under de senaste åren haft anställning vid kommunens arbeten och därvid visat sig vara lämplig och duglig".¹⁰¹ I ett senare rekommendationsavtal mellan parterna från 1936, har betydelsen av tidigare anställning fått en väsentligt mer framskjuten position.¹⁰²

Några avtal på det kommunala området innehåller också turordningsregler vid uppsägning p g a arbetsbrist. Av ett avtal från 1935 med Jönköping-Huskvarna Trafikbolag framgår att hänsyn skall tas "till ålder i

⁹⁸ Avtalsbestämmelsen återfinns i AD 1932:18, 1932:168, 1932:171, 1933:6, 1933:42, 1934:21, 1934:22. Se samma formulering i "Stockholmsavtalet" från 1929 i AD 1933:16. Se också AD 1939:17 med ett avtal med i huvudsak samma formulering.

⁹⁹ AD 1934:48. Bestämmelsen angav att "sist anställd först entledigas".

¹⁰⁰ AD 1939:17.

¹⁰¹ AD 1945:76, se också AD 1936:82 och 1940:98. Jfr också landstingsområdet i AD 1939:94.

¹⁰² Bestämmelsen hade följande lydelse.

"Vid arbetares antagande skall de äga företräde, som tidigare under de senaste åren innehaft anställning vid kommunens arbeten, under förutsättning att han därunder visat sig lämplig och duglig samt besitter för arbetet erforderliga kvalifikationer. Vid i övrigt lika förhållanden skall den äga företräde, som har längsta sammanlagda anställningstiden hos kommunen.

Vid anställning av arbetare, vilka icke tidigare varit i kommunens tjänst, skall dugligheten i främsta rummet vara bestämmande. Därefter skall hänsyn tagas till om sökanden är mantalsskriven i kommunen och har försörjningsplikt."

Avtalstexten hämtad från AD 1938:67. (Den aktuella tvisten rörde ett hängavtal med Grov- och Fabriks som part på arbetstagarsidan.) Se också AD 1938:70 och 1938:47.

tjänsten”,¹⁰³ medan enligt ett avtal med Sundsvalls Spårvägsaktiebolag från 1933 motsvarande gäller vid ”lika kompetens”.¹⁰⁴

Livsmedelsarbetareförbundet

På Livsmedelsarbetareförbundets område återfinns vi det äldsta kollektivavtalet i AD:s domsamlingar med begränsningar i uppsägningsrätten. I ett kollektivavtal, slutet efter förslag av förlikningsman, mellan förbundet och dess Hallstahammaravdelning och Sörkvarns Aktiebolag från oktober 1924 framhålls inledningsvis arbetsgivarens rätt att leda och fördela, att antaga och att avskeda men i direkt anslutning därtill;

”men att därvid alltid skulle så förfaras, att den sist intagne arbetaren först avskedades, såvida icke särskild yrkesutbildning nödvändiggjorde annan ordning, och att sålunda avskedade arbetare skulle äga företrädesrätt till arbete, då ny arbetskraft behövde intagas.”¹⁰⁵

I övrigt förekommer ett flertal avtal från Boden i norr till Malmö i söder som stadgar att ”den senast anställde först avskedas” eller motsvarande,¹⁰⁶ i vissa fall i kombination med företrädesrätt till återanställning.¹⁰⁷ Något avtal är mindre kategoriskt när det framhåller att hänsyn bör i första hand tas till anställningstidens längd,¹⁰⁸ medan ett avtal från Hälsingborg ger arbetsgivaren rätt ”att behålla senare anställd om denne bevisligen besitter större kompetens”.¹⁰⁹

Avtalsområdet bjuder också från senare delen av den aktuella tidsperioden ett riksavtal från juni 1937 med Sveriges Bageriidkareförening som motpart, som innehåller § 23 men därtill en till avtalet hörande protokollsanteckning av följande lydelse.

”Om till följd av arbetsbrist indragning av arbetskraft måste göras, bör i första hand hänsyn tagas till anställningstidens längd, där icke särskilda kvalifikationskrav påkalla undantag. Arbetare, som på grund av indragning entledigats, skall vid sedermera förekommande utökning av arbetsstyrkan under en tidspe-

¹⁰³ AD 1940:55.

¹⁰⁴ AD 1937:20. Se också ett avtal från Kiruna i AD 1934:84, där reservation görs för ”yrkeskunnighet”.

¹⁰⁵ Ur AD 1929:5.

¹⁰⁶ Se AD 1933:108, 1929:7, 1933:94, 1935:22. Jfr också AD 1932:191, enligt vilket avtal tillfälligt anställd arbetskraft skulle avskedas först då arbetstillgången minskade.

¹⁰⁷ AD 1932:28, 1936:28, 1935:68, 1939:140. Det var i det sistnämnda målet, om än med hänsyn till den speciella avtalssituationen, som AD första gången fann en turordningsregel innebära ett generellt krav på objektiva godtagbara skäl. Se nedan under 2.4.3.

¹⁰⁸ AD 1938:44.

¹⁰⁹ AD 1937:76. Avtalet innehöll också regler om företrädesrätt till återanställning. Se också AD 1938:124, där det görs en reservation för att den som står i tur har en sådan ställning att driften äventyras.

riod av sex månader från entledigandet äga företrädesrätt till anställning under förutsättning att arbetaren till arbetsgivaren anmält sin önskan om återanställning, och då anställning erbjudes, ställer sig till förfogande.”¹¹⁰

Notabelt är, vid sidan av att det rör sig om ett riksavtal med turordnings- och företrädesrättsregler, att företrädesrätten här är begränsad till sex månader från entledigandet.¹¹¹ En motsvarande bestämmelse men med en frist om ett år återfinns i ett avtal från 1937 med KB Spis- och knäckebrödsfabriken Kronan i Sundbyberg, ett avtal som också föreskriver att en förutsättning för företrädesrätt är, ”att arbetaren till arbetsgivaren anmält sin önskan om återanställning, och då anställningen erbjudes, ställer sig till förfogande.”¹¹² Här ser vi således en föregångare till dagens regler om att arbetstagare skall anmäla anspråk på företrädesrätt.¹¹³

Livsmedelsarbetareförbundet förefaller ha varit nyskapare i flera avseenden. I ett avtal med Ljungs Choklad- och Cacaofabrik AB i Malmö från januari 1938 återfinns bestämmelser om en kvalifikationstid på sex månader för att en anställd skall komma i åtnjutande av företrädesrätt till återanställning.¹¹⁴ Det förekommer också ett avtal med Gefle Slakteri- och Charcuteriidkareförening från 1932 där parterna tänkt på den situationen att flera anställda har lika lång anställningstid. Enligt avtalet skall då hänsyn tagas, inte till ålder som i LAS utan till ”på platsen boende gifta, manliga arbetare”.¹¹⁵

Metallindustriarbetareförbundet

På Metalls område förekommer några avtal från spridda delar av landet varav följer att hänsyn skall tas till anställningstidens längd vid uppsägningar p g a arbetsbrist och motsvarande, emellanåt med precisering till ”arbetare med likartade arbetsuppgifter”, i regel också i kombination med företrädesrätt till återanställning.¹¹⁶

¹¹⁰ Se AD 1938:29 och 1940:2. Detta var inte det första riksavtalet mellan parterna, jfr AD 1935:22. Jag har dock inte kunnat finna att förevarande bestämmelse återfanns i tidigare avtal.

¹¹¹ Jfr ovan AD 1939:17, hotell- och restaurang, med en begränsning till fyra månader i ett avtal från 1938.

¹¹² AD 1938:44.

¹¹³ 27 § LAS.

¹¹⁴ AD 1938:124.

¹¹⁵ AD 1936:28.

¹¹⁶ Se AD 1934:71, 1934:188, 1937:92, 1938:69. Se också AD 1937:44, vari föreskrivs att permitteringar skall ske ”efter överenskommelse mellan verkstadsledningen och arbetarna.”

Murareförbundet

I tre avtal med avdelningar inom Murareförbundet som arbetstagarpart återfinns samma klausul som vi tidigare sett med Byggnadsträ och Grov- och Fabriks som parter;

”Vid inskränkning av arbetsstyrkan är arbetsgivaren skyldig taga hänsyn till anställningstiden. Anställningstid avser varje arbetsplats för sig.”¹¹⁷

Sågverksindustriarbetareförbundet

Kollektivavtal med avdelningar inom Sågverksindustriarbetareförbundet som part förekommer i två mål under den aktuella perioden. Av ett avtal med ett sågverk i Örnsköldsvik från 1930 följer, vid sidan av regler om medinflytande,¹¹⁸ att vid avskedanden och permitteringar hänsyn skall tas till ”anställningstid vid företaget, familjeförhållanden och yrkesskicklighet”.¹¹⁹ Med ett sågverk i Kalix som motpart finner vi ett avtal från 1937 varav följer att hänsyn vid uppsägningar skall tas till ”anställningstid och familjeförhållanden”.¹²⁰

Transportarbetareförbundet

Transportarbetareförbundet och dess avdelningar är kvantitativt dominerande även vad avser turordnings- och företrädesrättsregler. Ett stort antal avtal innehåller, med delvis varierande formuleringar och vanligen med organisationsklausul, bestämmelser om att sist antagen först skall avskedas vid arbetsbrist och att sålunda avskedade har företrädesrätt till återanställning.¹²¹ Det äldsta bland dessa avtal är från Ystad 1926.¹²²

¹¹⁷ AD 1936:60 (Kalix 1935), AD 1938:9 (Mellerud 1937) och AD 1939:92 (Löberöd 1938). Ortsangivelse avser avdelningens hemvist.

¹¹⁸ Se nedan avsnitt 2.3.4.

¹¹⁹ Ur AD 1934:105.

¹²⁰ AD 1937:131.

¹²¹ AD 1933:48, 1934:58, 1930:94 (även i 1932:72 och 1933:21), 1932:93, 1933:165, 1933:66, 1931:85, 1933:86, 1932:186, 1933:57, 1933:106, 1935:61, 1938:98, 1937:113, 1936:19, 1938:133, 1937:139, 1939:61, 1937:71, 1938:58, 1938:39, 1939:57, 1938:77, 1939:42, 1941:86. Jfr också AD 1934:109. I AD 1932:119 finns uttrycklig bestämmelse om att arbetare förverkar sin återanställningsrätt om han inte inom tre dagar inställer sig till arbete. Andra avtal innehåller motsvarande turordningsregel vid uppsägning men synes sakna regler om företrädesrätt till återanställning. (Vissa avtal anger uttryckligen att företräde tillkommer organiserade arbetare, men jag särskiljer inte dessa här.) Se AD 1932:134, 1930:116 (1931:45, 1931:139, 1932:27), 1934:136, 1933:35, 1933:46, 1935:64, 1937:106, 1934:111, 1932:130, 1932:185, 1933:1 (1933:27), 1935:122, 1936:1, 1935:102 (1937:30), 1938:58. I ett par avtal har jag endast funnit regler om företrädesrätt till återanställning. Se AD 1938:31, jfr AD 1939:103.

¹²² AD 1933:48.

Några avtal preciserar att turordningen avser ”vederbörande grupp”¹²³, andra avtal reserverar sig för att kvarvarande sysslor skall kunna utföras (el motsv)¹²⁴ eller för ”särskilda förhållanden”.¹²⁵ Ett avtal anger, utan några konkreta förbehåll, att sist antagen *bör* avskedas först.¹²⁶ Ett par avtal anger att hänsyn, vid sidan av anställningstiden, också skall tas till familjeförhållanden¹²⁷ och av ett avtal följer att parterna kan överenskomma om annan ordning än principen sist in först ut.¹²⁸

Avslutningsvis kan framhållas en bestämmelse i ett avtal med en bensinstationsinnehavare i Hudiksvall om att företrädesrätt till återanställning förutsätter att den tidigare avskedade ”fortfarande är arbetslös”.¹²⁹

Väg- och Vattenbyggnadsarbetareförbundet

Väg- och Vattenbyggnadsarbetareförbundet och/eller dess avdelningar förekommer som parter i flera avtal under den aktuella perioden, det äldsta från januari 1929 med Norra Åsbo härads vägstyrelse som motpart.¹³⁰ Flertalet av dem innehåller regler om turordning efter anställningstid,¹³¹ andra anger att hänsyn också skall tas till försörjningsplikt.¹³² Merparten av avtalen ger också företrädesrätt till återanställning för tidigare anställda.

Övriga

Bland organisationer som under den aktuella tidsperioden förekommer som part i endast ett avtal med turordnings- och eller företrädesrättsregler återfinns Lerviks lokala samorganisation,¹³³ Svenska Järnvägsmannaförbundet,¹³⁴ Svenska Elektriska Arbetareförbundet,¹³⁵ Svenska Träindu-

¹²³ AD 1938:27 (även i AD 1939:131), 1937:82, 1937:136.

¹²⁴ AD 1936:75 (även i AD 1937:109), 1934:17, 1941:85, 1943:56 (även i AD 1945:13).

¹²⁵ AD 1931:138.

¹²⁶ AD 1932:92.

¹²⁷ AD 1931:133 och 1932:77.

¹²⁸ AD 1933:160.

¹²⁹ AD 1938:10.

¹³⁰ AD 1929:53.

¹³¹ AD 1929:53 (permittering), 1932:138, 1937:64, 1937:63 och 1939:38.

¹³² AD 1931:70, 1931:141 (Det ursprungliga avtalet från 1930 jämställde anställningstid och försörjningsplikt medan ett år 1933 ingånget avtal föreskrev att hänsyn till försörjningsplikt skulle tas i andra hand.) och 1937:73.

¹³³ AD 1944:96 enligt vilket avtal ”brukets gamla arbetare skola ha företräde”, men i övrigt oklart vilka regler som gällde.

¹³⁴ AD 1933:56. Avtal med Väg- och vattenarbetareförbundet som medpart och Kungl Järnvägsstyrelsen på andra sidan från 1930, som innehåller regel om att vid likvärdighet ”i avseende å lämplighet”, senast anställd först skall sägas upp.

¹³⁵ AD 1931:72. Avtal mellan Örebroavdelningen och ett elföretag i Hallsberg från 1930, innehåller bestämmelser om turordning efter anställningstid vid permittering.

striarbetareförbundet,¹³⁶ Svenska Sko- och Läderindustriarbetareförbundet,¹³⁷ Hofors Lokala Samorganisation,¹³⁸ Svenska Textilarbetareförbundet,¹³⁹ Ordningvaktklubben i Malmö Folkets Park¹⁴⁰ och Karlstad med omnejd Byggnadsarbetersyndikat.¹⁴¹ Inget av avtalen innehåller, så vitt framgår av domsamlingen, något av särskilt intresse jämfört med de avtal som refererats ovan.

2.2.3.4 Förfarande- och inflytanderegler mm¹⁴²

I några kollektivavtal har jag återfunnit bestämmelser om samråd, förhandlingar, underrättelse etc, som förvisso inte sträcker sig så långt vad avser inflytande som dagens bestämmelser i medbestämmandelagen, men som i vart fall inte står Saltsjöbadsavtalet efter i de möjligheter till insyn och information de ger arbetstagsidan.

Beträffande vad vi idag kallar arbetsbristsituationer följer av bestämmelser på några avtalsområden, den äldsta från 1929, att permitteringar och avskedanden skall "ske i samråd med representanter för arbetarnas organisation".¹⁴³ Här bör också nämnas en överenskommelse från 1929

¹³⁶ AD 1935:70. Avtal mellan avdelning nr 14 i Sävenäs och Säfveåns AB i Göteborg från 1932. I domen återges endast en bestämmelse om turordning efter anställningstid vid återanställning efter permittering eller uppsägning.

¹³⁷ AD 1933:141. Avtal med Hälsingborgs skofabrik från 1932 som stadgade att sist anställd skall först avskedas.

¹³⁸ AD 1937:91 (även i AD 1937:149). Avtal med en byggmästare i Hofors från 1935 stadgar att samråd skall ske med arbetstagarorganisationen före uppsägning eller permittering, "dock skall hänsyn tagas till anställningstiden".

¹³⁹ AD 1935:133. Avtal mellan lokalavdelningen i Karlstad och Trikäfabrikören A W Andersson därstädes från juli 1935 med bestämmelse om att sist antagen inom vederbörande arbetsgrupp först permitteras/uppsäges vid arbetsbrist.

¹⁴⁰ AD 1946:63. Avtal med folkparken från juni 1937 om företrädesrätt till ny säsong, "endast i den mån, att de ej hava annan stadigvarande sysselsättning och icke lämpliga arbetsbehövande till de olika befattningarna hava anmält sig".

¹⁴¹ AD 1939:25. Avtal med en byggmästare på Hammarö från mars 1938 enligt vilket vid arbetsbrist sist anställd först säges upp med undantag för specialarbete som någon av de senare anställda "skola utföra".

¹⁴² Jfr också ovan berörda bestämmelse i avtal på det kommunala området om att undantag från turordningsregler i varje enskilt fall skall bli föremål för förhandling mellan parterna. AD 1934:84, avtal mellan Kommunalarbetsförbundet och dess Kirunaavdelning och Kiruna municipalsamhälle från 1934.

¹⁴³ Eller motsvarande formuleringar. Citatet hämtat från ett tidigare refererat avtal mellan Smidesarbetarnas Yrkesklubb inom Metall 41:an i Göteborg och Göteborgs Smedsmästareförening från mars 1929. Se AD 1931:93, 1933:170 och 1935:57. Från metalls område kan vidare nämnas ett avtal från Ystad mellan avdelningen och en bilfirma från 1936, varav följer att permitteringar skall "ske efter överenskommelse mellan verkstadsledningen och arbetarna", AD 1937:44. I ett avtal mellan Sågverksindustriarbetareförbundets avdelning i Alne och ett sågverk framgår att permitteringar eller avskedanden skall "föregås av över-

mellan Grov- och Fabriksarbetareförbundets Sliteavdelning och Slite Cement- och kalkaktiebolag, som i sin inledning lyfter fram betydelsen av samförstånd mellan arbetarna och arbetsledningen och som innefattade införandet av en fabrikskommitté bestående av tre representanter för vardera sidan och i anslutning därtill stadgade

”att, ehuru rätten till antagande och avskedande av arbetare samt ledningen av arbetet alltjämt tillhör arbetsledningen att utöva i huvudsaklig överensstämmelse med de principer, som hittills tillämpats, förutsättes det som regel, att fabrikskommittén skall avgiva utlåtande vid antagning eller avskedande av arbetare ävensom vid fördelning av arbetet..”¹⁴⁴

En inflytanderegeln, vars räckvidd är svårbedömlig men som under alla förhållanden inte enbart är inriktad på verkställighetsbeslut i form av uppsägningar eller permitteringar återfinns vi under rubriken *medbestämmanderätt* i ett avtal mellan Metalls Halmstadavdelning och innehavaren av Maskinfabriken Waco från 1934. Av avtalet följer att ”vid eventuella driftsinskränkningar skall underhandling om den förändrade arbetstiden ske mellan arbetsgivaren och arbetarna”.¹⁴⁵

Bland bestämmelser av generell räckvidd återfinns vi från Grov- och fabriks område ett avtal, enligt vilket fackföreningen skall underrättas ”vid uppsägning av arbetare”.¹⁴⁶ Av ett avtal mellan Livsmedelsarbetareförbundets Ludvikaavdelning och några spisbrödsfabriker följer att ”arbetare, som fått i uppdrag att föra sina kamraters talan, får ej avskedas utan avdelningens hörande”.¹⁴⁷

Beträffande inflytanderegler som tar sikte på personligt relaterade uppsägningsgrunder återfinns olika varianter, från krav på meddelande till arbetstagarorganisationen¹⁴⁸ till bestämmelser om att avskedande *bör* ”bli föremål för prövning hos den avtalsslutande organisationen”¹⁴⁹ eller att uppsägning inte får verkställas ”förrän vederbörande organisationer, på skedd

läggning mellan parterna, varvid skälen för åtgärden klarläggas och prövas”, AD 1934:105. Se också bestämmelser om samråd i avtal mellan Hofors Lokala Samorganisation och en byggmästare i Hofors från 1935 i AD 1937:91 och 1937:149.

¹⁴⁴ Ur AD 1933:20. I övrigt gällde riksavtalet mellan Byggnadsämnesförbundet och Grov- och fabriks mellan parterna.

¹⁴⁵ Ur AD 1934:188.

¹⁴⁶ Ur AD 1931:97, Göteborg 1930.

¹⁴⁷ Ur AD 1935:22.

¹⁴⁸ Transport i ett avtal från Ystad 1933, ur AD 1935:105.

¹⁴⁹ Avtal mellan Livsmedelsarbetareförbundet och dess Bollnäsavdelning och vissa charkuteri- och slakterihandlare därstädes från 1933, ur AD 1936:64.

anmälan från endera parten, undersökt saken och funnit uppsägningen berättigad".¹⁵⁰

Till förfarandereglererna kan också hänföras regler om att arbetsgivare har att redovisa skälen för ett avsked, vilket ofta föreskrivs i kombination med att uppsägning/avsked skall ske skriftligt. Bestämmelser om skyldighet att uppge skälen har jag bl a återfunnit inom Transports,¹⁵¹ Hotell- och Restaurangpersonals¹⁵² och Grov- och Fabriks¹⁵³ avtalsområden.

2.2.4 Saltsjöbadsavtalet 1938

I december 1938 ingick SAF och LO det s k Saltsjöbadsavtalet, det avtal vars anda fått stå som symbol för den svenska arbetsmarknadsmodellen. Här är inte platsen att närmare redogöra för avtalet, dess bakgrund och framväxt.¹⁵⁴ Det bör dock framhållas att en förklaring till att arbetsgivarna var benägna att gå med på (formella) begränsningar av den fria uppsägningsrätten synes ha varit osäkerheten om konsekvenserna av att frågan skulle övertas av de politiska partierna.¹⁵⁵ Samtidigt är det av intresse att poängtera att det från arbetsgivarhåll medgavs att den föreslagna avtalstexten inte skulle förändra de förhållanden som faktiskt redan gällde.¹⁵⁶ Detta förefaller ha innefattat en bekräftelse av att de faktiskt existerande normerna var förmånligare för arbetstagarna än den rättsliga och kollektivavtalsmässiga reglering som ditintills gällt.

I det PM som arbetstagersidan presenterade inför förhandlingarna är det av stort intresse att notera att det föreslogs en åtskillnad mellan "subjektiva" och "objektiva" uppsägningsgrunder.¹⁵⁷ Beträffande de förstnämnda

¹⁵⁰ Ur ett par avtal med Skorstensfejeriarbetareförbundet som arbetstagarpart, AD 1938:95, 1939:13 och 1939:69. Se också AD 1937:25, avtal inom marinförvaltningen med rätt för arbetareombud att närvara vid utredning inför omedelbart avsked. Jfr också de vanligt förekommande bestämmelserna inom transportområdet om förfaringsättet, med deltagande av representanter för arbetareorganisationen, vid anmälan mot arbetare från "den trafikerande allmänheten" eller motsvarande. Se bl a AD 1935:41, 1935:134, och i senare domsamlingar, bl a AD 1954:38 och 1972:18.

¹⁵¹ Se bl a AD 1931:133.

¹⁵² Se bl a AD 1931:8, 1932:5, 1932:18, 1932:189, 1936:8.

¹⁵³ AD 1938:113.

¹⁵⁴ Se här bl a Casparsson Saltsjöbadsavtalet i historisk belysning 1966 och antologin Saltsjöbadsavtalet 50 år 1989.

¹⁵⁵ Casparsson Saltsjöbadsavtalet i historisk belysning 1966 s 160.

¹⁵⁶ Casparsson Saltsjöbadsavtalet i historisk belysning 1966 s 162 och s 167.

¹⁵⁷ Skälen till åtskillnaden var att man trodde sig kunna fixera objektiva förutsättningar beträffande "arbetsbristfallen" medan detta inte skulle vara möjligt beträffande de subjektiva. Samtidigt framgick det av skrivelsen att man även beträffande de subjektiva kunde fixera

föreslogs att en prövning skulle kunna avse huruvida uppsägningen varit ”sakligt betingad” medan prövningen av de objektiva uppsägningsgrunderna skulle inskränkas till frågan om turordningsregler iakttagits.¹⁵⁸ Arbetsgivarsidan förhöll sig dock skeptisk till den föreslagna tudelningen¹⁵⁹ och avtalet kom heller inte, som vi strax skall se, att upprätthålla denna distinktion.

Kapitel III i avtalet bär rubriken ”Uppsägning av arbetsavtal och permittering” och är det avsnitt som är av intresse i detta sammanhang.¹⁶⁰ Den inledande paragrafen markerar att den ömsesidiga fria uppsägningsrätten utgör utgångspunkt:

”§ 1

Den rätt, som tillkommer parterna i ett på obestämd tid slutet arbetsavtal att bringa avtalet till upphörande efter uppsägning, skall i förhållandet mellan arbetsgivare och arbetare, anslutna till förbund, som sig emellan antagit detta avtal, utövas enligt här nedan angivna regler.”

I kapitlets andra paragraf regleras varselskyldighet inför förestående uppsägningar. Bestämmelsen är generellt tillämplig men innehåller vissa särregler för olika uppsägningsgrunder. Vi ser också att avtalet uppställer krav på viss kvalifikationstid för att skyldighet att varsla skall föreligga.

”§ 2

Vid uppsägning av arbetare från anställning, som varat minst ett år, ävensom vid permittering av arbetare i sådan anställning skall arbetsgivaren minst en vecka före uppsägningen eller meddelandet om permittering underrätta arbetarorganisationens representant på arbetsplatsen om den tilltänkta åtgärden (uppsägningsvarsel respektive permitteringsvarsel). Inträffar omständighet, som påkallar minskning av arbetsstyrkan inom kortare tid än den föreskrivna varseltiden, och har detta förhållande ej kunnat förutses av arbetsgivaren, skall varsel lämnas så fort ske kan.

Då så av arbetsgivaren eller arbetarorganisationens representant begäres, skall samråd dem emellan ofördröjligen äga rum rörande den tilltänkta åtgärden.

Vad sålunda stadgats äger icke tillämpning

1. å arbetare, som är anställd för viss tid eller för den tid, som åtgår för utförande av visst arbete;
2. då avskedande äger rum på grund av sådant arbetarens förfarande, som berättigar arbetsgivaren att omedelbart häva arbetsavtalet;

undantag ”för fall av brottslig gärning mot företaget och *uppenbar* misskötsel”. Casparsson Saltsjöbadsavtalet i historisk belysning 1966 s 157.

¹⁵⁸ Casparsson Saltsjöbadsavtalet i historisk belysning 1966 s 157-58.

¹⁵⁹ Jfr Casparsson Saltsjöbadsavtalet i historisk belysning 1966 s 161.

¹⁶⁰ Avtalstexten hämtad ur Casparsson Saltsjöbadsavtalet i historisk belysning 1966.

3. vid permittering på grund av sådan växling i arbetstillgången, som är en följd av att arbetet är säsongsbetonat eller eljest till sin natur icke sammanhängande;

4. vid annan permittering, där den är meddelad för viss tid, ej överstigande tre veckor, eller det eljest framgår av omständigheterna att den ej kommer att fortfara längre än nämnda tid.

När arbetarna utsett sådan representant, som i första stycket sägs, skall under rättelse därom ofördröjligen lämnas arbetsgivaren.”¹⁶¹

För den händelse varselreglerna inte kunnat ena parterna tillhandahåller resterande stadganden i kapitlet regler för den fortsatta tvistehanteringen. Tredje paragrafen reglerar formerna.

”§ 3

Har uppsägning eller permittering skett i sådana fall, på vilka § 2 äger tillämpning, och önskar arbetarparten förhandling med anledning av den vidtagna åtgärden, skall, där icke fråga är om kränkning av föreningsrätten eller åtgärden eljest strider mot lag eller kollektivavtal, förhållandet anmälas till arbetarnas förbundsstyrelse, vilken, om den därtill finner skäl, äger hänskjuta frågan till undersökning inom arbetsmarknadsnämnden på sätt nedan sägs.

Vad sålunda är stadgat skall gälla även i de fall, då avskedandet grundas på sådant förfarande, som berättigar arbetsgivaren att omedelbart häva arbetsavtalet.”¹⁶²

Fjärde paragrafen, slutligen, anger riktlinjer för prövningen av ärenden som hänskjutits till arbetsmarknadsnämnden.

”§ 4

Nämnden skall genom noggrann undersökning av dit hänskjuten fråga söka få en sakligt riktig uppfattning om alla de omständigheter, under vilka den påtalade åtgärden blivit vidtagen. Vid åtgärdens bedömande skall beaktas såväl produktionens beroende av arbetskraftens duglighet och lämplighet som arbetarnas berättigade intresse av trygghet i anställningen. I enlighet därmed skall hänsyn tagas såväl till nödvändigheten av att företaget i möjligaste mån betjäna av skickliga och för dess verksamhet lämpliga arbetare som, då arbetsgivaren på grund av arbetsbrist funnit sig böra vidtaga avskedande eller permittering och valet står mellan arbetare, vilka besitta lika skicklighet och lämplighet, till anställningstidens längd ävensom till särskilt stor försörjningsplikt.

Nämnden skall söka komma till en samstämmig uppfattning i bedömandet av dit hänskjuten fråga och finna utvägar för utjämning av motsättningen mellan parterna. Beslut, varom flertalet i nämnden förenar sig, skall delgivas respektive förbund, på vilka det ankommer att i samråd med Arbetsgivareföreningen

¹⁶¹ Här följer en protokollsanteckning utan någon direkt betydelse för det som här tilldrar sig huvudintresset.

¹⁶² Vi ser här att förfarandereglerna även gäller avskedanden.

respektive Landsorganisationen vidtaga de åtgärder, vartill beslut må giva anledning.

Protokollsanteckning

Parterna äro ense om att det i sista hand ankommer på vederbörande förbund att träffa avgörandet rörande omfattningen och valet av de åtgärder, som i anledning av ett av arbetsmarknadsnämnden fattat beslut kunna ifrågakomma för tvistens biläggande.”¹⁶³

Stadgandet bär drag av en modern intresseavvägningsnorm genom att tillhandahålla anvisningar för nämnden om vilka faktorer den bör fästa vikt vid när den prövar riktigheten av en uppsägning eller ett avskedande. Inte heller här görs någon principiell åtskillnad mellan subjektiva eller objektiva uppsägningsgrunder, om än det preciseras vad man bör fästa vikt vid arbetsbristuppsägningar. Liksom exempelvis den norska regleringen är turordning en faktor som ligger till grund för bedömningen av en uppsägnings saklighet.¹⁶⁴

Henning menar att avtalet innebar ”redan i sin ursprungliga utformning att arbetarna fick stöd för kravet på sakligt motiverade uppsägningar.”¹⁶⁵ Om den uppfattningen synes delade meningar råda. Respektive sidas kommentarer till huvudavtalet går således i helt olika riktningar på denna punkt. Enligt Sölvéns LO-kommentar innefattade avtalet att nämnden vid personliga förhållanden skulle pröva om uppsägningen varit sakligt motiverad. Enligt Holmströms SAF-kommentar har avtalet emellertid inte reducerat § 32-befogenheterna, men procedurreglerna har beskurit arbetsgivarens rörelsefrihet.¹⁶⁶

En viktig faktor i sammanhanget är också att arbetsmarknadsnämndens avgöranden inte var offentliga och dess innehåll kan knappast därför ha vunnit någon allmän spridning. Överhuvudtaget synes heller inte nämnden ha påtagit sig rollen att utveckla principer för bedömningen av uppsägningssituationer.¹⁶⁷ Fram till 1964 års ändringar hade nämnden att avgöra omkring sjuttio ärenden rörande tillämpningen av avtalets tredje kapitel.¹⁶⁸

¹⁶³ Det sista stadgandet i tredje kapitlet, § 5, ger arbetsgivare rätt att, via sitt förbund, hänskjuta ärende till arbetsmarknadsnämnden, när han kommit i "trångmål beträffande erforderlig arbetskraft" p g a omfattande uppsägningar från arbetstagens sida och det inte rör sig om en maskerad stridsåtgärd.

¹⁶⁴ Se exempelvis Jakhelln *Oversikt över arbetsretten* 1996 s 303.

¹⁶⁵ Henning *Tidsbegränsad anställning* 1984 s 61.

¹⁶⁶ Återgivet efter Edlund *Saltsjöbadsavtalet i närbild* 1989 s 61.

¹⁶⁷ Det bör då framhållas att avtalets bestämmelser är utformade på sådant sätt att en intresseavvägning bör kunna göras. Möjligen kan förklaringen helt enkelt vara den att man just på grund härav inte ansåg det ändamålsenligt att utveckla principer. En kritik man idag kan rikta mot arbetsdomstolen, särskilt vad gäller s k arbetsbristsituationer.

¹⁶⁸ Edlund *Saltsjöbadsavtalet i närbild* 1989 s 62.

Under en tidsperiod om 25 år hade nämnden således inte fler ärenden om uppsägningsfrågor på sitt bord än vad som idag kan förekomma under ett par år i arbetsdomstolen. Edlund ger följande sammanfattande kommentarer till denna del av arbetsmarknadsnämndens verksamhet:

”Nämnden var så gott som alltid enig. I de allra flesta fall rekommenderade den parterna att förlikas. I någon fjärdedel av ärendena förekom att nämnden avgav ett utlåtande om hur tvisten borde lösas. Oftast utsågs dock ledamöter av nämnden att verka för förlikning eller överlämnades åt parterna att i anslutning till vad som förekommit söka träffa uppgörelse. I regel synes därmed förlikning ha kommit till stånd.”¹⁶⁹

Folke Schmidt gjorde i första utgåvan av sitt verk Tjänsteavtalet en analys av arbetsmarknadsnämndens utlåtanden, som vid denna tidpunkt avgetts i endast tretton fall, och gjorde härtill följande kommentarer.

”Nämndens utlåtanden är icke att jämföra med AD:s domar. Synpunkten att utbilda normer för umgänget på arbetsmarknaden har underordnats intresset att nå förslag till förlikningar som blir accepterade av berörda parter. Det materiella resultatet har ibland varit betingat av vilka medgivanden man velat göra på arbetsgivarsidan. Arbetarrepresentanterna i nämnden har stått inför valet att taga en mager förlikning eller att konstatera att inget förslag skulle samla majoritet. När det stått klart, att arbetsgivaren saknat grund för sin åtgärd, har arbetsgivarledamöterna dock icke tvekat att medverka till ett uttalande, att den uppsagde bör återtagas i arbete. Men någon gång har nämndens förord avsett annat arbete än det som arbetaren förut skött. Nämnden har varit restriktiv när det gällt att föreslå ersättningar för förlorad arbetsförtjänst. Några gånger har utlåtandet utmynnat i förslag om engångsersättning i samband med avgång. Sådan ersättning har föreslagits till och med i fall, där nämnden uttalat att arbetsgivaren i princip haft skäl för sin åtgärd. De utlåtanden som förordar avgångsersättning härrör alla från senare år, vilket ger en antydning om att arbetsgivarnas inställning på denna punkt nu är generösare än tidigare.”¹⁷⁰

Jämfört med de kollektivavtalsbestämmelser som ovan redovisats innefattade Saltsjöbadsavtalet i nu berörda avseenden inga nyheter och var heller alls inte lika långtgående som många av de bestämmelser som refererats. Mot bakgrund härav är det förstaeligt att flera LO-förbund röstade mot förslaget till antagande av Saltsjöbadsavtalet. Bland de främsta motståndarna fanns, inte oväntat, Transportarbetareförbundet.¹⁷¹

¹⁶⁹ Edlund Saltsjöbadsavtalet i närbild 1989 s 62.

¹⁷⁰ Schmidt Tjänsteavtalet 1959 s 147-48.

¹⁷¹ Se Henning Tidsbegränsad anställning 1984 s 60 med hänv.

Företagsnämndsavtalet och ändringarna i saltsjöbadsavtalet 1946-47

I augusti 1946 ingicks avtal om företagsnämnder mellan dels SAF och LO, dels mellan SAF och TCO.¹⁷² Avtalen innebar att s k företagsnämnder, ett organ för information och samråd,¹⁷³ skulle inrättas på företag av viss storlek. Några av avtalets bestämmelser är inriktade på frågor av direkt intresse ur anställningsskyddssynpunkt och är i viss utsträckning också en vidareutveckling i förhållande till 1938 års huvudavtal. En föregångare till vår tids medbestämmandeförhandlingar återfanns i § 6 under rubriken ”information och samråd vid driftsinskränkning m. m.”:

”Uppkommer fråga om nedläggande, inställelse eller väsentlig inskränkning av företagets drift, skall i så god tid som möjligt, innan dylik åtgärd vidtages, samråd därom äga rum inom företagsnämnden. Därest sådan åtgärd anmäles till offentlig myndighet, skall dylik anmälan delgivas nämnden och denna fortlöpande hållas underrättad om ärendets utveckling.”

Denna allmänt formulerade bestämmelse, som tar sikte på företagsledningsbeslut, var gemensam för både avtalen med LO och TCO. De bestämmelser som tog sikte på verkställighetsåtgärder i form av uppsägningar eller motsvarande, och som byggde vidare på huvudavtalet, återfanns emellertid endast i avtalet med LO. 7 §, med rubriken ”varsel och samråd vid uppsägning”, utvidgar arbetsgivarens skyldigheter jämfört med huvudavtalet genom att förkorta kravet på anställningstid och förlänga varseltiden.

”Vid uppsägning av arbetare från anställning, som varat minst nio månader, skall, där arbetaren tillhör förbund som antagit detta avtal, arbetsgivaren lämna varsel om den ifrågasatta åtgärden med uppgift å de arbetare, vilka anses böra uppsägas. Varsel skall senast fjorton dagar före uppsägningen lämnas till den ledamot av företagsnämnden, som arbetarnas representanter i denna utsett att mottaga dylik underrättelse. Påkallas på grund av omständighet, som ej kunnat av arbetsgivaren förutses, minskning av arbetsstyrkan inom kortare tid än den sålunda föreskrivna varseltiden, skall varsel lämnas så fort ske kan.

Då så från någondera sidan begäres, skall samråd ofördröjligen äga rum inom nämnden rörande den tilltänkta åtgärden.”¹⁷⁴

Som redan antytts menar jag det vara av vikt att framhålla att avtalet här skiljer på de regler som tar sikte på företagsledningsbeslutet om nedskär-

¹⁷² Den avtalstext som återges nedan är hämtad ur Avtal om företagsnämnder 1958.

¹⁷³ Avtal om företagsnämnder § 3.

¹⁷⁴ Härefter följer undantag för tillämpning av denna bestämmelse dels såvitt angår visstids- och objektsanställda, dels för sådana situationer då grund för omedelbart avsked föreligger. I en protokollsanteckning till stadgandet framhölls bl a att bestämmelsen inte skulle innebära ”någon inskränkning i för närvarande faktiskt erkänd förhandlingsrätt i frågor rörande avskedande av arbetare med kortare anställningstid än nio månader”.

ningar eller motsvarande och de eventuellt därpå följande verkställighetsåtgärderna i form av uppsägningar, permitteringar etc.¹⁷⁵

I 8 §, slutligen, togs ett viktigt steg mot ett utökat anställningsskydd i form av bestämmelser om återanställning.¹⁷⁶

”Har arbetare på grund av arbetsbrist avskedats under sådana förhållanden, att § 7 varit tillämplig, och uppkommer fråga om anställning eller återintagning av arbetskraft av motsvarande slag inom fyra månader därefter, skall arbetsgivaren härom till den ledamot i företagsnämnden, som angives i § 7 första stycket, före vidtagande av sådan åtgärd lämna underrättelse med uppgift å de arbetare, vilka anses böra anställas eller återintagas. Dylik underrättelse bör om möjligt lämnas minst en vecka i förväg. Då så från någondera sidan begäres, skall samråd ofördröjligen äga rum inom nämnden rörande den tilltänkta åtgärden.”¹⁷⁷

I relevanta delar kom i november 1947 huvudavtalet att justeras i enlighet med företagsnämndsavtalets innehåll.¹⁷⁸

2.2.5 Exempel på kollektivavtalsreglering utanför LO/SAF-området under perioden mellan Saltsjöbadsavtalet och apriluppgörelsen

2.2.5.1 Inledning

Även under den nu aktuella perioden är kollektivavtalsklausuler i arbetsdomstolens domsamlingar med bestämmelser om begränsningar i uppsägningsrätten rikhaltiga.¹⁷⁹ Vi återfinner också än fler olika arbetstagarparter jämfört med den tidigare behandlade perioden.¹⁸⁰

¹⁷⁵ Som kommer att betonas i framställningen nedan menar jag att ett skäl till det rättsläge vi idag har vad beträffar sakligheten av arbetsbristuppsägningar är att man inte gör en stark distinktion mellan dessa båda led.

¹⁷⁶ Stadgandets rubrik är "underrättelse och samråd om återanställning".

¹⁷⁷ Även beträffande denna punkt fanns en protokollsanteckning till skydd för dem som redan hade en mer förmånlig ordning.

¹⁷⁸ Se bl a Henning Tidsbegränsad anställning 1984 s 61 och Schmidt Tjänsteavtalet 1959 s 129.

¹⁷⁹ Det rör sig dock om en tidsperiod som är tre gånger så lång som den föregående och vid en reell jämförelse rör det sig om färre mål.

¹⁸⁰ Majoriteten av de tidigare förekommer även här, men fler nya har tillkommit än gamla "försvunnit". Några organisationer byter namn under perioden, någon blir en del av en annan. Följande organisationer återfinns bland avtalsparterna under den nu aktuella perioden: (Formellt är det oftast en lokalavdelning som står som avtalsslutande part, men här anges endast förbunden, där sådana finns.)

Kommunalarbetareförbundet, Transportarbetareförbundet, Livsmedelsarbetareförbundet, Sadelmakare- och Tapetserareförbundet, Stockholms Spårvägs- och Busspersonals samorganisation, Folkets Parks Samorganisation i Malmö, Metallindustriarbetareförbundet, Tjänstemannaförbundet för Hotell och Restauranger, Hotell- och Restaurangpersonals Förbund, Försvarsverkens Civila Personals Förbund, Musikerförbundet, Träindustriarbetare-

Perioden bjuder en del intressanta nyheter men i övrigt är det många avtalsklausuler som till innehållet motsvarar dem som redovisats ovan. Jag bibehåller samma systematik för redovisningen av klausulerna, men med hänsyn till vad nyss sagts blir det delvis mer komprimerat.

Även här kan det finnas anledning att inledningsvis återge ett avtal som på flera punkter begränsar arbetsgivarens fria uppsägningsrätt. En mot senare delen av perioden frekvent förekommande klausul i avtal med avdelningar inom Träindustriarbetareförbundet som arbetstagarpart stadgar följande.

Ur § 2: ”2. Med iakttagande av vad i detta avtal stadgas äger arbetsgivaren rätt att leda och fördela arbetet samt att antaga och avskeda arbetare. *Uppsägning skall vara sakligt grundad.*¹⁸¹ Finner sig arbetsgivaren på grund av arbetsbrist böra vidtaga uppsägning eller permittering, skall bland arbetare med likartade arbetsuppgifter och inbördes lika duglighet och lämplighet den först avskedas eller permitteras, som har den kortaste anställningstiden vid företaget. Vid anställning eller återintagning av arbetare eller av arbetsbrist föranledda avskedanden eller permitteringar gäller samma regler.

Vid uppsägning eller permittering av arbetare, som är medlem i avdelningen, och som varit anställd vid företaget minst 3 månader, skall arbetsgivaren minst 14 dagar före uppsägningen eller meddelandet om permitteringen därom underrätta arbetarparten. Underrättelse skall, där företagsnämnd finnes, lämnas till den ledamot av företagsnämnden som arbetarnas representanter i denna utsett att mottaga dylik underrättelse, men eljest till företagsombud eller, där ej heller sådant finnes, till av avdelningen utsedd representant å arbetsplatsen. Skulle avdelningen å arbetsplatsen ej ha sådan representant lämnas varsel till avdelningens ordförande eller hans ersättare. I underrättelsen skall angivas den eller de arbetare, som arbetsgivaren avser att uppsäga eller permittera. Då så av arbetsgivaren eller av den som mottagit underrättelsen begäres, skall samråd ofördröjligen äga rum rörande den tilltänkta åtgärden; finnes företagsnämnd, skall samrådet äga rum inom denna.

Har till avdelningen ansluten arbetare på grund av arbetsbrist avskedats eller permitterats, och uppkommer fråga om anställning eller av återintagning av arbetskraft, skall underrättelse härom av arbetsgivaren lämnas till den i nästföregående stycke angivne representanten eller avdelningens ordförande eller

förbundet, Statstjänarkartellen, Civilförvaltningens Personalförbund, Fastighetsarbetareförbundet, Skorstensfejariarbetareförbundet, Handelsarbetareförbundet, Sveriges Arbetsledareförbund, Grov- och Fabriksarbetareförbundet, Byggnadsträarbetareförbundet, Stockholms Film- och Teaterarbetareförening, Lerviks Lokala Samorganisation, Sjukhuspersonalförbundet (in i Kommunal 1944/45), Murareförbundet, Väg- och vattenbyggnadsarbetareförbundet, Fabriksarbetareförbundet (bildades 1949), Försäkringsfunktionärernas Förbund, Byggnadsarbetareförbundet, Handelsanställdas Förbund (jfr handelsarbetarna), Svensk Pilotförening, Bleck- och Plåtslagareförbundet.

¹⁸¹ Min kursivering.

hans ersättare med uppgift å de arbetare, vilka anses böra anställas eller återintagas. Dylig underrättelse bör om möjligt lämnas minst en vecka i förväg. Om samråd i dessa fall skall gälla vad i föregående stycke föreskrives.”¹⁸²

I ett och samma avtal förekommer här således både krav på saklig grund, tydliga turordnings- och företrädesrättsregler, underrättelseskyldighet för arbetsgivaren och möjligheter för organisationen att begära samråd inför den tilltänkta åtgärden.¹⁸³ Det tidigaste avtalet med denna klausul jag återfunnit är från den 10 januari 1956 med förbundets avdelning i Vinslöv och fabrikören Eric Levin i Broby som parter.¹⁸⁴

2.2.5.2 Materiella begränsningar i uppsägningsrätten

2.2.5.2.1 Generellt uttryckta begränsningar

Den främsta nyheten hänförlig till förevarande rubrik är den bestämmelse om saklig grund som återfinns i det nyss återgivna avtalet från Träindustriarbetareförbundets område.¹⁸⁵ Bestämmelsen återfinns i åtskilliga avtal med olika avdelningar inom förbundet som part.¹⁸⁶

I övrigt är det tunnsått med bestämmelser av detta slag. Utöver att den under föregående period redovisade klausulen från Skorstensfejeriarbetareförbundets område¹⁸⁷ om att organisationerna skall finna en uppsägning *berättigad* återkommer,¹⁸⁸ har jag endast återfunnit en bestämmelse som kan hänföras till kategorin generaliserade krav.¹⁸⁹ I ett avtal mellan

¹⁸² Avtalet förekommer första gången i AD:s domsamlingar 1957, AD 1957:27. Jfr frekvensen och avtalens tillkomst under nästa avsnitt.

¹⁸³ Notabelt är att klausulen ändå inleds med § 32. Vi känner igen vissa av formuleringarna från Företagsnämndavtalet.

¹⁸⁴ AD 1959:14.

¹⁸⁵ Vi noterar också att bestämmelsen är generellt formulerad. Den avser inte, såsom senare apriluppgörelsen, enbart personliga förhållanden och även om det av formuleringarna i övrigt framgår att arbetsbrist är grund för uppsägning rör det sig dock inte om arbetsbrist i den betydelse termen idag används och heller inte om någon direkt tudelning mellan uppsägningskategorier.

¹⁸⁶ AD 1957:27 (Töreboda, april 1956), 1959:5 (Åmål, september 1956), 1959:14 (Vinslöv, januari 1956), 1960:22 (Katrineholm, oktober 1958), 1960:33 (Hälsingborg, 18 januari 1956), 1962:3 (Tibro, april 1957), 1964:7 (Västerås, januari 1962), 1965:1 (Hanaskog, oktober 1962), 1965:34 (Töreboda, januari 1958).

¹⁸⁷ Se ovan bl a från AD 1938:95.

¹⁸⁸ AD 1960:36. Riksavtal mellan förbundet och Sveriges Skorstensfejaremästares Riksförbund från mars 1959.

¹⁸⁹ Jfr dock AD 1952:11 vari återfinns en klausul av följande oklara lydelse: "Frågor om antagande och avskedande av förare skall avgöras av den kommitté, som enligt överenskommelse mellan parterna den 25 april 1950 skall vara inrättad." Parter var Transport i Malmö och droskägarföreningen därstädes. I AD 1957:15 finns ett specialavtal som anger

Fastighetsarbetareförbundet och Bostadskooperationens Förhandlingsorganisation från januari 1947 framgår i relevanta delar inledningsvis att "avtalet avser att bereda befattningshavare trygghet i anställning" åtföljt bl a av en bestämmelse om att tvister om uppsägningar skall hänskjutas till skiljeman i den mån parterna inte kan enas.¹⁹⁰

2.2.5.2.2 Preciseringar av när uppsägning får ske

Den under föregående period flitigt förekommande klausulen inom Transports område¹⁹¹ om att uppsägning endast får ske "om arbetare bevisligen misskött sig i arbetet eller förekommande arbetsbrist" återfinns i flera mål även här.¹⁹² Bestämmelsen har också fått stå modell för delar av det kommunala området. Av ett avtal mellan å ena sidan Kommunalarbetareförbundet och Stockholms Spårvägs- och Busspersonals samorganisation och å andra sidan AB Stockholms Spårvägar från mars 1940 återfinns följande bestämmelse.

"Såsom skäl till avsked från bolagets sida får förutom pensionsfalls inträffande eller förekommande arbetsbrist icke gälla annat än att befattningshavare bevisligen misskött sig i tjänsten."

att frågor om antagande och avskedande skall avgöras av en gemensam kommitté. Avtalet rörde chaufförer i Malmö och sammanhänge med pensionsuppgörelser.

¹⁹⁰ Ur AD 1948:80.

¹⁹¹ Från transports område kan också nämnas ett avtal med SAS för flygmaskinister från 1960 i AD 1961:27 med bl a följande innehåll.

Ur § 11 Befordringsråd: "Befordringsråd finnes i resp. Köpenhamn, Oslo och Stockholm och sammansättes av fyra representanter för SAS, varav en tillika ordförande, och fyra för de anställda."

Ur § 12 Disciplinära åtgärder, mom 1:

"SAS' direktion beslutar om varning, tillfällig avstängning från tjänsten, uppsägning, omedelbart avsked eller, med iakttagande av föreskriven uppsägningstid, degradering med förlust av senioritet, därest:

- (a) den anställde medvetet försummar sina skyldigheter gentemot SAS eller utsätter personal, flygplan eller annan materiel för fara genom grov oaktsamhet,
- (b) den anställde använder alkoholhaltiga drycker eller narkotika i sådan utsträckning, att det anses som missbruk..., oaktat det icke med nödvändighet sätter den anställde ur stånd att utföra sin tjänst på ett tillfredsställande sätt,
- (c) den anställde icke uppfyller sina förpliktelser enligt gällande kollektivavtals bestämmelser.

Innan beslut i frågor av ovan angiven natur träffas, skall befordringsrådets uttalande inhämtas."

¹⁹² AD 1941:49 (Karlskrona 1939), 1941:33 och 1941:107 (Väsby 1940), 1941:153 (Katrineholm 1940), 1942:54 (Ljusdal 1940, nytt avtal mellan samma parter från 1942 med i relevanta delar samma innehåll i AD 1943:7), 1945:46 (Arvika 1941), 1942:62 (Växjö 1941), 1944:7 (Nyköping 1941, se även AD 1944:98), 1943:116 (Kramfors 1942), 1947:34 (Arboga 1945), 1946:16 (Västerås 1945), 1949:65 (Enköping 1948) och AD 1959:17 (Sandviken 1956).

Avtalet tog också ställning till förseelser utom tjänsten:

”Har befattningshavare gjort sig skyldig till brott eller grövre förseelse utom tjänsten, må på särskild prövning bero, huruvida befattningshavare skall avskedas eller icke.”¹⁹³

Även i övrigt förekommer nyheter i jämförelse med föregående period.

Från Livsmedelsarbetareförbundets område återfinns vi ett avtal mellan förbundet och dess Malmöavdelning och Sveriges Bageriidkareförening från 1948 som anger att

”avskedande av annan anledning (än arbetsbrist) får endast förekomma, därest arbetaren gjort sig skyldig till förseelse av grövre art såsom oärlighet eller upprepad onykterhet å arbetsplatsen.”¹⁹⁴

Handelsarbetareförbundet står som part i ett avtal med ett Göteborgsföretag från 1948, där det av referatet i domsamlingen framgår att uppsägning endast får ske i några uppräknade fall, arbetsbrist och ”då arbetare nekar att uppfylla vad som stadgas i (organisationsklausul)”.¹⁹⁵

I ett avtal mellan Musikerförbundet och Norrköpings Orkesterförening, även det från 1948, ställs stränga krav för att uppsägning skall få komma ifråga. Särskilt intressant är att det också gäller i verksamhetsrelaterade fall:

”*Mom.3. Uppsägning:* Från föreningens sida kan uppsägning av anställning endast ske därest styrelsen (efter att från orkester och kapellmästare ha inhämtat skriftliga motiveringar i saken, vilka utlåtanden skola bifogas styrelsens protokoll) finner att musikernas konstnärliga prestationer eller personliga uppförande motiverar uppsägning.

”*Mom. 4.* Innan orkestermedlem antages skall orkestern ha rätt att yttra sig i anställningsfrågan. Nyanställd orkestermedlem som efter första säsongen ej visat sig vara lämplig, kan av styrelsen uppsägas---.”

”§ 12. *Uppsägning i särskilt fall.*

Så länge föreningens ekonomiska förhållanden tillåta verksamhetens bedrivande i samma utsträckning som hitintills, må orkestermedlem ej uppsägas av föreningen utom i de fall § 1 och ordningsregler föreskriva.”¹⁹⁶

Slutligen¹⁹⁷ återfinns SALF i ett avtal med Stockholms Stads Skorstensfejaremästareförening från 1952, som – vilket tycks vara vanligt inom områ-

¹⁹³ Ur AD 1943:6. Se samma klausul i nytt avtal mellan samma parter från 1948 i AD 1950:54.

¹⁹⁴ Se AD 1950:5.

¹⁹⁵ Ur AD 1950:63. Här återges endast dessa två men det framgår av domen att ytterligare två fall finns i avtalet.

¹⁹⁶ Se AD 1952:40.

det¹⁹⁸ – också föreskriver rätt för arbetstagarorganisationen att delta i beslut om uppsägningar:

”Verkmästare, som är uppenbart olämplig för sin tjänst eller förvägras sådant godkännande som omförmäles i gällande brandordning för Stockholm, kan efter beslut av föreningen och förbundet skiljas från sin tjänst med iakttagande av skälig uppsägningstid.”¹⁹⁹

2.2.5.2.3 Preciseringar av när uppsägning inte får ske

Liksom under föregående period förekommer även under denna kollektivavtal som direkt eller indirekt föreskriver förbud mot uppsägning med anledning av sjukdom, olycksfall och värnpliktstjänstgöring.²⁰⁰

Härtill förekommer på det kommunala området i allmänna bestämmelser från 1946 en protokollsanteckning som begränsar möjligheterna till avsked vid förseelser utom tjänsten:

”Svårare förseelse, begången utom arbetet, må icke föranleda avsked med mindre förseelsen varit av sådan beskaffenhet, att kommunen tillfogats skada eller arbetstagaren, med hänsyn till arten av förseelsen, icke längre bör användas för det arbete han tidigare utfört. Vid sistnämnda förhållande skall undersökning företagas för utrönande av möjligheten att bereda honom annat arbete hos kommunen. Uppkommen fråga rörande eventuellt avsked får upptagas till prövning i varje särskilt fall.”²⁰¹

I övrigt har jag på det kommunala området återfunnit en bestämmelse om ”uppsägningspreskription”. I ”allmänna bestämmelser för kommunernas

¹⁹⁷ I Riksavtal inom målarfacket av 1957 finns i § 10 p 6 en bestämmelse som anger att "arbetare får ej avskedas med anledning av olika meningar om avtalets tolkning och tillämpning." Hämtat ur AD 1960:10. Detta hör dock till föreningsrättsområdet. Se också AD 1944:2, som rör ett avtal som bygger på 32 § sjömanslagen, som konkretiserar rätten att avskeda.

¹⁹⁸ Jfr ovan bl a AD 1960:36 om att uppsägningar skall befinnas berättigade av organisationerna gemensamt.

¹⁹⁹ AD 1953:11.

²⁰⁰ Se AD 1941:107, 1942:54, 1946:10 (Transport). Se också AD 1951:44, Verkstadsavtalet 1948 (förvisso inom SAF/LO-området) som innehåller följande bestämmelse: "Arbetare är berättigad att för fullgörande av värnplikt erhålla ledighet från sin anställning, vilket för honom innebär rätt att efter värnpliktstjänstens fullgörande, i den mån arbete finnes vid vederbörande verkstad, åter erhålla arbete vid densamma, därest anmälan därom framställs så fort ske kan efter tjänstgöringstidens avslutande.

Samma rätt till fortsatt anställning bör tillkomma arbetare, som tillfrisknat efter sjukdom." Jfr 1939 års värnpliktslag, nedan 2.4.4. Se också AD 1958:5 (Livsmedelsarbetareförbundet och Bageri- och Konditoriarbetsgivareförbundet).

²⁰¹ AD 1952:10. Avtal mellan Kommunalarbetareförbundet och Katrineholm Stad från 1951, varvid bl a allmänna bestämmelser av 1946 antogs. Jfr också AD 1943:6 under föregående rubrik.

industriella verk och allmänna arbeten samt trafikföretag mm” mellan Kommunalarbetareförbundet och på arbetsgivarsidan Svenska Stadsförbundet och Svenska Landskommunernas förbund mm från 1955 stadgas att

”(o)m två år förflutit, sedan arbetstagare tilldelats varning, utan att han erhållit förnyad varning eller varit skild från arbetet, må varningen icke återopas som skäl för hans skiljande från anställningen.”²⁰²

2.2.5.2.4 Andra former av materiella begränsningar

Även under denna period förekommer avtalsbestämmelser som föreskriver att vid arbetsbrist kvarvarande arbete skall fördelas och/eller arbetstiden förkortas. Sådana klausuler återfinns i avtal med avdelningar inom Metall²⁰³ respektive Sv Sadelmakare- och Tapetserareförbundet²⁰⁴ som parter.

På det kommunala området förekommer även här i flera domsreferat avtalsklausuler som föreskriver att arbetsgivaren före uppsägningar skall försöka omplacera berörda arbetstagare²⁰⁵ och nu inte enbart i samband med driftsinskränkningar.²⁰⁶

Bensinransoneringen under krigsåren satte sina spår även på detta område. I en särskild överenskommelse mellan Transports Malmöavdelning och Malmö Droskägareförening från maj 1940 med anledning av ransoneringen föreskrevs följande:

”1) Att uppsägning av fast anställd chaufför ej skall ske i anledning av den minskade arbetstillgången, utan endast i de fall chaufför erhåller annan anställning av mera stadigvarande natur.

2) Att det arbete, som står till förfogande, fördelas så långt möjligt lika mellan de vid respektive företag fast anställda chaufförerna, och avses härmed, att

²⁰² Se AD 1955:44, 1956:41, 1957:5, 1959:33, 1961:3.

²⁰³ AD 1951:31 (Karlstad 1948). Avtalstexten näst intill identisk med det avtal som redovisades ovan från bl a AD 1931:93.

²⁰⁴ AD 1941:100 (Norrköping 1939).

²⁰⁵ AD 1940:112 (Rekommendationsavtal från 1940), 1949:57 och 1948:84, 1950:19, 1952:10 (Rekommendationsavtal från 1946), 1955:14 och 1955:37, 1959:37 (Allmänna bestämmelser från 1952 och det s k anstaltsavtalet), 1955:44, 1956:41, 1957:5, 1959:33 och 1961:3 (Allmänna bestämmelser från 1955), 1962:16 och 1962:22 (Anstaltsavtalet 1959), 1964:8, jfr 1961:21, 1963:20, 1961:5 och 1965:26 (Allmänna bestämmelser från 1960). Här anges endast riksavtalen. I det konkreta fallet rör det sig om lokala avtal med förbundet och dess avdelningar å ena sidan och en stad/kommun å den andra.

²⁰⁶ Beträffande vad vi idag kallar personliga förhållanden, se AD 1952:10 (återgivet under föregående rubrik) och 1955:14.

droskägare, som själv deltar i arbetet, även skall dela detta lika med sin chaufför.”²⁰⁷

På Transports område återfinns även under den nu aktuella perioden regler i syfte att skydda befintliga anställda mot kringgåendeförsök etc. Vid sidan av regler om företrädesrätt till återanställning lyder en allmänt förekommande bestämmelse sålunda.

”Arbetsgivaren äger icke anställa annan arbetskraft då fast anställd arbetare är permitterad eller avskedad på grund av arbetsbrist.”²⁰⁸

Vi finner också bestämmelser som uttryckligen riktar in sig på förtäckta förfaranden:

”Kompanjonskap som icke utgör verkligt delägarskap medför icke företrädesrätt till arbete och berättigar ej till permittering eller avskedande av arbetare.

Arbetsgivarna hava skyldighet att vid påfordran av fackföreningsrepresentanter med handlingar styrka att verkligt delägarskap föreligger.”²⁰⁹

På hotell- och restaurangområdet återfinns även under denna period regler om skydd för de anställda vid företagsöverlåtelser av väsentligen samma innehåll som det som återgavs ovan,²¹⁰ nu i två riksavtal.²¹¹

Inom Bleck- och plåts område finns begränsningar i arbetsgivarens rätt att själv delta i arbetet om det innebär att ”anställda arbetare måste permitteras eller avskedas.”²¹²

Slutligen kan nämnas att det även under denna period förekommer bestämmelser som preciserar arbetsstyrkans omfattning etc och därmed begränsar arbetsgivarens friheter att säga upp anställda.²¹³

²⁰⁷ Se AD 1941:35.

²⁰⁸ Se AD 1944:73, 1941:33 (även i AD 1941:107), 1941:153, 1942:54, 1943:7, 1945:46, 1944:7, 1943:116, 1946:56 och 1946:61.

²⁰⁹ Se AD 1944:98.

²¹⁰ Från AD 1938:84.

²¹¹ Mellan *dels* Sv Hotell- och Restaurangpersonals Förbund och Sveriges Arbetsgivareförening för Hotell och Restauranter och Restauranternas Arbetsgivareförening från 1940 (se AD 1943:15), *dels* mellan Tjänstemannaförbundet för Hotell och Restauranger och Sveriges Arbetsgivareförening för Hotell och Restauranter, Sveriges Centrala Restaurangaktiebolag och AB Trafikrestauranger från 1951 (se AD 1952:7).

²¹² AD 1945:53.

²¹³ I AD 1946:63 återfinns ett avtal mellan Personalföreningen i Folkets Park i Malmö (Folkets Parks Samorganisation) och AB Folkets Park i Malmö från 1945 som bl a stadgar följande. Ur § 3: "Mom 1. I enlighet med detta avtals bestämmelser anställer styrelsen behövlig personal, leder och fördelar tjänstgöringen. Personalförändringar skall ske i samförstånd med personalorganisationen.

Antalet ordinarie vakter och kypare för säsongen bestämmes innan dess början i samråd med respektive klubbar." Se också AD 1943:106 om stuveriarbetarfacket i Norrland med beskrivning av de historiska förhållandena och ett kollektivavtal som preciserar antalet an-

2.2.5.3 Turordnings- och företrädesrättsregler

Även under förevarande period är antalet domsreferat vari återges turordnings- och/eller företrädesrättsregler mycket stort och jag väljer därför även här att presentera dem organisationsvis. Åtskilliga klausuler är mer eller mindre identiska med motsvarande bestämmelser från föregående period och jag kommer därför att lägga tonvikt på sådant som innefattar materiella nyheter.

*Byggnadsträ- och Byggnads*²¹⁴

I några avtal mellan 1939 och 1951 förekommer turordningsregler som dock inte innebär något nytt jämfört med förbundets avtal under föregående period.²¹⁵

Försvarsverkens Civila Personals Förbund

I avtalen inom försvarets civila delar har en förändring av det materiella innehållet skett. I de tidigaste avtalen under nu aktuell period ser vi att lämpligheten lyfts fram som förutsättning för turordningsfaktorernas (anställningstid och försörjningsplikt) tillämplighet.²¹⁶ I tidigare avtal jämfördes ”duglighet” med de övriga.²¹⁷ Under senare delen av perioden har kriteriet ”försörjningsplikt” försvunnit. Vid lika lämplighet skall nu endast vikt ”fästas vid längden av arbetares sammanlagda anställningstid”.²¹⁸

Grov- och Fabriksarbetareförbundet

Av flera avtal mellan 1939 och 1947 följer även under denna period att arbetsgivare vid uppsägningar p g a arbetsbrist är ”skyldig taga hänsyn till anställningstiden”.²¹⁹

*Handelsarbetareförbundet/Handelsanställdas förbund*²²⁰

Även under förevarande period uppvisar avtal på Handels område viss variationsrikedom. Flera avtal innehåller bestämmelser om att ”den sist an-

ställda i den ordinarie kåren och framhåller att arbetet skall fördelas jämnt emellan dessa. Se även AD 1945:98, 1950:48, 1952:3, 1955:4, 1955:5, 1955:16, 1955:32, 1957:18 och 1960:19.

²¹⁴ Byggnadsarbetareförbundet bildades 1949 genom sammanslagning av äldre förbund och överskrivning av medlemmar från vissa förbund.

²¹⁵ Se AD 1940:54, 1947:59 (två avtal) och 1954:24, det sista med Byggnads som avtalspart.

²¹⁶ AD 1941:48 (Rekommendationsavtal från 1939), 1945:95, 1946:38 och 1947:60 (allmänna bestämmelser från 1942).

²¹⁷ Se ovan. Om det också innebar någon faktisk skillnad i tillämpningen förtäljer inte källorna.

²¹⁸ AD 1951:38, 1954:4, 1954:35, 1957:12 (Allmänna bestämmelser från 1951) och 1960:7 (Allmänna bestämmelser från 1959).

²¹⁹ Eller motsvarande formuleringar. Se AD 1940:10, 1944:96, 1950:26 och 1949:72 (1950:38).

²²⁰ Namnbytet skedde vid kongressen 1956.

ställdes först avskedas” eller liknande formuleringar.²²¹ Något avtal reserverar sig för ”arbetets jämna gång”,²²² ett avtal för ”särskilda kvalifikationskrav”.²²³ På biografområdet gällde turordningsreglerna ”i regel”, och här skulle varje biograf räknas för sig, ett driftsenhetstänkande således, för att tala i moderna termer.²²⁴ En ny form av turordningskretstänkande finns i ett avtal mellan Handelsanställdas förbund och Kooperationens Förhandlingsorganisation från 1960:

”Vid avskedande eller permittering på grund av arbetsbrist skall heltidsanställd, deltidsanställda och korttidsanställda hänföras till var sin grupp, varvid sist anställd inom respektive grupp först entledigas.”²²⁵

Hotell- och Restaurangpersonals Förbund

De få avtal som förekommer på hotell- och restaurangs område under denna period är mer homogena. Av både ett lokalt avtal från 1942 med kaféidkaren Fingal Bernström i Krylbo och ett riksavtal med Kafé- och Restaurangnäringens Arbetsgivareförening från 1953 följer, dels att vid arbetsbristuppsägningar hänsyn i första hand skall tas till anställningstidens längd, dels att de uppsagda har företrädesrätt till återanställning, dock begränsad till en tidsperiod av *åtta månader* från entledigandet.²²⁶ Sistnämnda form av begränsning av företrädesrätten återfann vi även under den förra perioden på detta område, då rörde det sig om en tidsgräns om fyra månader.²²⁷

Kommunalarbetareförbundet

Under den första delen av den nu aktuella perioden återfinns i centrala rekommendationsavtal mellan förbundet och vederbörande arbetsgivarorganisationer samma regler som förekom redan under föregående period om att vid antagning, företräde tillkom personer ”som tidigare under de senaste åren innehaft anställning vid kommunens arbeten” och att, vid lika förhållanden i övrigt, den med ”längsta sammanlagda anställningstiden” har företräde.²²⁸ I 1952 års allmänna bestämmelser har det tillkommit ett

²²¹ Se AD 1939:76, 1940:97, 1941:77, 1941:113, 1941:132 (jfr 1939:76) och 1943:71.

²²² AD 1943:44.

²²³ AD 1949:19 (Kooperativa Förbundet).

²²⁴ Se AD 1944:49 och 1945:13, provinsavtal för delar av Norrland mellan förbundet och Sv Film- och Biografföreningen från 1943.

²²⁵ Se AD 1962:4.

²²⁶ Se AD 1943:14 respektive AD 1953:36.

²²⁷ Se ovan. (AD 1939:17.)

²²⁸ Se rekommendationsavtal mellan förbundet och Svenska Städernas Förhandlingsorganisation från 1940 i AD 1945:76 och 1940:112. Motsvarande innehåll i rekommendationsavtalet från 1946 i AD 1948:84, 1949:57 och 1950:19. Se också avtal mellan förbundet och Råneå kommun från 1950 i AD 1951:16.

krav på kvalifikationstid för företräde vid anställning.²²⁹ För att åtnjuta företräde skulle arbetstagaren ha varit anställd minst 90 dagar under de senaste två åren och det tydliggjordes att reglerna inte gällde den som ”slutat sin anställning på egen begäran”.²³⁰ I senare avtal har kravet på kvalifikationstid sänkts till 75 dagar.²³¹ De kommunala avtalen innehåller också bestämmelser om turordning i samband med uppsägningar:

”Därest arbetsstyrkan vid något av kommunens verk eller arbeten måste minskas, skall, i den mån den för arbetena ansvariga ledningen prövar sådant utan olägenhet kunna ske, annat arbete beredas den, som av inskränkningen beröres. Härvid må förflyttning från ett verk eller arbete till ett annat kunna företagas utan tillämpning av uppsägningsbestämmelserna.

Kommer dylik förflyttning ej till stånd, bör, i den mån sådant efter den för arbetet ansvariga ledningens prövning utan olägenhet kan ske, inom respektive berörda yrkesgrupp den, som har kortaste sammanlagda anställningstid, först avskedas.”²³²

Slutligen bör här nämnas ett avtal, som ovan omnämnts i annat sammanhang,²³³ mellan förbundet och Stockholms Spårvägar från 1940, i vilket återfinns en bestämmelse som motsvarar vår tids § 22-omplaceringar:

På det landstingskommunala området är formuleringarna något annorlunda. Här skall enligt rekommendationsavtal från 1944 företräde tillkomma den som är eller har varit anställd och då flera sådana finns, företräde tillkomma den med längst anställningstid. Se AD 1945:75, 1946:58 och 1948:1. Enligt avtal från 1946 skall företräde tillkomma redan anställda, se AD 1951:40. Jfr AD 1958:12 och 1958:16. Enligt avtal för anställda vid landstingens vårdanstalter från 1955 hade tidigare anställda, minst sex månader, företräde tillsammans med anställda i andra landsting om det saknades sökande som redan var anställda. Se AD 1960:8. Jfr 1960 års avtal i AD 1963:17. Här kan också nämnas ett avtal mellan Svenska Sjukhuspersonalförbundet, som 1944/45 gick in i Kommunalarbetareförbundet, och Älvsborgs Läns Landsting från mars 1942 med i relevanta delar följande innehåll: ”Vid tillsättande av befattning skall hänsyn tagas till väl vitsordad föregående tjänstgöring, skicklighet och nit samt lämplighet för den ifrågavarande befattningen. Vid i övrigt lika kvalifikationer skall företräde lämnas åt sökande, som är eller varit i landstingets tjänst anställd.” Se AD 1945:75.

²²⁹ Vidare står det inte längre *skall* utan *bör* i avtalen.

²³⁰ Se AD 1955:14 och 1955:37. Se motsvarande i avtal från 1955 för skolmåltidsanställda mellan förbundet och Sv Stadsförbundet i AD 1958:24. Vidare allmänna bestämmelser för kommunernas industriella verk och allmänna arbeten samt trafikföretag av 1955 i AD 1955:44, 1956:41, 1957:5, 1959:33 och 1961:3. Se också det s k anstaltsavtalet av 1957 och 1959 i respektive AD 1959:16 och 1959:37.

²³¹ Se AB I 1960 i AD 1961:5, 1961:21, 1963:20, jfr AD 1964:8 och 1965:26, AD 1961:6 och 1960 års ändringar i anstaltsavtalet i AD 1962:16 och 1962:22.

²³² Hämtat från 1946 års rekommendationsavtal mellan förbundet och Svenska Stadsförbundet i AD 1950:19. Se motsvarande bestämmelse i 1955 års allmänna bestämmelser i AD 1955:44 m fl. och i 1960 års avtal i AD 1961:5 m fl. Se också 1959 års anstaltsavtal i AD 1959:37 och 1962:16 m fl.

²³³ Ovan avsnitt 2.2.5.2.2.

”Vid inskränkning av arbetet i viss yrkesgrupp inom en avdelning skola de befattningshavare, vilka kunna komma i fråga att entledigas, beredas tillfälle att överflyttas till arbete i annan yrkesgrupp inom samma avdelning, för vilket de äro kompetenta, under förutsättning att därstädes finnas till tjänsteåren yngre befattningshavare, vilka senare då i stället bliva i första hand avskedade.”²³⁴

Livsmedelsarbetareförbundet

I ett nytt riksavtal med Sveriges Bageriidkareförening från 1939 har den under föregående period redovisade protokollsanteckningen från 1937 års avtal²³⁵ nu givits status av självständig kollektivavtalsklausul, och jag väljer att återupprepa den:

”Om till följd av arbetsbrist indragning av arbetskraft måste göras, bör i första hand hänsyn tagas till anställningstidens längd, där icke särskilda kvalifikationskrav påkalla undantag. Arbetare, som på grund av indragning entledigats, skall vid sedermera förekommande utökning av arbetsstyrkan under en tidsperiod av sex månader från entledigandet äga företrädesrätt till anställning under förutsättning att arbetaren till arbetsgivaren anmält sin önskan om återanställning, och då anställning erbjudes, ställer sig till förfogande.”²³⁶

Bestämmelsen återkommer sedan i senare avtal mellan parterna,²³⁷ och återfinns också i ett avtal från 1943 mellan förbundet och Stockholms Bageriindustrieförening.²³⁸

Även den ovan redovisade bestämmelsen om konsekvenserna av att två personer har samma anställningstid återfinns i nya avtal, återigen från (bl a) Gävle, men med andra arbetsgivarparter.²³⁹

Ett avtal med bageriidkare i Kristianstad från 1940 stadgar följande:

”Skulle arbetsbrist i bageri uppstå, skall den som är sist intagen först avskedas, såframt han eller hon icke intager sådan ställning i bageriet, att arbetets jämna gång kräver hans eller hennes bibehållande, dock skall den sist avskedade, som haft fast anställning, först åter intagas vid behov av arbetskraft, vare sig det gäller fast arbete eller hjälparbete.

För att möjliggöra paragrafens bestämmelser skall möjlig omplacering inom bageriet företagas.”²⁴⁰

²³⁴ Se AD 1943:6.

²³⁵ Se ovan 2.2.3.3.

²³⁶ Se AD 1940:1 och 1941:10.

²³⁷ Avtal från 1943 i AD 1944:63 och från 1945, med smärre justeringar, i AD 1946:5.

²³⁸ Se AD 1944:25.

²³⁹ Se AD 1946:14.

²⁴⁰ Ur AD 1941:71. Min kursivering. Se samma klausul i nytt avtal från 1943 i AD 1944:33 och från 1948 i AD 1950:6.

Här ser vi således åter ett exempel på en turordningsomplaceringsregel, ingången i huvudsak samtidigt med motsvarande bestämmelser på kommunals område.²⁴¹

Metallindustriarbetareförbundet

Avdelningar inom Metallindustriarbetareförbundet står som part i några avtal som innehåller regler om turordning och företrädesrätt till återanställning efter anställningstid, vanligen med ett turordningskretstänkande i form av en precisering av att det avser "arbetare med likartade arbetsuppgifter".²⁴² I ett av avtalen, med AB Mora-Knivar som motpart från 1940, följer att undantag gäller för arbetsgivarens släktingar.²⁴³

Svensk Pilotförening

Svensk Pilotförening förekommer under senare delen av perioden som part i avtal med SAS respektive Airtaco och Linjeflyg, vilka innehåller bestämmelser om "senioritetslistor" att användas vid bl a uppsägningar och återanställning.²⁴⁴

Transportarbetareförbundet

Transport är flitigt representerade i arbetsdomstolens domsamlingar även under den nu aktuella perioden. I huvudsak är förekommande avtal likalydande när de föreskriver att vid arbetsbrist "den inom vederbörande arbetaregrupp sist anställde först avskedas" och att de sålunda uppsagda har företrädesrätt till återanställning.²⁴⁵ Huvuddelen av dessa avtal är från åkeribranschen. Av ett avtal med Malmö Frihamnsaktiebolag från 1952 ges arbetsgivarens intressen större utrymme genom en formulering som innebär att principen sist in först ut skall gälla "vid i övrigt lika förhållanden".²⁴⁶

²⁴¹ Utöver de här redovisade avtalen förekommer under perioden ett avtal från 1948 mellan förbundet och dess Malmöavdelning och Sveriges Bageriidkareförening som beträffande turordning slår fast att "(v)id avskedande eller permittering på grund av arbetsbrist skall den inom resp. grupper sist antagne först avskedas eller permitteras." Se AD 1950:5. Vidare förekommer ett avtal från 1940 med förbundet och dess Eslövavdelning och Sveriges Konditoriförenings Skånedistrikt, som i sin inledning är identisk med Kristianstadavtalen men där det inte framgår om det också innehåller motsvarande omplaceringsregel. Se AD 1943:33.

²⁴² Se AD 1941:124 (Göteborg), 1941:137 (Mora) och 1951:31 (Karlstad). Nämnda precisering återfinns i avtal i de två senare målen.

²⁴³ Se AD 1941:137.

²⁴⁴ Se AD 1962:21, 1963:12, 1966:1 och 1966:2. Jfr Transports avtal med SAS nedan.

²⁴⁵ Se AD 1944:73, 1941:33 (1941:107), 1941:153, 1942:54 (1943:7), 1945:46, 1942:62, 1944:7, 1943:116, 1947:34, 1946:56, 1946:61, 1948:81 och 1948:39. Se också AD 1941:111, där någon indelning i grupper inte förekommer och där det heller inte framgår om företrädesrätt till återanställning föreligger. Det gör det dock i AD 1945:91.

²⁴⁶ Se AD 1953:37.

Avslutningsvis bör här också nämnas avtalet med SAS för flygmaskinister från 1960, som innehåller regler om nationella s k senioritetslistor att användas vid bl a uppsägningar och återanställning.²⁴⁷

Träindustriarbetareförbundet

Som framgick av inledningen innehåller det avtalsformulär vari kravet på saklig grund återfinns också bestämmelser om turordning och företrädesrätt till återanställning av följande lydelse.

”Finner sig arbetsgivaren på grund av arbetsbrist böra vidtaga uppsägning eller permittering, skall bland arbetare med likartade arbetsuppgifter och inbördes lika duglighet och lämplighet den först avskedas eller permitteras, som har den kortaste anställningstiden vid företaget. Vid anställning eller återintagning av arbetare eller av arbetsbrist föranledda avskedanden eller permitteringar gäller samma regler.”²⁴⁸

Ett avtal från samma tid (1958) mellan förbundet och dess Boråsavdelning och en sågverksägare i Axelfors innehåller fler kriterier:

”Uppstår arbetsbrist och arbetsgivaren på grund därav nödgas permittera eller uppsäga arbetare, skall vid personvalet hänsyn tagas till anställningstid, försörjningsplikt och företagets behov av kvalificerad arbetskraft.

Vid utökning av arbetsstyrkan skall i första hand permitterad och därefter förut anställda arbetare, som avskedats enligt ovanstående bestämmelse, äga företräde. Vid val mellan flera skall iakttagas samma princip som vid permittering och avskedande.”²⁴⁹

Övriga

I ett avtal mellan *Stockholms Film- och Teaterarbetareförening* och *Svenska Film- och Biograföreningen*²⁵⁰ från 29 december 1938 återfinns vi bl a regler om företrädesrätt till återanställning med krav på viss kvalifikationstid.

”Vid permittering på grund av arbetsbrist skall i regel sist anställd arbetare i respektive grupp i första hand permitteras. Sålunda permitterad äger företrädesrätt till återanställning, då personalen på nytt utökas, under förutsättning att han tidigare tjänstgjort under en sammanhängande period av minst 30 dagar

²⁴⁷ Se AD 1961:27. Jfr Pilotföreningens avtal ovan.

²⁴⁸ AD 1957:27 (Töreboda, april 1956), 1959:5 (Åmål, september 1956), 1959:14 (Vinslöv, januari 1956), 1960:22 (Katrineholm, oktober 1958), 1960:33 (Hälsingborg 18 januari 1956), 1962:3 (Tibro, april 1957), 1964:7 (Västerås, januari 1962), 1965:1 (Hanaskog, oktober 1962) och 1965:34 (Töreboda, januari 1958).

²⁴⁹ Se AD 1959:10.

²⁵⁰ Jfr avtal ovan med Handelsarbetareförbundet som arbetstagarpart, AD 1944:49.

eller ock tillhopa 45 dagar i olika perioder, samt att han icke på grund av ålder eller sjukdom är för arbetet olämplig.”²⁵¹

Av ett avtal mellan *Försäkringsfunktionärernas Förbund* och *De Erkända Sjukvårdarnas Förhandlingsorganisation* från 1948 följer att vid

”uppkommande vakanser eller vid tillsättandet av befattningar skall hänsyn tagas till väl vitsordad föregående tjänstgöring, skicklighet och lämplighet för ifrågakommande befattning. Härvid bör vid lika kvalifikationer befattningshavare med längre tjänstetid äga företräde framför senare anställd”²⁵² och vidare att

”(v)id avskedande eller permittering på grund av arbetsbrist skall hänsyn tagas till anställningstiden i kassan och respektive tjänstegrupp.”²⁵³

Från senare delen av femtiotalet finner vi på det statliga området ett ramavtal mellan *Statstjänarkartellen* och Statens avtalsnämnd med turordningsregler av följande innehåll.²⁵⁴

”Då uppsägning av arbetstagare måste företagas vid viss arbetsplats, skall vid lika lämplighet avseende fästas vid längden av arbetstagares sammanlagda anställningstid samt försörjningsplikt.”²⁵⁵

Av ett avtal mellan samma parter från 1960 med ”allmänna bestämmelser avseende kommunikationsverken” finns i motsvarande bestämmelse inte något krav på att försörjningsplikt skall beaktas.²⁵⁶

I övrigt förekommer turordnings- och eller företrädesrättsregler i kollektivavtal med Lerviks Lokala samorganisation,²⁵⁷ Personalföreningen i Folkets Park i Malmö (Folkets Parks Samorganisation),²⁵⁸ Murareförbundet²⁵⁹ och Väg- och Vattenarbetareförbundet²⁶⁰ som arbetstagarparter.

2.2.5.4 Förfarande- och inflytanderegler mm

I Träindustriarbetareförbundets redan flera gånger refererade ”saklig grundavtal” finns också detaljerade regler om underrättelse och samråd

²⁵¹ Se AD 1944:87.

²⁵² Ur en protokollsanteckning till avtalets § 2 mom 1.

²⁵³ Se AD 1951:33.

²⁵⁴ Avtalet synes endast ha avsett städningpersonal. I målen rörde det ett avtal mellan Civiilförvaltningens Personalförbund och Kungl. Skolöverstyrelsen från januari 1957.

²⁵⁵ Se AD 1959:18 och 1960:9.

²⁵⁶ Se AD 1963:3.

²⁵⁷ AD 1944:96. Samma bestämmelse som förekom i avtal från föregående period. Se ovan 2.2.3.3. (samma AD-mål).

²⁵⁸ Se AD 1946:63.

²⁵⁹ Se AD 1948:50.

²⁶⁰ Se AD 1950:12.

inför uppsägningar, men också en bestämmelse om motsvarande förfarande vid ny- eller återanställning när tidigare anställda uppsagts p g a arbetsbrist, dvs en regel som motsvarar dagens 32 § LAS.²⁶¹

”Vid uppsägning eller permittering av arbetare, som är medlem i avdelningen, och som varit anställd vid företaget minst 3 månader, skall arbetsgivaren minst 14 dagar före uppsägningen eller meddelandet om permitteringen därom underrätta arbetarparten. Underrättelse skall, där företagsnämnd finnes, lämnas till den ledamot av företagsnämnden som arbetarnas representanter i denna utsatt att mottaga dylik underrättelse, men eljest till företagsombud eller, där ej heller sådant finnes, till av avdelningen utsedd representant å arbetsplatsen. Skulle avdelningen å arbetsplatsen ej ha sådan representant lämnas varsel till avdelningens ordförande eller hans ersättare. I underrättelsen skall angivas den eller de arbetare, som arbetsgivaren avser att uppsäga eller permittera. Då så av arbetsgivaren eller av den som mottagit underrättelsen begäres, skall samråd ofördröjligen äga rum rörande den tilltänkta åtgärden; finnes företagsnämnd, skall samrådet äga rum inom denna.

Har till avdelningen ansluten arbetare på grund av arbetsbrist avskedats eller permitterats, och uppkommer fråga om anställning eller av återintagning av arbetskraft, skall underrättelse härom av arbetsgivaren lämnas till den i nästföregående stycke angivne representanten eller avdelningens ordförande eller hans ersättare med uppgift å de arbetare, vilka anses böra anställas eller återintagas. Dylik underrättelse bör om möjligt lämnas minst en vecka i förväg. Om samråd i dessa fall skall gälla vad i föregående stycke föreskrives.”²⁶²

På det kommunala området förekommer generella regler om att beslut om uppsägning inte får fattas förrän berörd person eller dennes organisation beretts tillfälle att yttra sig.²⁶³

Av allmänna bestämmelser på det civila försvarsområdet från 1951 följer att vid uppsägning (p g a arbetsbrist) skall ”platsorganisationen beredas tillfälle att framföra sina synpunkter”.²⁶⁴ I motsvarande reglering av år 1959 har gjorts en reservation för att beslutet skall beröra ”arbetare med minst tre månaders anställningstid” och här talas det dessutom om att organisationen skall ”beredas tillfälle till *överläggning*”.²⁶⁵ Motsvarande bestämmelser återfinns i ramavtal mellan Statstjänarkartellen och Statens avtalsnämnd från 1957.²⁶⁶

²⁶¹ Jfr Företagsnämndsavtalet.

²⁶² Se klausulen i åtskilliga mål, bl a AD 1957:27.

²⁶³ Se AD 1950:54 (Stockholms Spårvägar), allmänna bestämmelser från 1946 i AD 1951:24, allmänna bestämmelser från 1952 i AD 1955:14 och 1955:37 m fl. Se också anstaltsavtalet av år 1957 i AD 1959:16.

²⁶⁴ Se AD 1951:38.

²⁶⁵ Se AD 1960:7.

²⁶⁶ Se bl a AD 1959:18.

Av det ovan redovisade avtalet mellan Musikerförbundet och Norrköpings Orkesterförening från 1948 följer att styrelsen skall inhämta skriftliga motiveringar från orkestern och kapellmästaren, ”vilka utlåtanden skola bifogas styrelsens protokoll”, före uppsägningar.²⁶⁷

På flygets område följer av avtal mellan Transport och SAS för flygmaskinister att ett så kallat *befordringsråd*, sammansatt av fyra representanter för vardera sidan, skall finnas med uppgift bl a att yttra sig före beslut om uppsägningar.^{268 269}

Avslutningsvis kan beträffande formalierregler vid uppsägning framhållas ett avtal från hotell- och restaurangbranschen som föreskriver att uppsägningar skall ske skriftligen, och där det av en protokollsanteckning framgår att detta utgör en formföreskrift.²⁷⁰ Samma avtal innehåller också rätt för uppsagd arbetstagare att få skälig ledighet för att söka ny anställning.

2.2.6. Apriluppgörelsen 1964

I Saltsjöbadsavtalet infördes genom 1964 års aprilöverenskommelse regler om saklig grund för uppsägning.²⁷¹ I tredje kapitlet återfanns en bestämmelse av följande lydelse:

”Avskedande på grund av enskild arbetares förhållande.

§ 4

Har arbetsgivaren på grund av enskild arbetares förhållande uppsagt denne och uppstår till följd därav tvist, äger arbetarparten, om arbetaren har en sammanhängande anställningstid om minst nio månader vid företaget och uppnått 18 års ålder, hänskjuta frågan till avgörande inför arbetsmarknadsnämnden.

Arbetsmarknadsnämnden har att pröva, huruvida saklig grund förelegat för den av arbetsgivaren vidtagna uppsägningen. Finner nämnden, att uppsägning skett utan saklig grund, äger nämnden tilldöma arbetaren skadestånd.²⁷²

²⁶⁷ Se AD 1952:40.

²⁶⁸ Se AD 1961:27.

²⁶⁹ Jfr också avtal mellan Folkets Park i Malmö och Personalföreningen där från 1945, som anger att ”personalförändringar skall ske i samförstånd med personalorganisationen”, AD 1946:63. Jfr även krav på utredning vid avsked i AD 1939:88 och 1939:89.

²⁷⁰ Avtal mellan Tjänstemannaförbundet för Hotell och Restauranger och Sveriges Arbetsgivareförening för Hotell och Restauranter m fl från 1951. Se AD 1952:7. Det bör poängteras att jag inte systematiskt sökt bestämmelser om skriftlig form etc.

²⁷¹ Utöver vad som här redovisas återfanns tidigare omnämnda bestämmelser om varsel, återanställning etc, se 2 och 3 §§.

²⁷² Hämtat från Sölvén/Gustafsson Huvudavtalet mellan SAF och LO 1966 s 79.

Redan av rubriken följer att regeln om saklig grund endast avsåg uppsägningar på personliga förhållanden. Bestämmelsen ”som betecknar den principiella förändringen i arbetsgivarens uppsägningsrätt”²⁷³ kommenteras på följande sätt av Sölvén/Gustafsson:

”Man kan i huvudsak tala om två slag av objektivt godtagbara eller sakliga skäl, dels sådana skäl som hänför sig till arbetarens person 'individuella uppsägningsanledningar' (t.ex. en av arbetare i arbetet begången förseelse av allvarlig natur) och dels arbetsbrist. § 4 reglerar, som även framgår av rubriken, endast objektiva skäl av förstnämnda slag och alltså ej arbetsbristfallen.”²⁷⁴

Vid så kallad arbetsbrist, som behandlades i 6 och 7 §§ i samma kapitel under rubriken ”avskedande av andra skäl än i § 4 sägs samt permittering” fanns istället turordningsregler, vars tillämpning kunde underställas arbetsmarknadsnämndens prövning.

”§ 6

Vidtager arbetsgivaren minskning av arbetsstyrkan i sådana fall, på vilka § 2 äger tillämpning,²⁷⁵ och önskar arbetarparten förhandling med anledning av den vidtagna åtgärden, skall förhållandet anmälas till arbetarnas förbundsstyrelse, vilken, om den därtill finner skäl, äger hänskjuta frågan till handläggning inom arbetsmarknadsnämnden på sätt nedan sägs.

§ 7

Nämnden skall genom noggrann undersökning av dit hänskjuten fråga söka få en sakligt riktig uppfattning om alla de omständigheter, under vilka den påtalade åtgärden blivit vidtagen. Vid åtgärdens bedömande skall beaktas såväl produktionens beroende av arbetskraftens duglighet och lämplighet som arbetarnas berättigade intresse av trygghet i anställningen. I enlighet härmed skall hänsyn tagas såväl till nödvändigheten av att företaget i möjligaste mån betjäna av skickliga och för dess verksamhet lämpliga arbetare, som, då valet står mellan arbetare, vilka besitter lika skicklighet och lämplighet, till anställningstidens längd ävensom till särskilt stor försörjningsplikt.

Nämnden skall söka komma till samstämmig uppfattning i bedömandet av dit hänskjuten fråga och finna utvägar för utjämning av motsättningen mellan parterna. Beslut, varom flertalet i nämnden förenar sig, skall delges respektive förbund, på vilka det ankommer att i samråd med arbetsgivareföreningen respektive landsorganisationen vidtaga de åtgärder, vartill beslutet må ge anledning.”²⁷⁶

²⁷³ Sölvén/Gustafsson Huvudavtalet mellan SAF och LO 1966 s 80.

²⁷⁴ Sölvén/Gustafsson Huvudavtalet mellan SAF och LO 1966 s 80.

²⁷⁵ Dvs bestämmelsen om varsel, som anger att den är tillämplig beträffande anställningar som varat minst nio månader, min anm.

²⁷⁶ Av 8 § följer att motsvarande skall gälla vid återintagning av arbetskraft enligt 3 §.

Det kan ha visst intresse att poängtera att parterna i rubriken till arbetsbristfallen använder sig av en negativ definition; ”andra skäl än i § 4 sägs”. Här finns det således ett historiskt argument för en normativt relevant tudelning vid bedömningen av en uppsägnings saklighet. Den kritik jag nedan riktar mot dagens tudelning drabbar emellertid även den här föreliggande. Samtidigt bör det framhållas att saklighetskravet inte var generellt och det gör tudelningen mindre problematisk eftersom den här tydligare är relaterad till olika rättsverkningar. Det kollektivavtal som bör ha utgjort själva utgångspunkten för den modell som valdes i anställningsskyddslagen innefattade således en annan ordning än lagens.²⁷⁷

Andra kollektivavtal på arbetsmarknaden synes ha innehållit båda varianterna, vissa krävde generellt saklig grund, andra endast för personliga förhållanden med turordningsregler som skydd vid arbetsbristuppsägningar.²⁷⁸

Beträffande kollektivavtalssituationen för tiden mellan apriluppgårelsen och anställningsskyddslagen 1974 finns utförliga översiktliga framställningar²⁷⁹ och även om dessa endast är inriktade på de större riksavtalen ser jag intet skäl att för denna tidsperiod redovisa det i och för sig starkt begränsade antal mål med relevanta kollektivavtalsklausuler som förekommer i arbetsdomstolens praxis, då de inte tillför något nytt i förhållande till vad som hittills redovisats.²⁸⁰

²⁷⁷ Det är signifikativt för den arbetsrättsliga lagstiftningen att den vanligen tar utgångspunkt i avtal som förhandlats fram mellan arbetsmarknadens huvudparter. Undantagen synes utgöras av studieledighet, jämställdhet och etnisk diskriminering. Gemensamt för dessa exempel är att de inte rör specifika arbetsrättsliga frågor, dvs de är inte direkt kopplade till de anställdas egenskap av just anställda. Det är istället övergripande samhällsliga mål som fått rättsliga uttryck på just arbetsrättens område.

²⁷⁸ Se kollektivavtalsöversikten i SOU 1973:7.

²⁷⁹ Jag hänvisar här till kollektivavtalsöversikten i SOU 1973:7. Se också Henning Tidsbegränsad anställning 1984 s 79 ff.

²⁸⁰ Antalet mål vari från LO/SAF-området avvikande kollektivavtalsreglering återges är dessutom mycket få till antalet under denna tidsperiod. Från Transports område återfinns avtal i AD 1967:26 och 1968:19. Det kommunala området representeras i AD 1968:3, 1969:3, 1969:32 och 1972:16, Byggnads och Träindustri i AD 1972:29 respektive 1971:16 samt bankområdet i AD 1975:49.

2.3 Arbetsdomstolen och den fria uppsägningsrätten

2.3.1 Inledning

1906 års decemberkompromiss och dess implementering på förbunds nivå innebar att den fria uppsägningsrätten var positivt reglerad i kollektivavtal för en stor del av arbetsmarknaden vid den tidpunkt då arbetsdomstolen inträdde på den arbetsrättsliga arenan.²⁸¹ Långt ifrån alla arbetsgivare var emellertid medlemmar i SAF²⁸² och den i sammanhanget betydande Verkstadsföreningen fick vid sitt inträde i arbetsgivareföreningen 1917 dessutom dispens från kravet på att i sina kollektivavtal införa § 23.²⁸³ För en icke oväsentlig del av arbetsmarknaden var därför uppsägningsrätten en oreglerad fråga vid tjugotalets slut. Härtill kom att man från arbetstagarhåll även i de fall uppsägningsrätten var fastslagen i kollektivavtal hade synpunkter på och ifrågasatte dess räckvidd.²⁸⁴ Bland de initierade bör det därför ha varit med stort intresse man såg fram emot hur arbetsdomstolen skulle komma att ställa sig till dessa frågor.²⁸⁵ Domstolen höll förväntningarna uppe ett par år men det dröjde inte länge till dess den fick bekänna färg i frågan.²⁸⁶ Jag återkommer strax härtill.

I detta avsnitt redogör jag för hur frågan om den fria uppsägningsrätten hanterats av arbetsdomstolen fram till dess den allmänna anställningsskyddslagstiftningen trädde ikraft vid sjuttioalets mitt.

Jag uppmärksammar både rättsfall där principerna konstrueras, preciseras och tillämpas och sådana där domstolen, utan att principen är föremål för tillämpning, beskriver sin syn på gällande rätt eller i övrigt gör uttalanden obiter dicta.²⁸⁷ I uppläggningsdelen nedan skiljer jag inte mellan situationer då uppsägningsrätten är positivt reglerad i kollektivavtal och då sådana bestämmelser saknas.²⁸⁸ Vid redogörelsen för varje särskilt mål kommer förhållandena dock att

²⁸¹ Lag om arbetsdomstol, SFS 1928 nr 54.

²⁸² Jfr Westerståhl Svensk fackföreningsrörelse 1945 s 33.

²⁸³ Se exempelvis Henning Tidsbegränsad anställning 1984 s 58.

²⁸⁴ Detta framgår bl a av den argumentation som förs i de mål som redovisas nedan.

²⁸⁵ Se Geijer/Schmidt Arbetsgivare och fackföreningsledare i domarsäte 1958 s 117-118.

²⁸⁶ Se för en klagörande beskrivning av utvecklingen fram till AD 1932:100, Geijer/Schmidt 1958 s 117ff.

²⁸⁷ Beträffande mål där frågan inte är tvistig men uttalanden av intresse ändå förekommer har sökandet i källorna inte varit systematiskt.

²⁸⁸ I ett sammanhang, vilket här inte vidare skall uppmärksammas är det av betydelse om § 23 återfinns i avtalet eller inte. Ur AD 1944:30 har följande ställningstagande hämtats: "finns arbetsdomstolen, att när en arbetsgivarorganisation slutit ett kollektivavtal, däri inryckts bekräftelse på arbetsgivarens rätt att fritt antaga och avskeda arbetare, organisationen därmed också förpliktad sig att icke själv ingripa i denna arbetsgivarens rätt genom att giva sina medlemmar direktiv, huru de i ett särskilt fall böra förhålla sig i fråga om enskild

klargöras. Kollektivavtal som innehåller *uttryckliga* begränsningar av uppsägningsrätten (bortsett från förbud mot föreningsrättskränkningar) behandlas inte i detta avsnitt.²⁸⁹ Däremot kommer jag att behandla tvister föranledda av att arbetstagarsidan menar att kollektivavtalet i form av dess lönesystem, sjuklönebestämmelser mm innefattar en indirekt begränsning av den annars fria uppsägningsrätten. Detta sker i avsnitt 2.3.3.²⁹⁰

2.3.2 Den fria uppsägningsrätten i AD:s praxis

2.3.2.1 Tiden före AD 1932:100

I de två första mål vari den fria uppsägningsrätten underkastades arbetsdomstolens prövning var domstolen strikt formell i sina ställningstaganden.

I AD 1930:60 gjordes från arbetstagarsidan gällande det orimliga i att en arbetsgivare skulle få säga upp en person under dennes sjukdom och i AD 1931:127 hävdades från arbetstagarsidan bl a att arbetsgivarens fria uppsägningsrätt ändå måste innebära en skyldighet för arbetsgivaren att ange ett skäl för avskedande ”och att rättelse måste kunna ernås genom uppsägningens påtalande, om angivet skäl befunnes icke vara riktigt”.²⁹¹

Domstolen hänvisade blott till att arbetsgivaren enligt avtalet var tillförsäkrad fri uppsägningsrätt och det gick inte att av dessa mål dra några slutsatser om domstolens syn på frågan då avtalsbestämmelser saknades. Ur denna synpunkt är nästa mål av intresse.

I AD 1932:51 hade två arbetstagare sagts upp med hänvisning till arbetsbrist. Arbetstagarsidan menade att arbetsbrist inte förelåg. Domstolen fann att tillräckligt stöd inte fanns för påståendet om att arbetsbrist inte skulle ha förelegat och ogillade käromålet.²⁹²

arbetares antagande och entledigande”. Se samma ställningstagande och parter i AD 1954:38.

²⁸⁹ En redogörelse för förekomsten av kollektivavtal med begränsningar av uppsägningsrätten återfinns i kapitel 2 ovan. Tillämpningen av sådana bestämmelser berörs delvis i kapitel 4 och 5 nedan.

²⁹⁰ Geijer/Schmidt gör inte denna uppdelning. Jag menar den vara ändamålsenlig eftersom de rättsliga argument som framställs är klart åtskilda.

²⁹¹ Det är intressant att notera att samtidigt som arbetsgivaren bestred att någon skyldighet att uppgiva skälet skulle föreligga han ändå medgav att detta ”i regel skedde”. Här finns ett stöd för att arbetsgivarnas faktiska beteende ingalunda stämde överens med det arbetsdomstolen ansåg vara en uppenbar princip. Jfr Geijers kommentar i Geijer/Schmidt 1958 s 118-119.

²⁹² Arbetstagarledamoten (det var bara en av varje kategori i detta mål) var skiljaktig och ville bifalla käromålet då han menade det visat att arbetsbrist inte förelåg. Se Geijers kommentarer härtill i Geijer/Schmidt 1958 s 120.

Arbetsgivaren argumenterade här i sakfrågan och förefaller inte ens haft i åtanke att åberopa den fria uppsägningsrätt, som arbetsdomstolen strax därefter skulle framhålla som en självklar arbetsrättslig grundsats.²⁹³ Än mer intressant är att även domstolen ingår i en sakprövning av de av parterna åberopade förhållandena och det är på g a att domstolen godtog den av arbetsgivaren till stöd för uppsägningen åberopade grunden den avslög käromålet.²⁹⁴ En väsentlig skillnad jämfört med föregående mål är emellertid att avtalet i 1932 års fall inte innehöll någon positiv bestämmelse om fri uppsägningsrätt. I valet mellan ett principiellt utvecklat ställningstagande till den fria uppsägningsrätten och att lösa frågan genom att pröva de i målet åberopade skälen valde domstolen det senare.²⁹⁵

2.3.2.2 AD 1932:100

Domen AD 1932:100 brukar anges vara det rättsfall där principen om den fria uppsägningsrätten först kom till klart uttryck. Detta äger väl också sin riktighet. Den fråga domstolen hade att avgöra var emellertid inte om det i ett oregerat förhållande krävdes någon form av skäl för att en arbetsgivare skulle ha rätt att säga upp en anställd. I det mellan parterna gällande kollektivavtalet fanns § 23 inskriven. Domstolen valde dock att som utgångspunkt för sitt ställningstagande till den egentliga rättsfrågan utveckla sin syn på själva principfrågan:

”Bortsett från vissa specialområden saknas i svensk rätt lagbestämmelser om det enskilda arbetsavtalet. Vad angår upphörande av arbetsavtal, som slutits för obestämd tid, råder dock icke någon tvekan därom, att i Sverige lika väl som i andra länder den allmänna rättsgrundsatsen gäller, att dylikt avtal kan å ömsida sidor uppsägas till upphörande efter viss uppsägningstid och att skäl för uppsägningen icke behöver anföras, vare sig denna äger rum från den ena eller den andra sidan. Bestämmelsen i 23 § av Svenska Arbetsgivareföreningens stadgar att i kollektivavtal, som slutes av medlem i föreningen, skall intagas bestämmelse att arbetsgivaren har rätt att fritt antaga och avskeda arbetare, innebär följaktligen endast, att medlemmarna icke få genom avtal frångå den angivna allmänna rättsgrundsatsen utan äro skyldiga tillse att den bekräftas i avtalet.

Om sålunda såsom huvudregel vid ett icke tidsbestämt arbetsavtal gäller, att arbetsgivare, lika väl som arbetare, kan med iakttagande av uppsägningstid fritt uppsäga avtalet utan anförande av skäl - vilket sistnämnda innebär att det

²⁹³ Jfr Geijer/Schmidt 1958 s 121 not 17.

²⁹⁴ Även i AD 1931:127 hade arbetsgivaren argumenterat i sak beträffande uppsägningen. Av den anledningen kan man knappast hävda att domstolens sätt att hantera frågan i AD 1932:51 enbart var betingad av parternas sätt att lägga upp sin talan.

²⁹⁵ En förklaring kan vara att Lindhagen inte satt ordförande i detta mål och att det hävdats att denne i det längsta velat uppskjuta ställningstagandet, medveten om dess kontroversialitet. Se Geijer/Schmidt 1958 s 118.

bakomliggande motivet icke heller får rättsligen efterforskas - kan dock denna huvudregel på olika grunder lida vissa inskränkningar. Sålunda får till en början arbetsgivaren icke begagna uppsägningsrätten för ett syfte, som strider mot lag eller goda seder. Därest ett sådant syfte skulle misstänkas, kan tydligt också anledningen till uppsägningen göras till föremål för en rättslig undersökning. Andra inskränkningar i huvudregelns tillämplighet kunna gälla på grund av uttryckliga bestämmelser i avtal. Särskilt är det vanligt, att kollektivavtalen upptaga regler härom. Den på grund av avtal vanligast förekommande inskränkningen sammanhänger med arbetsgivarens förpliktelse att respektera föreningsrätten. De härom i avtalen givna bestämmelserna lära i allmänhet böra tolkas på det sättet, att uppsägning icke får äga rum, om avskedandet skulle innebära ett angrepp på föreningsrätten. Misstanke härom medför därför också rätt till efterforskning rörande anledningen till avskedandet. Kollektivavtal, som slutits av arbetsgivare, vilka icke tillhöra Svenska Arbetsgivareföreningen, innehålla icke sällan andra exempel på inskränkningar i arbetsgivarens rätt att, även med iakttagande av uppsägningstid, avskeda arbetare.”

Domstolen utvecklade därefter de motstående intressen som gör sig gällande i den aktuella frågan och sin egen möjlighet att ingripa häri:

”Regeln om arbetsgivarens rätt att uppsäga arbetare utan angivande av skäl betraktas på arbetsgivarsidan såsom ett av de viktigaste medlen för åstadkommande av en effektiv ledning av arbetet och därmed också för ett gott driftsresultat. På arbetarsidan betraktas däremot regeln med misstro, i det man anser, att densamma mången gång utnyttjas till avskedanden, som vid ett objektivt bedömande icke kunna försvaras utan framstå såsom orättvisa. I tider av stor arbetslöshet, då möjligheterna att efter ett avskedande vinna annan försörjning äro små, framträder detta betraktelsesätt med ökad styrka. Ett avgörande av de motsatta intressena på förevarande punkt kan icke ske annat än genom lagstiftning. Rättsskipningen har endast att träffa ett avgörande, som överensstämmer med gällande rättsregler och avtalsbestämmelser.”

Vi ser här att domstolen framställer det som om den saknade möjligheter att avgöra rättsfrågan i enlighet med arbetstagsidans ståndpunkt.²⁹⁶ Det

²⁹⁶ Genom 1906 års Decemberkompromiss hade SAF lyckats få till stånd att § 23 i dess stadgar skulle intagas i samtliga avtal mellan organisationer tillhörande SAF-LO. Priset var att man gick med på att erkänna föreningsrätten. (Jfr Hadenius Medbestämmandereformen 1983 s 21.) Genom AD 1932:100 fastslår arbetsdomstolen att SAF köpt något de redan hade. Här är inte platsen att gå in i en diskussion i det rättmätiga i den princip som uppställdes i AD 1932:100. Domstolens i AD 1932:100 konstaterande av att § 23 endast gav uttryck för en allmän rättsgrundsats som inte ens arbetsgivarsidan menade utgjorde något nytt saknar dock trovärdighet om man betraktar de strider som föregick decemberkompromissen (jfr Hultén Arbetsrätt och klassherravälde 1973 s 53ff). Jfr även för en översiktlig historik Per Eklund Rätten i klasskampen 1974 s 286 ff. Se också Geijer/Schmidt 1958, bl a s 117, om de ställningstaganden som bl a gjordes av Centrala skiljenämnden under Lindhagens ledning 1926. Schmidt kritiserar (Kring tjänsteavtalets rättskällor 1957) dom-

bör då framhållas att det är domstolen som i detta mål formulerar den rättsgrundsats som den sedan anser sig förpliktad att följa.²⁹⁷ När domstolen också framhåller att ett avgörande av de motstående intressen som respektive parter ståndpunkter ger uttryck för endast kan ske genom lagstiftning döljer den, genom tillämpningen av en förutsatt redan existerande allmän rättsgrundsats, att den faktiskt själv tar ställning i denna tvist. Det förhållandet att arbetstagarledamöterna var skiljaktiga understryker denna kritik mot majoritetens sätt att framställa sakernas tillstånd. Minoriteten, som var oeniga med övriga i själva principfrågan,²⁹⁸ utvecklade sin ståndpunkt på följande sätt:

”Med hänsyn till arbetsavtalets praktiska tillämpning kunna vi icke dela majoritetens mening, att arbetsgivare vid entledigande av arbetare endast ha att hänvisa till vad som i avtalet stadgats rörande rätten att fritt antaga eller avskeda arbetare. Visserligen saknas i Sverige lagstiftning om det enskilda arbetsavtalet, men vid tolkning av en avtalsbestämmelse av det innehåll, varom i detta mål är fråga, kan man enligt vår mening icke få, såsom majoriteten gör, enbart bedöma tvisten med hänsyn till avtalsbestämmelsens formella innehåll.

Inom skilda avtalsområden gäller nog i praktiken såsom huvudregel för arbetsavtalet, att en arbetare icke entledigas såvida behov av hans arbetskraft förefinns och han är för arbetet lämplig. I de enstaka fall, där man icke iakttagit nämnda huvudregel, förekommer rätt vanligt, att arbetarna genom sin organisation påtala ett sådant förfarande, varefter arbetsanställningen ordnas oftast till båda parternas belåtenhet. En dylik utveckling av arbetsavtalets tillämpning är enligt vår mening i det praktiska arbetet av större rättsverkande betydelse än avtalets formella avfattning. Denna utveckling, som för de båda parterna inom arbetsavtalets område blivit av så stor betydelse, har av domstolsmajoriteten icke beaktats.”²⁹⁹

stolens ställningstaganden till den fria uppsägningsrätten men visar ändå en förståelse för hur domstolen dömde mot bakgrund av den tidens värderingar. Han menade dock att nu, dvs 1957, är läget ett annat. Se också Sigeman Om rättsbildning och prejudikatlära i arbetsdomstolen 1977 s 204.

²⁹⁷ Man hade således inte tagit till sig Hägerströms och Lundstedts kritik mot föreställningarna om att rätten är något domstolen söker sig fram till.

²⁹⁸ De accepterade således inte den fria uppsägningsrätten bara av det skälet att den var positivt reglerad i avtalet. Jfr ovan 2.3.1.

²⁹⁹ Vi ser här att arbetstagarledamöterna finner det relevant att beakta vad som kan anses utgöra normalt beteende när man tar ställning till innehållet i en rättsnorm. Här tycks det föreligga en principiell skillnad i synsätt bestående i att arbetsgivarsidan med - i detta mål - domstolsmajoritetens instämmande möjligen kan tillstå att det sociala/ekonomiska varat kan utgöra ett socialt/ekonomiskt "böra" medan arbetstagsidan menar att ett socialt/ekonomiskt vara dessutom är relevant som ett rättsligt "böra". Att det var skillnad på hur arbetsgivarna faktiskt betedde sig och vad de var beredda att acceptera som rättslig norm framgår också av de diskussioner som föranledde Saltsjöbadsavtalets reglering av dessa frågor, se Casparsson Saltsjöbadsavtalet i historisk belysning 1966 s 157 ff.

Rättsfrågan i målet var huruvida det förhållandet att arbetsgivaren uppgivit viss grund för uppsägningen medför att den uppgivna grunden kan bli föremål för rättslig prövning. Denna uppfattning från arbetstagsidan avfärdade domstolen med följande utläggning:

”Arbetsgivaren har, liksom arbetaren, rätt att själv bestämma, huruvida han genom uppsägning vill göra sig fri från anställningsförhållandet.³⁰⁰ Såväl arbetsgivaren som arbetaren har tillika rätt att hemlighålla skälet för en sin uppsägningsåtgärd. Men föredrar den, som uppsäger, att uppgiva skälet, kan detta icke rimligen för honom medföra oförmånligare ställning i fråga om uppsägningsrättens utnyttjande, även om skälet i själva verket skulle vara sakligt ogrundat. Det må också i detta sammanhang erinras om den brist på konsekvens, som skulle komma att utmärka rättsskipningen, om uppsägningsrättens fria utövande kunde bli beroende av en sådan tillfällighet som att skäl för avskedandet framförts eller icke framförts; ofta kan för övrigt icke avgöras, huruvida ett skäl blivit uppgivet, nämligen i de talrika fall, där intet yttrats men anledningen är uppenbar för var och en.”

Denna domstolens ståndpunkt till den egentliga rättsfrågan i målet är en ofrånkomlig konsekvens av själva principen om en fri uppsägningsrätt och det är väl inte heller på denna punkt domstolen utsatts för kritik.³⁰¹

Vid sidan av att domstolen i förevarande mål slog fast principen om den fria uppsägningsrätten är det väsentligt att framhålla att domstolen samtidigt försåg densamma med begränsningar; en uppsägning fick inte ske i strid med lag eller goda seder.

2.3.2.3 Principen förstärks; AD 1933:159

I AD 1933:159, gjorde domstolen följande uttalanden om rättsläget:

”I anslutning till vad arbetsdomstolen redan tidigare i dom nr 100/1932 anfört vill arbetsdomstolen betona, att i Sverige lika väl som i andra länder gäller en allmän rättsgrundsats av innehåll, att ett enskilt arbetsavtal, som slutits för obestämd tid, kan av såväl arbetsgivaren som arbetaren fritt uppsägas till upphörande efter viss uppsägningstid. Arbetaren kan således icke tvinga sig kvar i en

³⁰⁰ Anatole France skulle ha tilltalats av detta uttryck för likhetsprincipen.

³⁰¹ Det måste ha funnits betydligt bättre fall för arbetstagsidan att ta upp om man nu ville ha själva principfrågan avgjord. Det är trots allt inte uteslutet att en annan huvudfråga hade tvingat eller förmått domstolen att anlägga ett annat synsätt på själva principfrågan om den fria uppsägningsrätten. Å andra sidan kan hävdas att domstolen ingalunda var tvingad att göra en längre utläggning om den fria uppsägningsrätten. Den hade kunnat stanna vid ett konstaterande av, och med hänvisning till sina tidigare mål, att kollektivavtalet angav att arbetsgivaren hade en fri uppsägningsrätt. En förklaring till att ställningstagandet *inte* gjordes i AD 1932:51 kan, som nämnts ovan, möjligen vara att domstolens ordinarie ordförande, Lindhagen, då inte ledde förhandlingarna.

anställning, som arbetsgivaren vill häva, lika litet som arbetsgivaren kan tvinga arbetaren att stanna kvar i arbete, som denne vill lämna.

För att en arbetsgivares berörda rätt att fritt avskeda arbetare, som anställts på obestämd tid, skall lida inskränkning, fordras alltså ett förbehåll i avtal, enskilt arbetsavtal eller kollektivavtal. Hava i ett kollektivavtal några regler om dylik inskränkning icke upptagits, gäller arbetsgivarens rätt oförändrad, även om den icke uttryckligen bekräftats i avtalet.”³⁰²

Twisten i målet rörde tillåtligheten av en stridsåtgärd från Metallindustriarbetareförbundets sida syftandes till att förmå en arbetsgivare att återta ett antal personer som förbundet menade hade avskedats orättmätigt. Parterna var bundna av verkstadsavtalet, som till följd av den ovan nämnda dispensen saknade § 23. Uppsägningsrätten var således inte uttryckligen reglerad i avtalet. Med hänvisning till vad som ovan citerats innebar emellertid detta enligt domstolen att ”verkstadsföreningens medlemmar enligt avtalet (var) bibehållna vid nämnda rätt”. Till följd härav befanns den aktuella stridsåtgärden otillåten eftersom den var ”anlagd på att åstadkomma en ändring i den reglering, som skett genom kollektivavtalet”. Det domstolen här gör är att den tillmäter principen om fri uppsägningsrätt sådan vikt att den anses vara en del av gällande kollektivavtal trots att den inte framgår av avtalet.³⁰³ Det var följaktligen i detta mål domstolen kom att formulera och tillämpa principen om, vad Suviranta³⁰⁴ senare skulle komma att beteckna, dolda klausuler.³⁰⁵

Schmidt har riktat en i mitt tycke mycket tung kritik mot domstolen i detta avseende.³⁰⁶ Domstolen har, enligt Schmidt, bortsett från att vi rör oss med reglering på olika nivåer. Rätten att säga upp en arbetstagare är en norm som gäller direkt på anställningsavtalsplanet och kan mycket väl fungera där utan att dessutom behöva vara befäst i kollektivavtalet.³⁰⁷ Ma-

³⁰² Domstolen poängterade därefter att § 23 inte avsåg att skapa en ny befogenhet för arbetsgivarna och förtydligade i ordalag vi känner igen från AD 1932:100: "Den innebär alltså, att föreningens medlemmar icke må avvika från den angivna allmänna rättsgrundsatsen utan äro skyldiga tillse, att denna för säkerhets skull bekräftas i upprättade kollektivavtal."

³⁰³ Och kollektivavtalsstatus krävde då som nu skriftlig form, se 1 § 1 st KAL (SFS 1928:253) jfrt med 23 § MBL. Möjligen kan hävdas att formkravet då borde gjort fenomenet dolda klausuler än mer tveksamma eftersom formkravet vid den tiden synes ha inneburit att bestämmelser på området saknade verkan om de inte hade skriftlig form.

³⁰⁴ Suviranta Invisible clauses in collective agreements 1965.

³⁰⁵ Se härom bl a Göransson Hidden Clauses in Collective Agreements 1990 och Göransson Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument 1988 s 246ff.

³⁰⁶ Se exempelvis Schmidt Kollektiv arbetsrätt 1950 s 180, Arbetsrätt I 1972 s 194-95 och tydligare i Facklig arbetsrätt, andra upplagan 1979 s 221-222. Jfr också Geijer/Schmidt 1958 s 127 not 21 med ytterligare hänvisningar till äldre källor.

³⁰⁷ Jfr även Sigeman Om rättsbildning och prejudikatlära i arbetsdomstolen 1977 s 205.

teriellt tillförs därigenom intet nytt. Enda effekten är att fredsplikt råder i frågan.

2.3.2.4 Principen testas; turordning och sjukdom

Redan i ett par mål från 1933-34 försökte arbetstagarsidan få domstolen att ompröva sina ställningstaganden till den fria uppsägningsrätten men vann inget gehör.

I AD 1933:50 gjorde arbetstagarsidan³⁰⁸ gällande att arbetsgivaren, genom att säga upp personal p g a arbetsbrist utan att följa turordning efter anställningstid, gjort sig skyldig till kollektivavtalsbrott.³⁰⁹ Grunden härför var något oklar men det påstods att principen vunnit hävd, att den var allmänt tillämpad och hade karaktär av rättssats etc.³¹⁰ Arbetsgivaren hänvisade till den i avtalet uttryckta principen om fri uppsägningsrätt och bestred förekomsten av någon särskild rättsgrundsats av påstått slag. Domstolen var mycket kortfattad när den fastslog att ”bolaget varken på grund av särskild rättsregel eller bestämmelse i avtalet varit förpliktat att vid verkställande av entlediganden på grund av arbetsbrist iakttaga någon särskild turordning efter anställningstidens längd”.³¹¹

I AD 1934:64 ansågs en arbetsgivare inte ha handlat avtalsstridigt genom att säga upp en arbetstagare då denne var sjuk.³¹²

2.3.2.5 Första uppsägningen i strid med lag och goda seder

I AD 1935:110 gör domstolen följande uttalande:

”Arbetsgivarens rätt att fritt avskeda arbetare har i detta fall uttryckligen bekräftats genom bestämmelse i det tillämpliga riksavtalet. Vid utövningen av den honom sålunda tillkommande rätten har emellertid (arbetsgivaren) att iakttaga de inskränkningar, som kunna följa av allmänna rättsgrundsatser. Och det kan icke anses tillåtet för en arbetsgivare att avskeda en arbetare uteslutande därför att denne påfordrar iakttagande av laga föreskrifter, vilkas överträdande kan medföra ansvar för honom själv. Visserligen torde arbetsledningen i detta fall hava varit i god tro beträffande lastens tyngd, men då (arbetstägaren) hävdade en annan mening, borde med hänsyn till hans intresse kontrollvägning hava ägt rum omedelbart.”

³⁰⁸ Ett antal enskilda arbetstagare sedan dess organisation avstått från att företräda dem.

³⁰⁹ Jfr AD 1933:19, där emellertid argumentationen var en annan.

³¹⁰ Här ser vi åter exempel på att man från arbetstagarsidan anser faktiskt beteende vara rättsligt relevant.

³¹¹ Domen var enhällig.

³¹² Rätten att fritt avskeda var uttryckligen reglerad i avtalet men här var inte sjukersättning reglerad och domstolen var enig på denna principiella punkt. Jfr också AD 1935:8.

Domstolen fann att skälet till avskedandet var att den anställda vägrat köra med för tung last och förpliktigade arbetsgivaren att återintaga den uppsagde i tjänst. Här tillämpar således domstolen den begränsningsprincip som uppställdes i samband med att den fria uppsägningsrätten som rättslig utgångspunkt fastslogs i AD 1932:100.

2.3.2.6 Principen utvecklad; AD 1936:121

I AD 1936:121 utvecklar domstolen den fria uppsägningsrättens princip och anger vad som gäller då olika modeller valts för bekräftelse eller inskränkningar:

”På sätt arbetsdomstolen i tidigare domar framhållit, gäller i svensk rätt den allmänna rättsgrundsatsen, att ett arbetsavtal, som slutits för obestämd tid, kan av såväl arbetsgivaren som arbetaren bringas att upphöra med användande av avtalad eller skäligen uppsägningstid och att det bakomliggande motivet för uppsägningen i och för sig är utan rättslig betydelse. Huruvida denna rättsgrundsats är tillfredsställande eller icke tillkommer det icke arbetsdomstolen att bedöma, utan har arbetsdomstolen att i likhet med andra domstolar tillämpa densamma, så länge den icke genom lagstiftningsåtgärd blivit ändrad. I visst avseende har en sådan ändring skett genom det i 3 § av lagen den 11 september 1936 om förenings- och förhandlingsrätt upptagna stadgandet att föreningsrätten skall lämnas okränkta.

Vid upprättandet av kollektivavtal kunna de avtalsslutande parterna intaga tre olika ståndpunkter till ifrågakvarande rättsgrundsats. Parterna kunna till en början iakttaga tystnad, d.v.s. underlåta att i avtalet beröra frågan om förutsättningarna för arbetsavtalets upphörande. Den omförmälda rättsgrundsatsen måste då anses gälla vid sidan av avtalet. Ett exempel på de rättsverkningar, som härav kunna förledas, finnes i arbetsdomstolens dom nr 159 för år 1933. Eftersom rättsgrundsatsen icke är av s. k. tvingande natur, kunna parterna vidare genom avtalet stadga avvikelser därifrån, och dessa avvikelser skola då i rättstillämpningen beaktas. Arbetsdomstolens praxis erbjuder talrika exempel härpå. De i kollektivavtalen inrymda eller underförstådda reglerna om respekterande av föreningsrätten äro att räkna till undantag, varom nu är fråga. Slutligen kunna parterna i avtalet bekräfta, att den ifrågakvarande rättsgrundsatsen skall gälla, eventuellt med vissa i avtalet angivna undantag på sätt ovan sägs.--

Emellertid torde den uti omförmälda rättsgrundsats inbegripna regeln att det bakomliggande motivet saknar rättslig betydelse icke vara alldeles utan undantag. Man lærer våga antaga, att på grund av en annan allmän rättsprincip uppsägning av ett arbetsavtal kan fränkännas verkan, om uppsägningen skett uteslutande i ett olagligt eller verkligt omoraliskt syfte. Samma begränsning måste då antagas gälla också i fråga om tillämpningen av en avtalsbestämmelse, varigenom arbetsgivarens fria rätt att avskeda arbetare blivit bekräftad. Det är icke möjligt att närmare än här skett fastslå, när undantag från arbetsgiva-

rens rätt att fritt avskeda arbetare kan ifrågakomma på nu angiven grund, utan måste detta spörsmål bedömas från fall till fall. I domen nr 110 för år 1935 har arbetsdomstolen av anledning, som nu avses, ansett att arbetsgivare icke ägt rätt att avskeda arbetare.”³¹³

Här får vi åter veta att det inte ankommer på domstolen att avgöra huruvida den av domstolen själv fastställda principen om fri uppsägningsrätt är tillfredsställande eller inte. Samtidigt tonar domstolen ned dess rättsliga status genom att framhålla att rättsgrundsatsen inte är av tvingande natur. Härigenom kan domstolen med bibehållen systemkonsistens också förklara varför det är tillåtet att avtala om avvikelser från denna grundsats. Men inte nog med detta. Domstolen *lärer våga antaga* att det svävar omkring en annan allmän rättsgrundsats, nämligen det i AD 1932:100 i andra termer angivna undantaget för uppsägningar i strid med goda seder.³¹⁴

2.3.2.7 Rättsgrundsatsernas gränser stakas ut

Under en tjuogoårsperiod får domstolen flera fall på sitt bord där det görs gällande att en uppsägning skett i strid med goda seder eller motsvarande. Domstolen är restriktiv och klargör bl a att det förhållandet att en uppsägning framstår som obillig inte är ett skäl att frångå principen om fri uppsägningsrätt. Det förefaller inte som om vare sig 1938 års saltsjöbadsavtal eller 1946 års företagsnämndsavtal avsatte några nämnvärda spår i AD:s rättstillämpning rörande den fria uppsägningsrätten.³¹⁵

I den nyss berörda domen, *AD 1936:121*, gjorde arbetstagar sidan gällande att en uppsägning av en anställd på g a att dennes son, som tidigare varit anställd hos bolaget, startat en med arbetsgivaren konkurrerande verksamhet i så hög grad stred mot det allmänna rättsmedvetandet att den i kollektivavtalet stadgade fria uppsägningsrätten inte fick användas i sådant syfte. Efter att ha utvecklat principen om den fria uppsägningsrätten, enligt citatet i föregående avsnitt,

³¹³ Av det sätt varpå domstolen formulerar sig får man intrycket av att dess uppgift blott är att framleta redan existerande principer i en över vardagsverkligheten svävande normvärld som alltid har en norm tillhands, om än det kan kräva viss möda att finna den och man får intryck av att det också är så den tror sig gå tillväga. Det är ett påtagligt normativistiskt synsätt som här kommer till uttryck.

³¹⁴ Det är att notera att domstolen här talar om en *annan* allmän rättsprincip som innebär att "uppsägning av ett arbetsavtal kan fränkännas verkan, om uppsägningen skett uteslutande i ett olagligt eller verkligt omoraliskt syfte". Göransson har med anledning härav talat om att målet, tillsammans med 1932:100 och 133:159, ger uttryck för att det fanns två dolda klausuler: en om den fria uppsägningsrätten och en med den nyssnämnda begränsningen (Göransson Kollektivavtalet som fredspliktinstrument 1988 s 252).

³¹⁵ Jfr nedan under 2.4.3 och Geijer (Geijer/Schmidt 1958 s 177 och 182) som menar att det fanns ett direkt samband mellan tillkomsten av Saltsjöbadsavtalet och AD:s svängning i benägenheten att ge turordningsreglerna en mer vidsträckt tolkning.

kom domstolen fram till att anledning saknades att pröva huruvida en uppsägning som skett i syfte att förmå sonen att upphöra med sin verksamhet alternativt utöva hämnd p g a den konkurrens verksamheten innebar stod i överensstämmelse med kollektivavtalet. Domstolen menade nämligen att skälet till uppsägningen var att risk förelåg för att den avskedade skulle sprida kunskaper till sin son om tillverkningsmetoder etc.³¹⁶ Detta utgjorde enligt domstolen intet obehörigt utnyttjande av den fria uppsägningsrätten, varför käromålet ogillades.³¹⁷

I AD 1937:80 gjorde arbetstagsidans gällande att grunden för ett avskedande var att den anställda anmält arbetsgivaren till hälsovårdsnämnden för att denne i sitt bageri använt otjänliga råvaror. Domstolen, som fann att detta inte utgjorde den verkliga uppsägningsgrunden, klargjorde ändå gränserna för den fria uppsägningsrättens utövande genom att konstatera att det ”icke råda någon tvekan därom, att ett avskedande på sådana grunder, som av förbundet i målet angivits, skulle vara otillåtet.”

I AD 1946:67 hade en kvinnlig kontorist sagts upp sedan hon efter att ha jobbat nattsift fram till kl 3 på morgonen vägrat att inställa sig till tjänst före kl 16 samma dag. Arbetstagsidans gjorde gällande att uppsägningen stred mot allmän moral eller i övrigt var rättsstridig. Domstolens majoritet³¹⁸ fann så inte vara fallet och klargjorde³¹⁹ att utrymmet för att angripa en uppsägning på sådan grund är starkt begränsad:

”Det är tydligt, att snäva gränser måste dragas upp för detta slags undantag från den i kollektivavtalet bekräftade grundsatsen; *ett förfarande kan således väl framstå såsom obilligt utan att det kan sägas vara rättsstridigt eller verkligen strida mot allmän moral.*”³²⁰

I AD 1948:30 gjorde arbetstagsidans gällande att en arbetstagare sagts upp sedan han p g a sjukdom förklarat att han inte kunde utföra visst arbete om han inte erhöll andningsmask och menade att uppsägningen, inte minst mot bakgrund av arbetstagarens långa anställningstid (20 år), stred mot goda seder. Domstolen gick på arbetsgivarsidans linje och menade att det inte var styrkt att arbetstagaren i samband med arbetsvägran gjort några hänvisningar till sin sjukdom och inte heller att arbetsgivaren i övrigt informerats om de problem arbetstagaren hade. Det bör framhållas att arbetsgivaren var ett åkeri och att

³¹⁶ "Från bolagets synpunkt måste det emellertid framstå som synnerligen olämpligt att i sin tjänst hava en (sonen) så närstående person, som kan bringas i frestelse att förråda arbetsmetoder, som enligt sin natur böra bevaras hemliga".

³¹⁷ Arbetstagarledamöterna reserverade sig och menade att syftet måste ha varit att bolaget velat hämnas på konkurrenten och för detta syfte utnyttjat en anställd. En sådan uppsägning menade man inte kunde "tillerkännas rättslig verkan" och ville därför bifalla käromålet.

³¹⁸ Arbetstagarrepresentanterna menade uppsägningen vara rättsstridig.

³¹⁹ Efter att med hänvisning till AD 1936:121 ha redogjort för rättsläget. Jfr också de mer begränsade uttalandena i AD 1948:30.

³²⁰ Min kursivering.

den omförmälda arbetsvägran skett hos en av dennes kunder. Även med detta förhållande beaktat framstår ändå AD:s tillämpning av den fria uppsägningsrättens princip som synnerligen sträng och onyanserad.³²¹

I ett annat mål från sent fyrtiotal, *AD 1948:61*, förekommer allmänna uttalanden om den fria uppsägningsrätten och dess begränsningar:

”I ... riksavtalet stadgas, att arbetsgivaren äger fritt avskeda arbetare. Väl är denna rätt, på sätt arbetsdomstolen haft anledning att tidigare uttala, icke helt undantagslös. Förutom den begränsning, som följer av föreningsrättens skyddande, måste sålunda anses gälla, att avskedandet icke får ske av anledning eller i syfte som är rättsstridigt eller verkligen strider mot allmän moral.”

Även om det är begränsningarna och det förhållandet att den fria uppsägningsrätten är inskriven i avtalet som i första hand beskrivs kan någon ändring av det principiella synsättet inte skönjas. Detta bekräftas också i senare mål.

I *AD 1952:37* gjorde arbetsdomstolen vissa uttalanden angående uppsägning p g a sjukdom då arbetsgivaren var tillförsäkrad en fri uppsägningsrätt. Rättsfrågan i målet var om den anställde som sagts upp p g a arbetsbrist ägde rätt till uppsägningslön trots att hon var sjukskriven. Även om således inte själva uppsägningsrätten vid sjukdom var tvistig använde dock både domstolen och arbetsgivaren denna som en del i sin argumentation.³²² I här relevanta delar av domskälen uttryckte sig domstolen sålunda:

”Såsom framgår av tidigare domar av arbetsdomstolen utgör den omständigheten, att en arbetare på grund av sjukdom är frånvarande från arbetet, icke hinder för arbetsgivaren att under sjukdomstiden begagna sin avtalsenliga rätt att uppsäga arbetaren”.

2.3.2.8 Tidigt sextiotal; synsättet består

I *AD 1962:34* gjorde en arbetstagarare gällande att uppsägningen av honom skett i strid med goda seder och var uppenbart obillig. Domstolen, som fann att uppsägningen skett p g a bl a samarbetssvårigheter, kom fram till att uppsägningen inte var angripbar. Mellan parterna gällde § 23.

De rättsliga förhållandena var desamma i *AD 1963:18*. En enhällig domstol, som här klart markerar att utrymmet för tillämpning av principen om goda seder är begränsad, uttalade:

”Hasselblad har av bolaget sagts upp från sin anställning under hänvisning till att han vägrat att efterkomma bolagets uppmaning att upphöra med en natttid bedriven bisyssla. Bolaget har visserligen icke haft stöd för uppsägningen i någon föreskrift i kollektivavtalet som skulle begränsa arbetstagararens rätt att fritt förfoga över sin fritid. Ej heller har arbetsgivarparterna velat påstå att Hassel-

³²¹ Det bör framhållas att domen var enhällig.

³²² Arbetsgiversidan hänvisade uttryckligen till det ovan refererade målet *AD 1930:60*.

blad till följd av att han med sin anställning hos bolaget förenat sysslan hos tidningsföretaget misskött sitt arbete. Vare sig uppsägningen med hänsyn härtill och till Hasselblads långa anställningstid och den likaledes långa tid, under vilken han innehåft sin bisyssla, framstår som obillig eller ej, äro emellertid enligt arbetsdomstolens mening omständigheterna icke sådana att bolaget varit förhindrat att utöva sin i kollektivavtalet inskrivna fria uppsägningsrätt.”

Särskilt sistnämnda mål visar en fullständig motvilja från domstolens sida mot att förändra det synsätt och de principer den slog fast drygt trettio år tidigare.³²³

2.3.2.9 Sju år före LAS; principen alltjämt gällande

I AD 1967:17 gjorde en arbetstagar, som saknade stöd av sin fackliga organisation, gällande att hon uppsagts i strid med i första hand föreningsrättens regler, i andra hand regeln om saklig grund i huvudavtalet och i sista hand att uppsägningen stått i strid med lag och goda seder. Domstolen gör i målet inledningsvis följande allmänna uttalande om rättsläget:

”I domen 1932 nr 100 uttalade arbetsdomstolen i fråga om arbetsavtal som slutits för obestämd tid, att det gällde som allmän rättsgrundsats att de kunde å omse sidor uppsågas att upphöra efter viss uppsägningstid. Arbetsdomstolen erinrade emellertid om att huvudregeln om fri uppsägningsrätt kunde vara inskränkt; bl.a. kunde arbetsgivaren inte begagna uppsägningsrätten för ett syfte som stred mot lag och goda seder. Andra inskränkningar kunde gälla på grund av uttryckliga bestämmelser i avtal. *Dessa uttalanden äger alltjämt giltighet.*”³²⁴

Domstolen³²⁵ fann att uppsägningen haft sin grund i att arbetsgivaren sökt åstadkomma lugn på arbetsplatsen med hänsyn till de motsättningar som rått mellan den uppsagde och övriga arbetstagar varför uppsägningen heller inte ansågs strida mot lag eller goda seder.³²⁶

³²³ Domen var enhällig.

³²⁴ Min kursivering.

³²⁵ Som ansåg sig sakna behörighet att pröva uppsägningens överensstämmelse med huvudavtalets bestämmelser och att arbetstagaren inte lyckats sannolikhöja föreningsrättskränkande syfte. Det bör poängteras att domstolen slog fast att huvudavtalets regler inte innebar någon ändring av i övrigt gällande regler om begränsningar i uppsägningsrätten. Även om det enligt huvudavtalet endast kunde bli fråga om skadeståndssanktion för brott mot kravet på saklig grund gällde alltjämt möjligheten för domstolen att ålägga arbetsgivare att återtaga en arbetstagar som uppsagts i strid principen om att uppsägning inte får stå i strid med lag eller goda seder.

³²⁶ Sedan arbetstagaren begärt resning och högsta domstolen beviljat ansökan, på grund av att arbetsdomstolens beslut om att låta arbetsgivarparterna först vid huvudförhandlingen göra invändning om att arbetsdomstolen saknade behörighet att pröva frågan om saklig grund enligt huvudavtalet ansågs uppenbart strida mot lag, kom frågan åter upp till pröv-

I AD 1967:22 befanns en uppsägning som föranletts av att en arbetstagarare vägrat köra med för tung last stå i strid med lag och goda seder. Be-
träffande den principiella rättsfrågan konstaterade domstolen endast kort
att kollektivavtalet tillförsäkrade arbetsgivaren fri uppsägningsrätt men att
denna enligt vad domstolen tidigare uttalat inte fick användas i strid med
lag och goda seder.³²⁷

I AD 1967:26 gjordes gällande att en uppsägning var ”uppenbart obil-
lig” och att den arbetsgivaren enligt gällande kollektivavtal tillkommande
fria uppsägningsrätten inte fick användas i sådant syfte. I domskälen be-
kräftar domstolen sin restriktiva hållning men ger samtidigt en öppning för
ett mer nyanserat synsätt:

”Även i fall, då kollektivavtal innebär i princip fri rätt för arbetsgivare att säga
upp arbetstagarers anställningsavtal, är denna rätt underkastad begränsningar. I
vissa lagar stadgas förbud mot uppsägning under där angivna omständigheter.
Såsom arbetsdomstolen fastslagit i åtskilliga domar får den fria uppsägnings-
rätten inte heller eljest begagnas för ett syfte, som strider mot lag och goda se-
der eller - med ett annat uttryckssätt - som kan sägas vara rättsstridigt eller
verkligen strida mot allmän moral (jfr bla. arbetsdomstolens domar 1932 nr
100, 1946 nr 67 och 1967 nr 22). För nu åsyftade inskränkningar i den fria
uppsägningsrätten har arbetsdomstolen i sin rättstillämpning dragit snäva grän-
ser. Sålunda har det förhållandet i och för sig, att arbetstagarers skiljande från
anställningen framstätt som obilligt, inte ansetts utgöra hinder för uppsägning.
Det bör emellertid beaktas, att gränsdragningen inte är en gång för alla given
utan kan påverkas vid förändringar av rättsuppfattningen på arbetsmarknaden
rörande uppsägningars tillbörlighet i vissa situationer.”

Skälet till den i målet ifrågasatta uppsägningen befanns vara att arbetstaga-
ren vid ett besök av yrkesinspektionen besvarat deras frågor om förhållan-
dena på arbetsplatsen och att arbetsgivaren menat att arbetstagararen härvid
förfarit illojalt. Domstolen, som fann att arbetstagararen endast fullgjort ar-
betarskyddslagstiftningens intentioner och att det inte kunnat visas att han
agerat illojalt, förklarade uppsägningen ogiltig såsom stridande mot lag
och goda seder.

Båda de sistnämnda målen följer upp ställningstaganden från trettioalet
och kan i sig själva inte sägas ge uttryck för att domstolen börjat svänga i
sin uppfattning om den fria uppsägningsrättens principiella innebörd. Att

ning i AD 1970:24. Domstolen fann här att arbetsgivaren inte lyckats fullgöra "sin bevis-
skyldighet i fråga om rättmätigheten av bolagets beslut att säga upp" arbetstagararen och fann
därför uppsägningen inte vara sakligt grundad.

Se här Källströms kritik mot att Henning inte uppmärksammar att principen från 1932:100
inte upprepas i 1970 års dom i Anmälan av Henning Tidsbegränsad anställning SvJT 1986
s 450.

³²⁷ Jfr AD 1935:110.

det inte rör sig om något förändrat synsätt förstärks också av utgången i AD 1967:17. Inte heller apriluppgårelsen satte således några spår i domstolens ståndpunktstagande till den fria uppsägningsrätten.³²⁸

2.3.2.10 LAS tillåts påverka

Först efter LAS ikraftträdande kände sig domstolen mogen att reellt förändra sitt synsätt. AD 1976:33 rörde tillåtligheten av en uppsägning som skett strax före LAS ikraftträdande³²⁹:

”Som har framgått i det föregående var bolaget inte bundet av kollektivavtal i förhållande till Thelma när hon avskedades. Någon på kollektivavtal grundad begränsning i bolagets rätt att uppsäga Thelmas anställning har därför inte förelegat. Det finns heller inget stöd för att grunda någon sådan begränsning på innehållet i Thelmas anställningsavtal... Frågan blir i stället om någon annan omständighet hindrat bolaget från att uppsäga Thelma från hennes anställning.

Avskedandet skedde före anställningsskyddslagens ikraftträdande den 1 juli 1974. I ett fall som det förevarande ansågs då gälla en i princip fri rätt för arbetsgivare att uppsäga arbetstagares anställningsavtal. Denna uppsägningsrätt var emellertid underkastad begränsningar. I vissa lagar fanns förbud mot uppsägningar under där angivna omständigheter. Ytterligare gällde att den fria uppsägningsrätten inte heller annars fick användas i ett syfte som stred mot lag och goda seder. Snäva gränser hade emellertid uppdragits i rättspraxis vid tillämpningen av denna inskränkning i uppsägningsrätten. Som arbetsdomstolen framhöll i domen 1967 nr 26 var denna gränsdragning emellertid inte en gång för alla given utan kunde påverkas vid förändringar av rättsuppfattningen på arbetsmarknaden rörande uppsägningars tillbörlighet i vissa situationer. Utan att närmare gå in på frågan finner arbetsdomstolen anledning uttala att rättsläget på detta område vid den tid som är aktuell i målet inte kan ha lämnats opåverkat av den lagstiftning rörande anställningsskyddet som då redan hade beslutats av statsmakterna och som inom kort skulle träda ikraft (jfr även uttalandet i förarbetena till den sk äldrelagen rörande principen om arbetsgivarens fria uppsägningsrätt, prop 1971:107 s 62-63).”

Domstolen fann därefter uppsägningen, som ansågs ha föranletts av bl a olovlig frånvaro men utan att arbetsgivaren vidtagit några åtgärder för att undersöka skälen till bortovaron, vara oberättigad och tilldömde arbetstagaren ekonomiskt skadestånd.

³²⁸ Jfr dock Arbetsdomstolens ordförande remissvar till äldrelagsutredningen, vilket återges nedan i avsnitt 2.4.6.

³²⁹ Närmare bestämt i maj 1974.

2.3.3 Påstådda begränsningar i uppsägningsrätten med hänvisning till avtalets bestämmelser i övrigt mm

2.3.3.1 Inledning

Även om arbetsgivares rätt att avskeda inte är uttryckligen begränsad måste ändå hänsyn tas till andra i avtalet förekommande bestämmelser eller avtalets uppbyggnad. En sådan reservation förekommer i regel i anslutning till att den fria uppsägningsrätten slås fast i avtalen genom att det anges att rätten utövas ”med iakttagande av avtalets bestämmelser i övrigt” eller motsvarande.

Ett citat från AD 1933:87 är ägnat att belysa vad som står i förgrunden för detta avsnitt:³³⁰

”Vad angår den första huvudfrågan, har såsom stöd för att arbetsgivaren skulle äga befogenhet att ensidigt bestämma om ändringar i manskapslistorna åberopats, att ett motsatt förhållande skulle strida mot arbetsgivarens allmänna rätt att leda och fördela arbetet samt att fritt antaga eller avskeda arbetare. Denna rätt är emellertid icke av en absolut karaktär med ett för alla fall fixerat innehåll. På grund av bestämmelser i kollektivavtal kan medinflytande hava beretts arbetarna i frågor, som begreppsmässigt höra till den arbetsledande verksamheten, och omfattningen av arbetsgivarens rätt i avseende å denna verksamhet kan följaktligen icke bestämmas utan beaktande också av vad kollektivavtalet i det särskilda fallet innehåller.”

Liksom domstolen i ett senare, ovan refererat,³³¹ fall i detta mål framhåller arbetsgivarprerogativens dispositiva karaktär öppnar den även här dörrarna för att beakta inte enbart uttryckliga begränsningar i dessa rättigheter utan även för att i övrigt intolka sådana begränsningar i andra i kollektivavtalet förekommande bestämmelser. Vi övergår nu till att undersöka i vilken utsträckning så också faktiskt skedde.

³³⁰ Redan i AD 1931:68 görs följande allmänna uttalanden kring arbetsgivarens frihet att bestämma över sin verksamhet mm och betydelsen därvidlag av andra avtalsbestämmelser: "Arbetsgivaren har i princip i sitt förhållande till arbetarna rätt att bestämma i vilken omfattning han önskar driva sin rörelse och att organisera den efter gottfinnande. Det kan emellertid icke anses tillåtet att han begagnar denna rätt i strid mot i kollektivavtalet ingångna förpliktelser eller i syfte att kringgå avtalets bestämmelser. Om sålunda omständigheterna visa att en tillfällig driftsnedläggelse är avsedd att utöva påtryckning å arbetarna för genomdrivande av ett arbetsgivarens krav, kan denna komma i kollision med kollektivavtalets fredsforpliktelse. Då såsom i förevarande avtal arbetsgivarens rätt att avskeda arbetare inskränkts att gälla endast för bevislig misskötsel eller förekommen arbetsbrist, kan på samma sätt en nedläggning eller omläggning av driften komma i kollision med bestämmelsen därom, ifall det nämligen visas att bakom åtgärden icke föreligger en allvarlig avsikt att förverkliga en inskränkning eller omläggning av driften utan åtgärden vidtagits för att av annan än de i avtalet angivna grunderna kunna avskeda en arbetare."

³³¹ AD 1936:121.

2.3.3.2 Begränsningar med hänvisning till avtalsbestämmelser om olika arbetstagar kategorier mm³³²

I AD 1933:109 gjordes från arbetstagsidans sida gällande att det förhållandet att det i kollektivavtalet inom restaurangfacket förekom olika löner för förste, andre respektive tredje kallskänka, det vore ett kringgående av avtalet om en viss restaurang endast innehade andre men ingen förste kallskänka.³³³ Domstolens majoritet fann dock så inte vara fallet och framhöll att det

”från den omständigheten, att avtalet upptar löner för vissa grupper befattningshavare, torde några slutsatser icke kunna dragas med hänsyn till frågan, vilka särskilda befattningshavare skola finnas å viss restaurang. Tvärtom har i avtalet hänvisats till att det vid anställandet skall bestämmas, till vilken av personalgrupperna den anställde skall räknas.”

Domstolen fortsatte sedan med en reservation:

”Det måste sålunda anses principiellt tillkomma arbetsgivaren att med hänsyn till förhållandena å varje särskild restaurang avgöra, vilka befattningar skola vara inrättade där. Naturligen får emellertid arbetsgivaren icke utnyttja denna rätt att på ett illojalt sätt i ändamål att på befattningshavare med lägre lön överflytta arbete, som med hänsyn till dess natur varit avsett att betalas med en högre lön. Det är emellertid icke styrkt, att bolaget i detta fall på nämnda sätt förfarit illojalt.”³³⁴

Att kollektivavtalet upptar och reglerar villkoren för olika typer av befattningar ansågs således inte i sig innefatta några i sammanhanget relevanta förpliktelser för arbetsgivaren. Har det emellertid i kollektivavtal överenskommit en bemanningsplan eller motsvarande är arbetsgivaren dock skyldig att följa den.³³⁵ Sådana avtalsbestämmelser har dock inte ansetts

³³² Jfr Geijer/Schmidt 1958 s 156 f.

³³³ Jfr AD 1932:11 där arbetsdomstolen i ett mål baserat på ett kollektivavtal med samma avtalsinnehåll avslag talan närmast på grund av det sätt varpå arbetstagsidans framställt sina yrkanden. Arbetstagarledamöterna ville emellertid även här bifalla talan.

³³⁴ Arbetstagarledamöterna reserverade sig och menade att det var fråga om ett sådant överflyttande av arbetsuppgifter. Se ett motsvarande fall där domstolen för i allt väsentligt samma resonemang om arbetsgivares rätt att bestämma vilken personal som skall användas och att avtalet inte får kringgåas genom att arbete överflyttas från högre betalda befattningar till lägre betalda, AD 1934:83. Jfr AD 1934:176. Se även AD 1949:57, som förvisso är mindre intressant ur den synvinkel som här är av intresse eftersom kollektivavtalet innehöll regler om objektivt godtagbara skäl. Arbetsgivaren ansågs inte skyldig att uppehålla viss befattning bara för att den var kollektivavtalsreglerad.

³³⁵ Exempelvis AD 1930:12 och 1933:156. Jfr även AD 1944:78, vari arbetsgivaren förbundit sig att under avtalstiden inte minska de anställda ordningsvakternas tjänstgöringstid.

utgöra någon anställningsavtalsrättslig begränsning av uppsägningsrätten, varpå enskild individ kan grunda rättsanspråk.³³⁶

I några mål har arbetstagersidan argumenterat utifrån ståndpunkten att kollektivavtalsregleringen av visst arbete också innefattar en skyldighet för arbetsgivaren att tillse att arbetet utförs genom regelrätt anställd personal, inte heller här med framgång.

I *AD 1934:57* var det ej i strid med kollektivavtalet att avskeda personal och därefter låta arbetet utföras av frielever.

I *AD 1935:52* uttalade domstolen att ett ”kollektivavtal innefattar icke skyldighet för arbetsgivaren att upprätthålla sin rörelse över huvud eller i viss utsträckning, med mindre arbetsgivaren åtagit sig något sådant.” Härefter applicerades denna princip på det aktuella fallet:

”Någon uttrycklig bestämmelse, som innefattar dylikt åtagande, har icke influerat i det kollektivavtal, varom här är fråga. Den omständigheten att droskägare enligt gällande författningar eller myndighets beslut kan vara skyldig att i trafik hålla det antal vagnar, för vilka trafikillstånd erhållits, utgör ej heller tillräcklig anledning till antagande, att kollektivavtalet blivit slutet under den förutsättningen, att de av kollektivavtalet bundna arbetsgivarna skulle äga motsvarande skyldighet i förhållande till arbetarna.”

I *AD 1936:115* menade arbetstagersidan att det förhållandet att kollektivavtalet hade särskilda regler för fast anställda också innefattade en begränsning i arbetsgivarens dispositionsrätt över de anställda. Domstolen uttalade att om den

”vore övertygad att åtgärden skett i avsikt från bolagets sida att kringgå avtalets bestämmelser om fast anställning för att därigenom vinna en besparing, skulle domstolen anse åtgärden otillåten enligt avtalet”.

I denna motivering kan vi skönja en vilja att skydda kollektivavtalet mot försök till kringgåenden.

I *AD 1940:8* inleddes domskälen med ett allmänt uttalande av intresse i sammanhanget:

”Kollektivavtalet är enligt sakens natur tillämpligt endast å arbeten, som utföras av personer med ställning av arbetstagare i förhållande till aktiebolaget, och betager uppenbarligen icke detta rätten att till självständiga företagare på entreprenad bortsätta arbeten, som eljest skulle vara underkastade avtalet.”³³⁷

³³⁶ Exempelvis *AD 1930:12*.

³³⁷ Här känner vi igen ställningstaganden från den fria uppsägningsrättens era i de motiveringar som numera också anförs under åberopande av företagsledningsrätten eller motsvarande. Att den rättsliga kontexten radikalt förändrats har icke tillmätts relevans. Se främst *AD 1980:54* och *AD 1990:67*.

2.3.3.3 Påstådda begränsningar med hänvisning till lönesystem mm³³⁸

I AD 1931:74 gjorde arbetstagersidan gällande att arbetsgivarens "åtgärd att ersätta äldre yrkesdugliga med minderåriga skulle strida mot avtalets anda och förutsättning" och yrkade att domstolen skulle ålägga arbetsgivaren att återta dem i sin tjänst. Åtgärden hade föranletts av ekonomiska skäl sedan lönehöjningarna i kollektivavtalet väsentligt skulle påverka företagets lönsamhet. Domstolen, som trots allt ingick på något som bör betecknas en materiell prövning av de ekonomiska konsekvenserna för arbetsgivaren om åtgärden inte genomförts, framhöll följande i det som får anses vara det centrala momentet i domskälen:

"Och även om arbetarparten vid ingåendet av riksavtalet icke skulle hava räknat med att större förändringar skulle vidtagas i fråga om arbetsstyrkans sammansättning vid de särskilda företagen, så har dock i avtalet införts uttrycklig bestämmelse om rätt för arbetsgivaren att leda arbetet samt att antaga och avskeda arbetare.³³⁹ Man har därvid tydligen utgått från att arbetsgivaren såsom ansvarig för företagets ekonomi och bestånd skulle äga bestämma dess vid varje tid lämpliga organisation,³⁴⁰ och vid sådant förhållande kunna de förväntningar arbetarparten må hava haft i förenämnda hänseende icke anses grunda en förutsättning för avtalet."³⁴¹

Obenägenheten var således stor mot att genom indirekta metoder begränsa uppsägningrätten, vilket bekräftas i den fortsatta rättstillämpningen.

I AD 1932:56 yrkade handelsarbetareförbundet att en avskedad medlem skulle återanställas sedan företaget därefter anställt en kvinna till en, enligt avtalet, lägre lön. Kollektivavtalet innehöll sedvanlig bestämmelse om fri uppsägningrätt. Domstolen uttalade:

"Det måste sålunda vara arbetsgivaren obetaget att, då han finner driftsförhållandena så påfordra, ersätta hos honom anställd arbetare i högre lönegrupp med arbetare i en lägre eller utbyta manlig arbetare mot en kvinnlig arbetare, som han med hänsyn till yrkesutbildning eller eljest anser bättre lämpa sig för befattningen."³⁴²

³³⁸ Se ungefärligen samma uppläggning i Geijer/Schmidt 1958 s 157 ff.

³³⁹ Min kursivering.

³⁴⁰ Här kan vi också se att man tar § 23/32 och dess arbetsledningsrätt till intäkt för att också vad som idag kallas företagsledningsrätten är en del av avtalet.

³⁴¹ Domstolen ogillade käromålet. Arbetstagarledamöterna var emellertid skiljaktiga och ville förpliktiga arbetsgivaren att återanställa några av de uppsagda.

³⁴² I AD 1932:57 var förhållandena i huvudsak desamma som i AD 1932:56 med den skillnaden att den som istället anställdes var en manlig oorganiserad arbetare. (Jfr även AD 1933:170.) Med dessa modifieringar beaktade var arbetsdomstolens uttalanden identiska med föregående mål. (I båda målen var domstolen enhällig.) I AD 1932:179 blev resultatet ett annat. Skälet var emellertid en särskild protokollsanteckning om att "kollektivavtalet icke finge tagas till intäkt för minskning i de då anställdas förmåner". Denna bestämmelse

I AD 1941:47 gjorde åter arbetstagsidan gällande att det förhållandet att lönerna var graderade efter ålder i yrket utgjorde hinder för arbetsgivaren att vid arbetsbrist säga upp äldre arbetstagare och samtidigt behålla yngre, lägre avlönade. Domstolen knöt an till tidigare mål och uttalade:

”Den omständigheten att enligt det i målet ifrågakomma kollektivavtalet arbetarnas löner differentierats alltefter det antal år, varunder de arbetat i yrket, kan på sätt arbetsdomstolen exempelvis i domarna nr 56/1932 och nr 57/1932 redan tidigare uttalat icke innebära, att arbetsgivaren skulle vara betagen rätten att själv välja arbetskraft med den utbildning, han i varje särskilt fall kan finna erforderlig och bäst lämplig. I överensstämmelse härmed kan emellertid icke heller i avtalets lönebestämmelse inläggas någon skyldighet för arbetsgivaren att vid minskning av arbetsstyrkan iakttaga någon turordning arbetarna emellan med hänsyn till långvarigheten av deras anställning eller praktik inom yrket. Någon föreskrift om dylik turordning återfinnes icke heller annorstädes i avtalet. Tvärtom stadgar detta, att arbetsgivaren äger fritt antaga och avskeda arbetare.”^{343 344}

I AD 1935:14 hade en arbetsgivare sagt upp tre anställda sedan dessa anslutit sig till kollektivavtalsmotparten och ställt krav på avtalsenlig lön. Kollektivavtalet, som enligt sin lydelse blott ägde tillämpning på organiserad arbetskraft, innehöll § 32 och föreningsrättsklausul. Avtalet gällde endast för organiserade arbetare som fyllt 18 år och innehöll en stegrande löneskala efter ålder. Arbetsgivaren hade för vana att säga upp folk om förhållandena var sådana att de kom i åtnjutande av rätt till högre lön, dvs att de uppnådde 18 års ålder eller organiserade sig. Förbundet gjorde gällande föreningsrättskränkning. I målet gjorde domstolen följande principiella uttalanden angående en arbetsgivares rätt att bestämma över arbetsstyrkans sammansättning:

ansågs av arbetsdomstolen innefatta en begränsning i den annars arbetsgivaren enligt avtalet tillkommande fria uppsägningsrätten under avtalsperioden. Annan utgång på annan formulering, se AD 1933:52.

³⁴³ Jfr motsvarande uttalanden i AD 1941:77 där domstolen också hänvisar till AD 1935:14 och 1941:47. Det märkliga med detta mål är emellertid att turordningsregler gällde men att den därav föranledda principen om krav på objektiva godtagbara skäl inte var tillämplig eftersom den som sagts upp och ersatts med annan var den sist anställda. Målet kommenteras ytterligare nedan under 2.4.3.

³⁴⁴ Här pekar domstolen uppenbarligen på frånvaron av uttryckliga turordningsregler. När sådana funnits har problemet emellertid lösts på ett annat sätt. Här har domstolen insett konsekvenserna av kombinationen turordningsregler och generella begränsningar av uppsägningsrätten och, även om de ekonomiska aspekterna inte lyfts fram i domskälen, minskat kraven för att arbetsgivaren skall ha rätt att med hänvisning till lämplighet etc frångå turordningsreglerna beträffande en i tjänsten äldre person. Se här AD 1943:116 och 1944:7. (Jfr Schmidt Tjänsteavtalet 1959 s 139.) Dessa mål rör en situation där det finns en direkt begränsning av uppsägningsrätten men bör ändå nämnas i samband med de här refererade målen.

”Av utredningen i målet framgår, att bolaget å sitt varulager har användning för arbetskraft av olika kvalitet. Arbetsdomstolen anser det vara ställt utom tvivel, att vissa av de göromål, som där förekomma, och särskilt de arbeten, varmed de ifrågavarande tre arbetarna varit sysselsatta, kunna utföras av unga personer och t. o. m. av personer under 18 år. Om den av förbundet i målet hävdade uppfattningen vore riktig, skulle bolaget icke hava ovillkorlig rätt att sammansätta arbetsstyrkan med hänsyn till arbetets ifrågavarande beskaffenhet och det med en sådan sammansättning förenade ekonomiska intresset. Bolaget skulle istället vara skyldigt att i sin tjänst behålla alla en gång anställda personer, såvitt arbetsbrist icke föreläge, med påföljd att samtliga så småningom komme upp i den högsta löneklassen. Denna mening kan arbetsdomstolen icke dela. Med stöd av sin allmänna befogenhet att fritt antaga och avskeda arbetare läser bolaget - utan att därigenom göra sig skyldigt till kränkning av föreningsrätten - kunna entlediga sådan personal, som är äldre och högre avlönad, i den mån dess arbete lämpligen kan utföras av yngre och lägre avlönade personer.”³⁴⁵

Man kan fråga sig hur utgången av AD 1935:14 hade blivit idag. Det intressanta är att det är den fria uppsägningsrätten som är ratior.³⁴⁶ Notabelt är också att domstolen inte betraktar det som en arbetsbristsituation.³⁴⁷

³⁴⁵ I AD 1935:145 gjordes från arbetstagsidans gällande att ett kollektivavtals system med stigande löneskala efter anställningstid innebar att arbetsgivaren inte fick säga upp i tjänsten äldre arbetstagar och ersätta dessa med yngre arbetskraft. Domstolen kom emellertid fram till att omständigheterna visade att skälet till uppsägningen var ett annat och ingick därför inte i en prövning av argumentet. Se också AD 1937:63 vari en arbetsgivare ansågs sakna rätt att säga upp en anställd för att denne inte ville acceptera lägre lön än den avtalsenliga. Den anställda tilldömdes ekonomiskt skadestånd för den tid ytterligare arbete kunnat komma ifråga. Domskalet är alltför otydliga för att tillåta några generella slutsatser. I kollektivavtalet fanns turordningsregler, men det var före det att principen om objektivt godtagbara skäl slagit igenom.

³⁴⁶ Målen av denna karaktär kommenteras av Geijer i dennes avsnitt om lönesänkningar etc Geijer/Schmidt 1958 s 157ff.

³⁴⁷ Se även AD 1935:148 där det också i domskalet uttryckligen hänvisas till tidigare praxis; AD 1932:56, 1932:57 och 1935:14. I AD 1936:116 utgjorde det inget hinder att säga upp "för gamla" servitriser, även om domstolen fann det mindre tilltalande. Se också AD 1942:18 där det från arbetstagsidans gällande att arbetsgivaren brutit mot kollektivavtalet då han på grund av brist på arbete entledigat en person och därefter delvis ersatt denne med annan, lägre avlönad arbetskraft. Domstolen fann att det inte kunde "anses i någon mån strida mot gällande lag eller avtal, att (arbetsgivaren), sedan arbetsmängden minskats i sådan grad, att han icke vidare kunde sysselsätta (arbetstagen) under full arbetstid, avskedat denne och på nu angivna sätt återgått till den ordning för godsmottagningen, som tidigare tillämpats av honom själv och alltjämt tillämpas av andra firmor.."

Avtalet förefaller inte ha innehållit någon begränsning i uppsägningsrätten men ger ändå uttryck för att en omorganisation av arbetet med anledning av brist på arbete inte utgör något hinder för uppsägning.

2.3.3.4 Bestämmelser om sjukdom och sjuklön

I AD 1930:68 var domstolen sträng i sitt upprätthållande av en bestämmelse som gav arbetstagare rätt till återinträde efter sjukdom. En uppsägning blott en dag efter återinträdet underkändes således av en enig domstol:

”En sådan tillämpning av bestämmelserna skulle innebära en uppfyllelse endast till skenet och strida mot bestämmelsernas andemening. Det är visserligen sant att... arbetsgivaren äger med iakttagande av den stadgade uppsägningstiden avskeda arbetare utan angivande av skäl, men den fria uppsägningsrätt, som sålunda tillförsäkrats arbetsgivaren, måste anses underkastad de inskränkningar, som följa av avtalets övriga bestämmelser, och kan således icke lämna stöd för det påtalade förfarandet.”³⁴⁸

Detta domstolens ställningstagande är inte särskilt anmärkningsvärt då den aktuella avtalsklausulen närmast är att betrakta som en direkt begränsning av uppsägningsrätten. Då bestämmelserna är av mer indirekt karaktär var synen också - inledningsvis - en annan.³⁴⁹

I AD 1931:82 var frågan om betydelsen för den fria uppsägningsrätten av att arbetstagaren i fråga både var berättigad till och faktiskt uppbar kollektivavtalsenlig sjukersättning uttryckligen föremål för prövning. Majoritetens motivering kan synas spegla en oförmåga att ställa skilda avtalsbestämmelser mot varandra:

”Då i avtalet stadgas rätt för arbetare att vid sjukdomsfall av arbetsgivaren erhålla viss ersättning under sjukdomstiden kan det icke, i saknad av bestämmelse i avtalet i annan riktning, antagas annat än att denna förmån liksom arbetaren genom avtalet eljest tillkommande rättigheter endast gäller under den tid arbetaren är kvar i arbetsgivarens tjänst. Den omständigheten att arbetaren av sjukdom är förhindrad att förrätta sin tjänst och under tiden av arbetsgivaren uppbär avtalad sjukersättning kan icke anses utgöra hinder för arbetsgivaren att under samma tid begagna den honom enligt avtalet tillkommande rätten att uppsäga arbetaren.”³⁵⁰

³⁴⁸ Målet belyser hur strängt domstolen upprätthåller direkta begränsningar och bör sättas in i ett sådant sammanhang. Ett motsvarande exempel vad gäller turordningsregler är AD 1930:91, där det skulle betraktas som ett kringgående att arbetsgivaren "själv giver sig sken av att hava övertagit en chaufförsbefattning för att efter en tid intaga en ny chaufför". Ett helt annat exempel på strängt upprätthållande är att domstolen ansåg en bestämmelse om begränsningar av avskedanderätten jämväl vara tillämplig då en busschaufför nedflyttades från ordinarie till extra, se AD 1934:161.

³⁴⁹ I ett mål strax dessförinnan, AD 1930:60, ansågs således en arbetsgivare oförhindrad - avtalet innehöll § 23 - att säga upp en anställd p g a sjukdom trots att avtalet innehöll bestämmelser om sjuklön, se ovan 2.3.2.1.

³⁵⁰ Notabelt är att arbetsgivaren vid sidan av hänvisningen till AD:s tidigare dom 1930:60 också gjorde gällande att grunden till uppsägningen var en driftsinskränkning. Detta beaktade domstolsmajoriteten överhuvud taget inte utan gick direkt på den fria uppsägningsrät-

Den ene av arbetstagarledamöterna tog fasta på denna invändning från arbetsgivarsidan och menade att sjukdom och rätten till sjukersättning ”kan icke i detta fall, då själva arbetet upphört genom att arbetsgivaren försålt de bilar, för vilka chaufförer varit anställda, anses utgöra hinder för arbetsgivaren att under samma tid begagna den honom enligt avtalet tillkommande rätten att uppsäga arbetaren” och kom därför till samma slut som majoriteten. Det intressanta är att reservanten finner anledning att göra åtskillnad mellan fall då uppsägningen är föranledd av sjukdom och då något annat skäl för uppsägningen föreligger, ett synsätt som vi idag kan se vid tillämpningen av anställningsskyddslagen i relation till exempelvis ledighetslagar. Att en arbetstagare inte kan sägas upp p g a att denne utnyttjar en rätt till ledighet innebär inte immunitet mot uppsägningar av andra skäl under den tid arbetstagaren utnyttjar sin rätt.

Den andre arbetstagarledamöten - som förvisso också instämde i domslutet i huvudsaken - var i sin reservation mer principiell i sin utläggning kring klausulens om den fria uppsägningsrätten innebörd i sammanhanget:

”I det mellan parterna gällande avtalet är åt arbetsgivaren lämnad rätt att *med iakttagande av avtalets bestämmelser i övrigt* fritt antaga eller avskeda arbetare. Därmed måste emellertid vara utsagt, att arbetsgivaren genom avskedande eller antagande av arbetare icke kan få företaga dylik åtgärd för att i ett eller annat avseende förringa eller helt omintetgöra en arbetaren genom avtalet tillerkänd löne- eller annan förmån. I annat fall bleve avtalet i detta avseende av mindre betydelse för arbetareparten. Då skulle arbetsgivaren, när arbetaren kräver, som han tror, sin rätt enligt avtalet eller när arbetsgivaren själv finner det med sin egen fördel förenligt, blott hava att vidtaga avskedsförfarande under hänvisande till sin rätt att 'fritt antaga eller avskeda arbetare' och därmed undgå att uppfylla i avtalet åtagen förpliktelse gentemot arbetare.”

Vi ser här att reservanten lyfter fram att den fria uppsägningsrätten skall förstås i ljuset av ”avtalets bestämmelser i övrigt.

Motsvarande resonemang anför arbetstagarledamöterna såsom reservanter i AD 1936:57, där majoriteten inte ansåg hinder föreligga för en arbetsgivare med avtalsenligt fri uppsägningsrätt att säga upp en arbetstagare p g a att denne ägde rätt till sjukersättning. Kollektivavtalet gjorde en distinktion mellan dem som ägde rätt att ansluta sig till sjukkassa och övriga. Det var beträffande de sistnämnda arbetsgivaren hade att utgiva sjukersättning och den i målet aktuella arbetstagaren tillhörde denna kategori. Enligt domstolens majoritet var arbetsgivaren fri att ”anpassa personalens sammansättning på det sätt, han med hänsyn till dessa bestämmelser finner lämpligt”. Denna oförmåga att relatera olika avtalsbestämmelser till varandra står i bjärt kontrast till domstolens ställningstagande blott ett par år därefter.

ten, vilket vi känner igen från de motiveringar som förekom i mål före AD 1932:100, se föregående avsnitt.

I AD 1938:92 argumenterade arbetstagersidan åter i enlighet med reservanternas i de båda föregående målens mening när den menade att en uppsägning av en arbetare föranletts av förhållanden som berättigade denne till sjuklön enligt kollektivavtalet. Här svänger också domstolen³⁵¹ i förhållande till tidigare.

I domskälen framhölls att det av den avtalsbestämmelse vari framgick att

”arbetare, som insjuknat efter mottagen uppsägning erhåller sjukhjälp endast till och med den dag, då hans anställning ..upphör torde vidare den slutsatsen kunna dragas, att de avtalsslutande parterna förutsatt, att vissa inskränkningar skulle gälla i fråga om arbetsbefälets rätt att avskeda en arbetare under tid, då han är berättigad till sjukhjälp. Arbetsdomstolen saknar anledning att i detta mål uttömmande ingå på frågan vilka dessa inskränkningar äro, men under alla omständigheter kan det icke betvivlas, att avsked icke kan ske på grund av sjukdomen eller vad därmed äger samband”.

Det ändrade ställningstagandet synes ha gått hand i hand med den förskjutning i synen på turordningsreglens betydelse för den i övrigt fria uppsägningsrätten som skedde vid motsvarande tidpunkt.³⁵²

Det förändrade synsättet följs sedan upp i senare praxis.³⁵³

³⁵¹ Arbetsgivarledamöterna var skiljaktiga, dock inte av principiella skäl utan snarare mot bakgrund av förhållandena i det enskilda fallet.

³⁵² Se nedan under avsnitt 2.4.3.

³⁵³ Se AD 1945:52. Jfr AD 1953:22. Se också, om än i sammanhanget mera perifert, AD 1963:3, där domstolen med hänvisning till tidigare praxis (1938:92, 1945:52 och 1953:22) gör följande sammanfattning av rättsläget rörande uppsägningar p g a sjukdom vad gäller frågan om begångna förseelsers samband med sjukdom: "Av de anförda domarna synes framgå att, i fall då enligt kollektivavtal avskedande ej får ske på grund av sjukdom, arbetsdomstolen intagit den ståndpunkten att förseelser, som i och för sig är av beskaffenhet att berättiga arbetsgivaren att avskeda en arbetstagar, ej utgöra grund för en sådan åtgärd, om arbetstagaren vid förseelsernas begående led av sjukdom i avtalets mening och förseelserna dessutom kunde antagas bottna i sjukdomen. Anledning saknas för arbetsdomstolen att frångå denna uppfattning."

2.4 Punktbegränsningars betydelse för den i övrigt fria uppsägningsrätten

2.4.1 Inledning

I detta avsnitt uppmärksammar jag hur man (främst) i rättspraxis hanterat de problem som uppkommer med en ordning som tar sin utgångspunkt i fri uppsägningsrätt för arbetsgivaren samtidigt som det på vissa punkter införts begränsningar i densamma. Med hänsyn till att arbetsgivare i ett system med fri uppsägningsrätt som regel alls inte behöver redovisa skälen för en uppsägning³⁵⁴ - och än mindre vara skyldig att styrka dem i en rättslig tvist inför domstol eller annat konfliktlösningsorgan - finns det en stor risk för kringgåenden av enstaka punktförbud. För att det överhuvudtaget skall vara möjligt för arbetstagsidan, som förutsatts ha bevisbördan i situationer av detta slag, att vinna framgång då den gör gällande att uppsägning skett i strid med något punktförbud eller annan begränsning av uppsägningsrätten har arbetsdomstolen också efterhand kommit att på område efter område skapa och tillämpa bevisregler och/eller tolkat lagregler/kollektivavtal på sådant sätt att det försvårar för arbetsgivare att mot sådana påståenden freda sig med vilka skäl som helst. Det är sådana processuella eller andra rättsliga grepp som är huvudföremålet för framställningen i detta avsnitt.

Tonvikten ligger på att söka påvisa sambandet mellan punktvisa begränsningar av uppsägningsrätten och ett ökat krav på saklighet i arbetsgivares handlande. Metoden härför är att analysera de punktvisa begränsningarnas betydelse för den i övrigt fria uppsägningsrätten. Jag har valt att för åskådlighetens skull framställa materialet med utgångspunkt i respektive begränsningstyp och behandlar dem kronologiskt efter den ordning de tillkommit eller aktualiserat rättstillämpningsställningstaganden.³⁵⁵ Det är

³⁵⁴ Se exempelvis AD 1932:100.

³⁵⁵ Utöver vad som redovisas nedan bör följande mer perifera fall nämnas. I AD 1933:82 ansågs en bestämmelse i kollektivavtal för försäkringsagenter om viss respittid vid bristfälliga arbetsresultat innebära en begränsning i avskedanderätten på sådan grund så länge respittiden inte löpt ut. I anslutning härtill gjorde domstolen uttalanden, som måste ha baserats på de ställningstaganden kring bevisbördan i föreningsrättsmål som strax dessförinnan gjorts, om det principiella problemet med punktvisa begränsningar: (Jfr Bylund, Leif Bevisbörda och bevisstema 1970 s 35.)

"I (domen 1932:100) har arbetsdomstolen uttalat, att i Sverige den allmänna rättsgrundsatsen gäller, att ett arbetsavtal, som slutits för obestämd tid, kan å omse sidor uppsägas till upphörande efter viss uppsägningstid och att skäl för uppsägningen icke behöver anföras. På sätt i nämnda dom jämväl framhållits kan denna regel på olika grunder lida inskränkning. Bland annat kan sådan inskränkning bero på bestämmelse i kollektivavtal, varav arbetsgivaren och arbetaren ömsesidigt äro bundna. Därest arbetsgivaren enligt dylik be-

viktigt att betona att inriktningen just är på betydelsen av punktbe­grän­ningarna för den i övrigt fria uppsägningsrätten. Det är således inte min avsikt att här ge en helhetsbild av de punktvisa begränsningar som före­kommit i lag och kollektivavtal före anställningsskyddslagstiftningens till­komst.³⁵⁶ Beträffande vissa punktbe­grän­ningar förekommer vare sig mo­tivuttalanden eller praxis³⁵⁷ av intresse för den fråga jag avser att belysa och då har jag heller inte funnit anledning att behandla punktbe­grän­sing­en som sådan.³⁵⁸

De punktbe­grän­ningar som står i förgrunden nedan är föreningsrätten och turordningsregler i kollektivavtal.

Man skulle kunna fråga sig vad en framställning om bevisbördan i före­ningsrättsmål har för berättigande i en historisk framställning av anställ­ningsskyddets rättsliga reglering. Jag menar emellertid att bevisbördere­gelns berättigande är avhängig att det i övrigt är fritt fram för det agerande

stämme är förbjuden att avskeda arbetare på särskild grund eller endast äger rätt verk­ställa avskedande på vissa grunder, måste också den verkliga anledningen till uppsägningen få göras till föremål för rättslig undersökning. Om sannolik anledning finnes till antagande, att arbetsgivaren verkställt ett avskedande på en grund, som han icke äger åberopa, måste nämligen - för att icke avtalsbestämmelserna skola bli utan betydelse - arbetsgivaren vara pliktig uppgiva sitt skäl för avskedandet och domstolen äga pröva, dels att det uppgivna skälet är sådant som må åberopas och dels att vad som anförts såsom skäl icke endast är en undanflykt." (Domstolen ålade därför i det aktuella fallet arbetsgivaren att, enligt yrkandet, för arbetstagarorganisationen presentera skälen för avskedandet.) Se i sammanhanget också AD 1933:120: "Enligt kollektivavtal för droskfacket, skola därest övergrepp eller godtyck­ligt förfarande bevisligen skulle förekomma från droskägare gentemot droskförare eller vice versa, sådana oegentligheter från respektive organisationers sida eftertryckligt beivras. Arbetsdomstolen har ansett, att så snart man på arbetarsidan förmått visa sannolika skäl för att ett övergrepp eller godtyckligt förfarande föreläge, arbetsgivarorganisationerna med bi­träde av sina medlemmar hade skyldighet att angiva grunderna för arbetsgivarens hand­lingssätt". (Citerat från presentationen av målet i registret till 1933 års domsamling.)

³⁵⁶ För den som önskar en historisk framställning över punktvis legal begränsning av upp­­sägning­srätten hänvisar jag till Henning Tidsbegränsad anställning 1984 kap 2.

³⁵⁷ Jag har i vart fall inte funnit några rättskälleuttalanden i ämnet beträffande vissa punkt­be­grän­ningar.

³⁵⁸ En reglering som av dessa skäl inte återfinns nedan är 1939 och 1945 års lagar om för­bud mot avskedande i anledning av äktenskap mm. Någon praxis rörande dessa lagar har jag inte funnit och i motiven synes man heller inte varit inne på de bevisvårigheter en re­glering av detta slag innefattar. Man har dock i motiven betonat att uppsägningsförbudet inte sträcker sig längre än till just det skyddade området, se SOU 1938:13; Betänkande med förslag angående förvärsarbetande kvinnors rättsliga ställning vid äktenskap och barns­börd s 30 och Kungl. Majt:s proposition till riksdagen med förslag till lag om förbud mot arbetstagar­es avskedande i anledning av trolovning eller äktenskap m. m.; given Stock­holms slott den 3 mars 1939 s 33.

Förbudet mot stridsåtgärder i 16 § FFL ansågs också tillämplig på "individuella stridsåtgär­der" i form av uppsägningar av enskilda individer och kunde i denna mening se som ytter­ligare en begränsning i uppsägningsrätten, se AD 1939:30 och 1940:5.

som påstås ha skett i föreningsrättskränkande syfte. Bevisbörderegeln är således av intresse just för att uppsägningsrätten vid den tidpunkt regeln växte fram var fri.³⁵⁹ Därmed är det inte sagt att det också var i sådana banor arbetsdomstolen faktiskt tänkte då principen utvecklades men funktionen hos bevisbörderegeln är kopplad till den i övrigt fria uppsägningsrätten. Detta samband blir dock tydligt först i ett utvecklingsperspektiv, som inleds med föreningsrättsmålen och därefter går via motsvarande³⁶⁰ tillämpning av turordningsregler,³⁶¹ förbudet mot uppsägning av värnpliktiga,³⁶² skyddsombud³⁶³ och särregleringen i äldrelagen.³⁶⁴

2.4.2 Förbud mot föreningsrättskränkande uppsägningar (Bevisbördan i föreningsrättsmål)³⁶⁵

2.4.2.1 Inledning

Föreningsrätten kom att lagfästas genom 1936 års lag om förenings- och förhandlingsrätt.³⁶⁶ För stora delar av arbetsmarknaden kom detta endast

³⁵⁹ Som kommer att framgå nedan tydliggörs inte detta samband i de domskäl vari bevisbörderegeln utvecklas. Leif Bylund ställer sig frågan om vi någonsin skall få svar på varför bevisbörderegeln infördes. Han framhåller att vi nog får räkna med att Artur Lindhagen tagit hemligheten med sig i graven (Bevisbörderegeln som överlevde sig själv 1977 s 41). Samtidigt lyfter Bylund emellertid fram sambandet med den fria uppsägningsrätten (Bevisbörderegeln som överlevde sig själv 1977 och Bevisbörda och bevisstema 1970 bl a s 153-4) och drar också, liksom Folke Schmidt, (Tjänsteavtalet 1959 s 131) paralleller till de principer arbetsdomstolen utvecklat beträffande tillämpningen av turordningsregler när han uttalar att det därför är "möjligt att kravet på objektiva godtagbara skäl i mål om föreningsrättskränkningar tillkom av samma orsak som 1941 lyckades få AD att tolka en klausul om turordning vid arbetsbrist vidsträckt. Det finns nämligen risk för att en sådan klausul kunde kringgås om arbetsgivarna vid andra tillfällen än vid arbetsbrist hade full frihet att säga upp arbetstagarna utan att anföra skälig orsak." (Bevisbörderegeln som överlevde sig själv 1977 s 44). Se också Flodgren Fackföreningen och rätten 1978 s 221.

³⁶⁰ Vad avser funktion, vill säga. Att sättet att skydda begränsningarna är olika kommer att framgå nedan.

³⁶¹ Se nedan avsnitt 2.4.3.

³⁶² Se nedan avsnitt 2.4.4.

³⁶³ Se nedan avsnitt 2.4.5.

³⁶⁴ Se nedan avsnitt 2.4.6.

³⁶⁵ Bevisbördan i föreningsrättsmål har behandlats utförligt tidigare i den rättsvetenskapliga litteraturen. Den första längre analysen synes ha företagits av Geijer i Geijer/Schmidt Arbetsgivare och fackföreningsledare i domarsäte från 1958. Vidare är ämnet temat för Leif Bylunds avhandling Bevisbörda och bevisstema från 1970. Båda dessa verk har sina speciella perspektiv. Geijers arbete har tonvikt på reservanternas i domstolen ställningstaganden medan Bylunds avhandling har en strikt processrättslig inriktning och är för övrigt också en avhandling i just processrätt. Båda dessa verk har i hög grad bidragit till min egen förståelse för problematiken men mitt specifikt anställningsskyddsrättsliga perspektiv ger mig ändå anledning att behandla ämnet mer utförligt än vad som skulle kunna synas berättigat.

att innebära en kodifiering av vad som tidigare gällt med stöd av kollektivavtal.³⁶⁷ Vi erinrar oss decemberkompromissen som samtidigt med att den fria uppsägningsrätten slogs fast, införde den första begränsningen i form av skydd för föreningsrätten.³⁶⁸ Arbetsdomstolen kom före lagens ikraftträdande att även i oreglerade situationer intolka föreningsrätten som ett naturale till kollektivavtalet.³⁶⁹ Under långa tider var säkerligen också föreningsrätten för stora delar av arbetsmarknaden det enda undantaget från den i övrigt fria uppsägningsrätten och det synes förr ha varit så att det just var när arbetsgivarens handlande bestod i avskedande som föreningsrättsreglerna hade störst betydelse.³⁷⁰ Idag rör föreningsrättstvister ofta mer komplexa förfaranden.³⁷¹

2.4.2.2 De första antydningarna

Det första mål där avskedande påstods ha skett i föreningsrättskränkande syfte kom redan under arbetsdomstolens första verksamhetsår. Mellan parterna i målet, AD 1929:10, gällde kollektivavtal av decemberkompromissmodell, d v s i här relevanta avseenden skydd för föreningsrätten men i övrigt fri uppsägningsrätt.³⁷² I målet hade tre anställda sagts upp. Arbetstagarsidan gjorde gällande att detta skett p g a deras engagemang för sin organisation. Arbetsgivaren menade att det var en följd av en redan planerad inskränkning av driften p g a ökade lönekostnader. Domstolen konstaterade mycket kort att det

³⁶⁶ SFS 1936:506.

³⁶⁷ Det bör ha varit främst för tjänstemännen som det hade reell betydelse. Det bör påpekas att utredningens undersökningar föranledde uttalandet att föreningsrätten var accepterad på hela arbetsmarknaden vid tidpunkten för lagförslaget, se SOU 1935:59 s 101.

³⁶⁸ Se ovan avsnitt 2.2.2.

³⁶⁹ Se bl a AD 1933:94 och 1934:51. Jfr Schmidt Kollektiv arbetsrätt 1950 s 121.

³⁷⁰ Föreningsrätten gäller alltjämt och bevisbörderegeln tillämpas fortfarande i mål där uppsägningar eller avsked påstås ha skett i föreningsrättskränkande syfte, trots att vi numera har generella krav på saklig grund. Det finns dock skäl att ifrågasätta om den inte spelat ut sin roll när det aktuella handlandet från arbetsgivarens sida består i uppsägning eller avsked. (Jfr Bylund, Leif Bevisbörderegeln som överlevde sig själv 1977.) Däremot har den naturligtvis kvar sin funktion i andra typer av sammanhang, där motsvarande begränsningar i arbetsgivares handlingsfrihet saknas.

³⁷¹ Se exempelvis AD 1982:33 och 1986:25.

³⁷² Bylund går mera i detalj in på föreningsrättsstadgandets i kollektivavtalet utformning och analyserar detta, se Bevisbörda och bevistema 1970 s 28.

”mot de skäl, som från arbetsgivarsidan anförts för de verkställda avskedandena, icke kan anses styrkt, att samma avskedande inneburit ett angrepp på föreningsrätten”.³⁷³

Det går inte att från dessa knappa rader dra några generella slutsatser. Under alla förhållanden framgår klart att domstolen inte laborerar med något sänkt beviskrav för arbetstagarsidan; den talar om ”styrkt”.³⁷⁴

Inte heller i det därpå följande målet, AD 1930:32, förekommer ställningstaganden som pekar i riktning mot en särskild bevisbörderegeln.³⁷⁵ I målet hade ett antal personer sagts upp p g a för högt löneläge och ersatts med oorganiserad arbetskraft som betalades med lägre löner. Domstolen framhöll flera förhållanden som talade mot arbetstagarsidans påstående om föreningsrättskränkning, bl a att arbetsgivaren alltjämt använde sig av både organiserad och oorganiserad arbetskraft, och fann att det inte ”i målet framkommit sådana omständigheter, att avskedandena kunna anses som en kränkning av personalens föreningsrätt”.

I AD 1930:91 återfinns också uttalanden som klart utpekar en traditionell syn på bevisbörda och beviskrav. I målet konstaterar domstolen att ”det kan icke heller anses tillförlitligen styrkt” att grunden för avskedandet var att arbetstagaren till sin organisation framfört påståenden om avtalsstridigt handlande från arbetsgivarens sida.

I AD 1931:8 menar jag att det kan skönjas en antydning till ett mer nyanserat synsätt. En arbetstagare hade avskedats p g a påstådda försummelser. Arbetstagarsidan gjorde gällande att detta endast var ett svepskäl och att den egentliga grunden var arbetstagarens organisationstillhörighet. Till stöd härför åberopades bl a att bolagets direktör vid kontakt med organisationen fällt yttranden som indikerade ett samband mellan fackföreningsmedlemskap och kommande uppsägning.³⁷⁶ Domstolen avstår från att göra någon bedömning av arbetstagarsidans påstående. Istället inleds domskälen med ett konstaterande av att de av arbetsgivaren åberopade försummelserna ägt rum och domstolen fortsätter:

”Under dessa förhållanden har bolaget haft sådan anledning till uppsägningen att denna, oavsett vad bolagets direktör må hava yttrat vid meddelandet om (arbetstagarens) anslutning till personalförbundet, icke kan anses som ett angrepp på föreningsrätten utan måste betraktas som en fullt tillåten användning av bolagets i avtalet sanktionerade rätt att entlediga personal.”³⁷⁷

³⁷³ Domen var enhällig, bortsett från att en ledamot hade annan synpunkt på rättegångskostnadernas fördelning.

³⁷⁴ Jfr Bylund, Leif Bevisbörda och bevisstema 1970 s 28.

³⁷⁵ Även här gällde § 23 jämte föreningsrättsklausul.

³⁷⁶ Gällande avtal innehöll § 23 och föreningsrättsklausul.

³⁷⁷ Domen var enhällig.

Det domstolen här i realiteten säger är att eftersom arbetsgivaren haft ett godtagbart skäl det saknar betydelse om det därjämte funnits något mot föreningsrätten riktat moment i bakgrunden till uppsägningen. Uttalandena ger vid handen att vid konkurrerande motivfaktorer får föreningsrätten vika och domstolen gör inte någon bedömning av vad det egentligen var som utlöste uppsägningen. Domstolen nöjer sig med att konstatera att det fanns skäl för bolaget att säga upp den anställde oberoende av föreningsrättsaspekten. Det intressanta i detta mål är ändå att domstolen först går in och prövar om de av arbetsgivaren åberopade skälen för uppsägningen är riktiga och i någon mening godtagbara.³⁷⁸

2.4.2.3 Första steget; bevisbördan fördelas

AD 1931:107 måste betecknas som en milstolpe.³⁷⁹ Här har också bevisfrågan fått plats i rättsfallets rubrik. I målet hade en vaktmästare sagts upp och arbetstagersidan framhöll en rad faktorer som pekade på att skälet till uppsägningen var att arbetstagaren verkat för sin organisation.³⁸⁰ Mot arbetstagersidans påstående åberopade arbetsgivaren personlig olämplighet mm men framhöll också sin uppfattning - mot bakgrund av avtalets bestämmelser om fri uppsägningsrätt - att beviskyldigheten "för att ett avskedande vore obehörigt ålåde" helt och hållet arbetstagersidan. Domstolen inledde domskälen med en genomgång av de av arbetstagersidan åberopade förhållandena och summerade:

"Arbetsdomstolen finner det ställt utom tvivel, att den omedelbara anledningen till uppsägningen varit (arbetsgivarens) förargelse över det förra målets anhängiggörande, ökad av hans allmänna missnöje med (arbetstagarens) åtgärder i personalförbundets intresse."

Direkt i anslutning härtill fortsätter domstolen, och det är här det första gången direkt kan påvisas en form av "fördelning"³⁸¹ av bevisbördan:

³⁷⁸ Jfr också AD 1931:42 och 1931:74. I det sistnämnda målet uttalade domstolen att då "avskedandena få anses hava förestavats av den ekonomiska situation, som uppkommit genom riksavtalets trädande i kraft för (arbetsgivaren), kunna icke sådana omständigheter anses hava förebragts att (arbetsgivaren) i valet av de arbetare som avskedats låtit sig bestämmas av en önskan att komma arbetarnas organisationsrätt till livs". I AD 1931:96 och 1931:97 kommer domstolen också in på frågan om avskedande skett i föreningsrättskränkande syfte. Domskälen är emellertid i dessa delar så knapphändiga att det saknas anledning att närmare söka belysa dem. Målen saknar under alla förhållanden principiell betydelse för framväxten av en särskild bevisbörderegler i föreningsrättsmål.

³⁷⁹ Jfr Geijer/Schmidt 1958 s 57f och Bylund, Leif Bevisbörda och bevisstema 1970 s 59 och 75.

³⁸⁰ Gällande avtal innehöll § 23 och föreningsrättsklausul.

³⁸¹ Se Bylund, Leif Bevisbörda och bevisstema 1970 s 29.

”Vad sålunda förekommit skulle dock icke utgöra anledning att bifalla arbetarparternas talan, om (arbetsgivaren) vid sidan härav haft fullgott skäl att entlediga (arbetstagaren). *Under föreliggande förhållanden är dock (arbetsgivaren) beviskyldig för sin uppgift härom.*”³⁸²

Efter att sedan befunnit arbetsgivarens påståenden i huvudsak obefogade konkluderade domstolen:

”Vid sådant förhållande framstår (arbetsgivarens) förut angivna ovilja mot (arbetstagaren) såsom huvudorsak till avskedandet. Men därmed måste avskedandet också tolkas såsom ett angrepp på föreningsrätten.”³⁸³

Även om domstolen direkt anger att arbetsgivaren har bevisbördan för de av honom åberopade skälen om det visats att föreningsrättskränkande motiv spelat en avgörande roll synes domstolen ändå mena att arbetsgivaren kan freda sig om han i en sådan situation kan visa att han haft fullgoda skäl att säga upp den anställde. Och detta även om dessa inte kunnat visas vara de direkt utlösande faktorerna. En arbetsgivare som har skäl för att säga upp en anställd men ännu ej agerat med anledning härav skulle således kunna låta uppsägningen gå i verkställighet först när en senare föreningsrättsfaktor³⁸⁴ inträffar utan att detta skulle anses utgöra ett angrepp på föreningsrätten. I materiellt hänseende kan därför domen knappast sägas ha flyttat fram arbetstagsidans positioner men fördelningen av bevisbördan är naturligtvis ett stort steg mot ett reellt uppsägningsskydd i dessa situationer, vilket inte minst visas av hur tillämpningen härav utföll i det aktuella målet.³⁸⁵ När domstolen här talar om ”fullgott skäl” ger det också intryck av att det inte enbart rör sig om en bevisbörderegler. Formuleringen förespeglar att arbetsgivaren inte kan freda sig med vilka skäl som helst, även om han kan styrka dem.

Det nya synsättet följs upp i nästkommande mål, AD 1931:131:³⁸⁶

”Av utredningen i målet måste anses framgå, att uppsägningen av (arbetstagarerna) i juni månad varit betingad av deras anslutning till förbundet och att nämnda omständighet även sedermera föranlett viss ovilja mot dem från föreningens ledning. Under sådana omständigheter måste det ankomma på föreningen att

³⁸² Min kursivering.

³⁸³ En arbetsgivarledamot var skiljaktig och menade sig inte kunna bifalla käromålet. Geijer tolkar reservationen så att reservanten menat att arbetstagsidan "bort förebringa full bevisning", Geijer/Schmidt 1958 s 59. Jfr Bylund, Leif Bevisbördan och bevisstema 1970 s 76 och not 88.

³⁸⁴ Bylund talar konsekvent om "föreningsfaktor", se Bevisbördan och bevisstema 1970 s 17.

³⁸⁵ Bylund (Bevisbördan och bevisstema 1970) analyserar målet ingående på s 29 ff och s 75 f.

³⁸⁶ Även här har frågan om beviskyldigheten lyfts fram i rubriken, i vilken det för övrigt också hänvisas till AD 1931:107.

visa, att uppsägningen i september varit grundad på ett skäl, som icke kan uppfattas såsom en föreningsrättskränkning.”

I målet ansågs arbetsgivaren ha sådana skäl,³⁸⁷ varför talan inte bifölls.³⁸⁸ Även om uttryckssätten i de båda målen skiftar förefaller det tveksamt om de kan sägas ge uttryck för olika synsätt.³⁸⁹ Att notera är dock att formuleringen i detta mål saknar motsvarigheten till de ”fullgoda skäl” domstolen talade om i föregående mål.

2.4.2.4 Andra steget; beviskravet lättas

AD 1932:5 brukar lyftas fram som ett av de väsentligaste målen i utvecklingen mot en särskild bevisbörderegulering i föreningsrättsmål.³⁹⁰ I domskälens inledning formulerar domstolen en princip om fördelning av bevisbördan med ett sänkt beviskrav för den som gör gällande att en åtgärd skett i föreningsrättskränkande syfte:³⁹¹

”Bestämmelsen i avtalet, att arbetsgivaren äger fritt antaga och entlediga personal måste anses innebära, att arbetsgivaren, som visserligen är pliktig att på begäran uppgiva anledningen till verkställd uppsägning, dock icke är skyldig förebbringa bevisning om det rättmätiga i ett verkställt avskedande, med mindre det från personalens sida förebragts *sannolika skäl* för att uppsägningen i själva verket utgjort ett angrepp på föreningsrätten”

och förtydligade därefter sin inledande uppgift:

”Frågan är således i detta fall först och främst, huruvida personalförbundet och avdelningen *gjort det troligt*, att ett angrepp på föreningsrätten föreligger”.³⁹²

Vid sidan av att domstolen här föregår domen AD 1932:100 genom att slå fast att § 23 inte innebär någon skyldighet för arbetsgivaren att visa att en uppsägning i någon mening är saklig, är det väsentliga i förevarande sammanhang att domstolen inför ett lägre beviskrav för arbetstagersidan. Kravet på att ”styrka” förhållandena har ersatts med ett krav på att göra de påstådda förhållandena sannolika, eller ”troliga” som det omväxlingsvis ut-

³⁸⁷ Ekonomiska, se nedan under avsnitt 2.5.5.

³⁸⁸ Tre ledamöter, en ämbetsman och de båda arbetstagarrepresentanterna, var skiljaktiga och menade att talan skulle bifallas eftersom arbetsgivaren inte styrkt de av honom åberopade förhållandena. Jfr Geijer/Schmidt 1958 s 62.

³⁸⁹ Bylund (Bevisbörda och bevistema 1970) diskuterar målets förhållande till varandra beträffande frågan om bevisbördan för "huvudorsaken" på s 31-32.

³⁹⁰ Bylund ger målet en egen rubrik i sin framställning.

³⁹¹ Ett motsvarande bevisfördelningstänkande i annan situation, se AD 1936:120.

³⁹² Mina kursiveringar.

trycks.³⁹³ Detta måste betecknas som en radikal förändring jämfört med vad som tillämpats tidigare. Emellertid blir tillämpningen av principen i målet något av en antiklimax; domstolen fann nämligen "tillräckligt stöd icke föreligga för antagande, att avskedandet av (arbetstagaren) innefattat en kränkning av föreningsrätten," varför den heller inte fick anledning att pröva arbetsgivarens skäl.³⁹⁴

Det i domskälen framhållna omedelbara sambandet mellan avtalets utgångspunkt med fri uppsägningsrätt och undantaget för föreningsrätten menar jag också innefatta ett stöd för vad som kan betraktas som bevisbörderegeln funktion, nämligen att i ett system med i övrigt fri uppsägningsrätt förhindra kringgåenden av punktförbuden. I ljuset av tidigare mål där beviskravet inte uppfyllts, framstår det lägre beviskravet här som en omkastning vad gäller ansvaret för att rättsfakta inte styrkts från arbetstagsidan till arbetsgivarsidan. Tidigare krävdes för bifall till ett käromål, dels att arbetstagsidan styrkt sina påståenden om föreningsrättskränkande motiv, dels att arbetsgivaren inte samtidigt lyckats styrka att han haft ett fullgott skäl för sitt handlande. Genom den nya principen i AD 1932:5 ökade arbetstagsidans möjligheter att ha framgång i ett mål väsentligt.³⁹⁵

³⁹³ Bylund (Bevisbörda och bevisstema 1970) kommenterar målet på s 32-33, där han också påvisar svårigheten i att uttyda vad domstolen avser, med avseende på orsaksrekvisit och parternas bevisstema.

³⁹⁴ Kanske detta är förklaringen till att domen är enhällig? Det visar sig således att den dom vari bevisbördan lättades för arbetstagsidan, till skillnad från tidigare mål, alls inte innehåller några ställningstaganden till de av arbetsgivaren påstådda förhållandena. I den meningen menar jag att domstolen på ett sätt har skärpt och gjort sin principiella hållning till uppsägningsproblematiken mer stringent samtidigt som den öppnar en möjlighet för arbetstagsidan i särskilt skyddsvärda situationer.

³⁹⁵ I flera senare fall från 1932 och framåt kom domstolen att handlägga mål vari avskedanden påstods ha skett i föreningsrättskränkande syfte. De tillför dock intet nytt eller principiellt i de avseenden som här är av intresse varför jag avstår från att närmare beröra dem. Se AD 1932:5, 1932:12, 1932:18, 1932:56, 1932:57, 1932:64, 1932:125, 1932:171, 1933:19, 1934:82, 1932:186, 1933:25, 1933:35, 1933:40, 1933:78, (1933:94), 1933:99, 1934:21, 1934:51, 1934:78, 1934:179, 1934:188, 1935:14, 1935:17, 1935:109, 1936:78, 1935:65, 1936:97, 1936:116, 1937:6.

AD 1934:34 synes vara det första mål efter 1932:5 där domstolen mer stringent tillämpar principen och dessutom kommer fram till att arbetsgivaren inte lyckats fullgöra sin bevisbörda. I målet hade två servitriser sagts upp, enligt arbetstagsidan för att de utnyttjat medlemskapet i sin organisation i en lönetvist. Intressant är att domstolen skiljer på behandlingen av de båda: "Av utredningen i målet måste anses framgå, att ifrågavarande uppsägningar närmast föranletts av personalförbundets ingripande för att förskaffa (arbetstagsarna) de i avtalet bestämda högre lönerna och bolagets i anledning därav uppkomna ovilja mot dem för att de i sin egenskap av medlemmar av förbundet påkallat dess biträde i lönefrågan. Under sådana förhållanden måste det ankomma på bolaget att visa, att uppsägningarna varit grundade på skäl, som icke kunna uppfattas som en kränkning av föreningsrätten." Här efter fann domstolen (varvid den mig veterligen första gången använder uttrycket "godtagbara skäl" i dessa sammanhang) arbetsgivarens grunder inte "utgöra ett "fullgiltigt

I AD 1935:102 förekommer, såvitt jag kan finna, för första gången uttrycket ”objektivt godtagbara skäl” i domstolens formulering av den tillämpliga regeln.³⁹⁶ Efter att ha konstaterat att arbetstagsidan ”förelagt sannolika skäl” för föreningsrättskränkning fortsatte domstolen:

”Vid sådant förhållande måste det åligga (arbetsgivaren) att visa, att något *objektivt godtagbart skäl*³⁹⁷ för avskedandet förelagat.”³⁹⁸

Domstolen fann arbetsgivarens anmärkningar vara ”förevändningar” och biföll käromålet.³⁹⁹ Som jag antytt ovan är det väsentligt att skilja mellan om det är tillräckligt att arbetsgivaren kan styrka att ett annat skäl förestavade en uppsägning jämfört med att ett sådant skäl dessutom skall framstå som objektivt godtagbart eller motsvarande. Genom de formuleringar som

skäl” beträffande den ena av de uppsagda, däremot fann domstolen att ”fullgott skäl” förelagat för uppsägningen av den andre servitrisen. Även AD 1934:54 går efter samma linje: ”Vad först angår frågan om (arbetstagsarens) avskedande, finner arbetsdomstolen sådana omständigheter hava i målet förelagts, som göra det sannolikt, att bolaget hyst missnöje med (arbetstagsaren) på grund av hans arbete inom organisationen och att detta missnöje varit den närmaste anledningen till avskedandet. Under sådana förhållanden måste det åligga bolaget att visa, att annan giltig grund för avskedandet förelagat. I sådant hänseende har åberopats, att arbetsbrist varit rådande och att (arbetstagsaren) såsom mindre kvalificerad ansetts böra i första hand avskedas vid den personalminskning, som med anledning därav måst verkställas. Bolaget har emellertid icke förmått styrka dessa påståenden. Av den förelagda utredningen framgår sålunda icke vare sig att arbetsbrist förelagat eller att någon verklig anmärkning framställts mot (arbetstagsarens) sätt att sköta sitt arbete. Vid sådant förhållande framstår bolagets missnöje med (arbetstagsaren) på grund av hans arbete inom organisationen såsom huvudorsaken till avskedandet. Men därmed måste avskedandet också tolka såsom ett angrepp på föreningsrätten.” (Se också AD 1935:94 och 1937:45, som utförligt kommenteras av Bylund Bevisbörda och bevisstema 1970 s 41 resp 99.) I AD 1934:66 ger oss domstolen ett redskap för hur man skall hantera bedömningen av trovärdigheten av arbetsgivarens invändningar. Efter att först konstaterat att utredningen i målet ”otvetydigt” visat att arbetsgivaren visat missnöje på arbetstagsarens fackliga uppdrag fortsatte domstolen: ”Vid nu angivna förhållanden måste bolaget vara berett att uppgiva omständigheter, som kunna godtagas såsom fullgoda skäl för entledigande av (arbetstagsaren). Vad bolaget i detta avseende åberopat har emellertid delvis blivit vederlagt. I övrigt finner arbetsdomstolen de anförda skälen vara sådana, att bolaget tydligen icke på grund av desamma skulle avskedat någon annan chaufför än (arbetstagsaren), och vad som åberopats framstår därför såsom förevändningar”.

³⁹⁶ Se dock AD 1934:34 och AD 1934:54 i föregående not, där det talas om godtagbara skäl respektive giltig grund men inte lika tydligt i formuleringen av rättssatsen.

³⁹⁷ Min kursivering.

³⁹⁸ Se motsvarande formulering av principen i AD 1936:117, som också ledde till bifall av talan.

³⁹⁹ Arbetsgivarledamöterna var skiljaktiga.

används i detta mål kan det inte råda någon tvekan om att det är det sistnämnda som gäller.⁴⁰⁰

2.4.2.5 Bevisbörderegeln motiveras och befästs; AD 1937:57⁴⁰¹

I januari 1937 trädde lagen om förenings- och förhandlingsrätt i kraft. I AD 1937:57 utvecklar domstolen bevisregeln utförligt varvid också knyts an till tidigare praxis och lagens ikraftträdande:

”Frågan huruvida ett entledigande av en anställd person utgör kränkning av föreningsrätten är i bevisningshänseende alltid synnerligen svår att bedöma, enär arbetsgivarens motiv är avgörande och direkt bevisning om motivet enligt sakens natur är utesluten, utan bedömandet måste grunda sig på slutsatser från andra ådagalagda omständigheter. Det måste också alltid i en tvist av detta slag beaktas, å ena sidan att arbetstagarparten gärna vill bakom föreningsrätten söka skydd även mot avskedande, som är välmotiverat på grund av hans förhållande i tjänsten, men å andra sidan att arbetsgivaren, när han misstänkes för att hava handlat i strid med föreningsrätten, är benägen att överdriva de anmärkningar, som han anser sig kunna framställa mot den avskedade.

Det är förenat med oöverkomliga svårigheter för arbetstagarparten, som gör gällande att föreningsrätten blivit kränkt, att styrka icke blott de positiva omständigheter, som tala för att avskedandet inneburit en föreningsrättskränkning, utan även de omständigheter, som tala mot att något annat bärande motiv för avskedande föreläggat. Arbetsdomstolen har därför tidigare, när det gällt att på grundval av en klausul i kollektivavtal bedöma ett avskedande ur föreningsrättslig synpunkt, ansett en uppdelning av beviskyldigheten skälig på sådant sätt, att arbetstagarparten har att visa sannolika skäl för att en kränkning av föreningsrätten föreligger och att, om sådana skäl framlagts, arbetsgivarparten har att styrka, att för avskedande föreläggat skälig orsak oberoende av föreningsrättsfrågan. Anledning saknas för arbetsdomstolen att tillämpa annan grundsats, när det såsom i detta fall gäller att bedöma, huruvida kränkning skett av den i 1936 års lag fastställda föreningsrätten.”⁴⁰²

⁴⁰⁰ Jfr att man sedan LAS' tillkomst upprätthåller krav på att en uppsägning skall vara sakligt grundad för att arbetsgivaren skall kunna freda sig. Se exempelvis AD 1978:36 och 1983:110.

⁴⁰¹ Geijer ser AD 1937:57 som den sista fasen i bevisbörderegeln utveckling när han säger att domstolen är "färdig att precisera rättsläget och utförligt motivera sitt ståndpunktstagande." Geijer/Schmidt 1958 s 58. Målets stora betydelse kommer också till uttryck hos Bylund, som ger det egen rubrik och kopplar dispositionen till detta mål.

⁴⁰² Domen var inte enhällig men om principuttalandena så de här har återgivits synes ingen skiljaktighet ha föreläggat.

Tillämpad på det aktuella fallet fann domstolen att sannolika skäl förebragts för föreningsrättskränkning men arbetsgivaren ansågs ha styrkt godtagbara skäl.⁴⁰³

Efter detta mål kommer åtskilliga tvister vari gjorts gällande att uppsägningar skett i föreningsrättskränkande syfte.⁴⁰⁴ I allt väsentligt synes det emellertid vara de principer som här redovisats, och särskilt då dess formulering i AD 1937:57, som tillämpats.⁴⁰⁵ I AD 1958:20 återges, exempelvis,⁴⁰⁶ den i AD 1937:57 återgivna normen för bevisbörda och beviskrav i allt väsentligt ordagrant.⁴⁰⁷

2.4.2.6 Några avslutande kommentarer kring bevisbördan i föreningsrättsmål

När det påstås att den av AD under trettioalet formulerade bevisregeln i föreningsrättsmål allttjämt äger tillämpning måste vi ha i åtanke att principen ingalunda har en för alla situationer given innebörd.⁴⁰⁸ Icke desto mindre vågar jag hävda att det råder consensus kring bevisbörderegeln principiella utformning. Den innebär således att om arbetstagarsidan⁴⁰⁹ lyckas göra sannolikt att ett visst förfarande skett i föreningsrättskränkande syfte, det åligger arbetsgivaren⁴¹⁰ att visa att det funnits ett godtagbart skäl oberoende av föreningsrättsfrågan för det aktuella handlandet.

När jag ovan valt att endast referera sådana fall där bevisbörderegeln tillämpas mer stringent döljer detta det faktum att flertalet domskäl kanske inte är lika stringenta i sin utformning. Detta behöver emellertid inte inne-

⁴⁰³ För en utförlig analys av målet och åtskilliga väsentliga formuleringar däri, se Bylund (1970) särskilt s 43-49 och s 80-88.

⁴⁰⁴ Tillämpningen av bevisbörderegeln har aktualiserats i åtskilliga mål härefter, se - före LAS - AD 1938:29, 1940:5 (med uttrycklig hänvisning och referat av AD 1937:57), 1941:130, 1941:137, 1942:62, 1942:100, 1943:75, 1943:95, 1945:2, 1945:67, 1946:67, 1948:52 (ej avsked), 1949:14, 1950:38, 1951:49, 1953:36, 1953:39, 1955:14, 1956:43, 1957:11, 1958:20, 1959:16, 1960:6, 1960:33, 1964:7, 1964:28, 1965:1, 1965:17 (varvid hänvisas till 1937:57), 1966:24, 1967:17, 1969:5, 1970:23, 1971:2, 1973:45 (med hänvisning till 1971:2) och 1975:20.

⁴⁰⁵ När Folke Schmidt sålunda i Arbetsrätt I 1972 s 105-106 refererar bevisbördeproblematiken är det i huvudsak genom ett citat ur domen 1937:57.

⁴⁰⁶ I AD 1957:11 återges inledningsvis bevisbörderegeln och dess bakgrund. Även i AD 1960:6 inleder domstolen sina skäl med en återgivning av bevisbörderegeln och dess bakgrund. Sammaledes i AD 1964:7. Se även AD 1949:14.

⁴⁰⁷ Till sistnämnda mål hänvisas det således både i Bergqvist/Lunning Medbestämmandelagen 1986 s 144 och i SOU 1982:60 s 290.

⁴⁰⁸ Jfr SOU 1982:60, särskilt s 291, där detta lyfts fram, bl a som ett argument mot att lagstifta i frågan om bevisbördan i föreningsrättsmål.

⁴⁰⁹ Det kan naturligtvis också vara en arbetsgivare.

⁴¹⁰ Eller i förekommande fall, arbetstagarsidan, se föregående not.

bära att domstolen inte använt sig av bevisbörderegeln i dessa situationer. Det finns nämligen utrymme för att tillämpa den på olika sätt och då kommer detta också att präglade framställningen i domskälen.⁴¹¹ Framst beroende på hur domstolen i det konkreta fallet ser på hur orsaksrekvisitet skall tillämpas kommer den således exempelvis ömsom att, ömsom inte att väga in arbetsgivarens motbevisning vid bedömningen av om arbetstagar sidan förebragt sannolika skäl för sitt påstående om föreningsrättskränkning.⁴¹² Det som kan ge intryck av inkonsekvens kan då i själva verket vara i högsta grad genomtänkt. När jag påstår att domstolen är mer stringent i vissa mål syftar jag därför bara på hur det hela framställs i domskälen.⁴¹³ Det är naturligtvis också uteslutet att tänka sig att domstolen vid överläggning till dom skulle kunna bortse från de intryck den fått av arbetsgivarens bevisning när de skall ta ställning till om arbetstagar sidan gjort påståendet om föreningsrättskränkning sannolikt. Samtidigt bör det framhållas att det är de stringenta fallen som bör ha störst betydelse för den framtida rättstillämpningen och säkerligen särskilt i de situationer där arbetstagar sidan anses ha gjort föreningsrättskränkning sannolik men där domstolen ändå ogillar käromålet på grund av att arbetsgivaren lyckas styrka att annat skäl föranlett uppsägningen.⁴¹⁴

2.4.3 Turordningsregler vid uppsägning p g a arbetsbrist⁴¹⁵

2.4.3.1 Inledning

I framställningen ovan om förekomsten av kollektivavtalsklausuler med begränsningar i uppsägningsrätten intar, som framgått, turordningsregler vid uppsägning p g a arbetsbrist en särställning i kvantitativt hänseende. Den frekventa förekomsten av sådana klausuler i avtal som återges i arbetsdomstolens domar ger vid handen att sådana begränsningar i uppsäg-

⁴¹¹ Se här Bylund, Leif Bevisbörderegeln som överlevde sig själv 1977, jfr Har arbetstagar ren fått hela bevisbördan för en föreningsrättskränkning? 1980.

⁴¹² Bylund visar på detta förhållande genom att uppställa två olika alternativa tolkningar av orsaksrekvisitetet och ser hur dessa slår i olika situationer, Bylund, Leif Bevisbörderegeln som överlevde sig själv 1977 45ff.

⁴¹³ Jfr "process of discovery" resp "process of justification".

⁴¹⁴ Jfr den s k bastubadarprincipen (AD 1978:89) som också ger utrymme för att bifalla/ogilla på en rad olika "plan".

⁴¹⁵ Hur tillämpningen av turordningsreglerna successivt ledde fram till krav på objektiva godtagbara skäl har liksom bevisbördan i föreningsrättsmål utförligt behandlats av Geijer (i Geijer/Schmidt 1958 s 171 och framåt). Av samma skäl som jag redovisat ovan beträffande föreningsrättsproblematiken och med än större kraft vad avser anställningsskyddsriktningen på mitt arbete finner jag ändå anledning att ge ämnet en relativt utförlig behandling.

ningsrätten inte var helt ovanliga utanför LO/SAF-området. Detta i kombination med vad som här kommer att påvisas om den betydelse dessa klausuler efter hand kom att få för den i övrigt fria uppsägningsrätten⁴¹⁶ antyder att anställningsskyddet för stora grupper alls inte var så svagt som det kan framstå som när anställningsskyddslagens stora betydelse, särskilt för dem som inte omfattades av huvudavtalet mellan SAF och LO i dess utformning efter 1964 års apriluppgörelse, lyfts fram.⁴¹⁷

Inledningsvis intog arbetsdomstolen en restriktiv attityd mot att tolka in mer i turordningsreglerna än vad som direkt kunde utläsas ur avtalen.⁴¹⁸ Jämfört med omsvängningen i föreningsrättsmål tog det också något längre tid innan domstolen fann tiden mogen att i praktiken väsentligt förbättra anställningsskyddet för arbetstagare som omfattades av kollektivavtal innehållandes turordningsregler vid uppsägning p g a arbetsbrist.⁴¹⁹

Det finns åtskilliga mål i arbetsdomstolens domsamlingar där tillämpningen av turordningsregler vid uppsägning eller återanställning står i förgrunden. Av denna anledning finns det skäl att precisera vad min uppgift här består i och vilken avgränsning detta föranleder beträffande de tvister som skall behandlas. Föremålet för mitt intresse är vilken betydelse förekomsten i kollektivavtal av regler om turordning vid uppsägningar p g a arbetsbrist har för den i övrigt fria uppsägningsrätten. Detta medför att det i första hand är turordningsreglernas betydelse när arbetsgivare till grund för en uppsägning åberopar annat än arbetsbrist som är av intresse. Med hänsyn till framställningens i dessa delar begränsade syfte kommer jag inte att göra någon närmare analys av tillämpningen av turordningsreglerna i dess helhet. Jag kommer således inte att behandla mål där huvudfrågan är om arbetsgivaren brutit mot turordningsregler. Inte heller fall där arbetsgivare frångår turordningen vid arbetsbrist med hänvisning till personliga förhållanden kommer att behandlas. En intressant iakttagelse i detta sammanhang är dock att domstolen inte tycks upprätthålla den distinktion dagens arbetsdomstol, främst vid tillämpningen av 34 § LAS, gör mellan med-

⁴¹⁶ Observera att jag inte gör anspråk på att själv ha upptäckt detta, jfr föregående not. Se också bl a avsnitt 2.4.6. nedan.

⁴¹⁷ Se exempelvis äldrelagspromemorian In 1971:1 s 30 där det med hänvisning till AD 1967:26 och 1968:10 sägs att det beträffande de förbund som står utanför huvudavtalet (Byggnads, Transport och Grafiska kartellen) råder fri uppsägningsrätt. (Jag har för övrigt inte kunnat finna att sistnämnda mål överhuvudtaget är relevant i sammanhanget.)

⁴¹⁸ Jämför domstolens skepsis mot att intolka begränsningar med hänvisning till "avtalets bestämmelser i övrigt", ovan avsnitt 2.3.3.

⁴¹⁹ Omsvängningen kan, som Geijer påvisat (i Geijer/Schmidt 1958 s 180-181) inte förklaras med generationsskifte bland arbetsdomstolens ledamöter. Av betydelse kan däremot ha varit Saltsjöbadsavtalets tillkomst, som i vart fall delvis innebar en uppmjukning från arbetsgivarnas sida i frågan om den fria uppsägningsrätten. (Geijer/Schmidt 1958 s 177.) Även den norska anställningsskyddsregleringen från 1936 kan ha spelat roll, jfr Casparsson Saltsjöbadsavtalet i historisk belysning 1966 s 159.

vetna och omedvetna turordningsbrott.⁴²⁰ Om en arbetsgivare sade upp en person med hänvisning till arbetsbrist men i strid med gällande turordningsregler hade han att styrka att det funnits skäl härtill på annan grund och lyckades han inte härvidlag ålade domstolen arbetsgivaren att återta den anställde.⁴²¹ Om det var ett turordningsbrott eller ett medvetet utnyttjande av en arbetsbristsituation för att bli av med någon av personliga skäl saknade således betydelse vad beträffar rättsverkningarna. På denna punkt synes således rättsskyddet ha varit starkare för den uppsagde vid omedvetna turordningsbrott än vad som är fallet idag. 34 § LAS skiljer således på rättsverkningarna beroende på om det bara rör sig om turordningsbrott eller om det är ett medvetet åsidosättande av turordningsreglerna av personliga skäl. I förstnämnda fall kan endast skadestånd ifrågakomma, medan det i det sistnämnda kan bli fråga om ogiltigförklaring.

Företrädesrätts- eller turordningsregler som inte är kopplade till anställningstid hos arbetsgivaren behandlas inte. De inte ovanliga organisationsklausulerna kommer således inte att beröras.

2.4.3.2 Inledande restriktivitet..

Det första mål jag kunnat finna vari problemställningen i vart fall antyds är AD 1932:50.⁴²²

Mellan parterna⁴²³ i målet gällde sedvanligt kollektivavtal med § 23 och föreningsrättsklausul. Härtill kom emellertid en ursprungligen i samband med tidigare konflikt särskilt upprättad överenskommelse om turordning vid uppsägningar p g a arbetsbrist, vilka upptog arbetstagarna i ordning efter anställningstid. Sedan en arbetstagare skiljts från sin befattning som chaufför och överförs till enklare arbete gjordes från arbetstagarförbundets sida gällande att de skäl arbetsgivaren åberopat inte var korrekta och menade att handlandet var avtalsstridigt.⁴²⁴ Arbetsdomstolen uttalade:

⁴²⁰ Jfr AD 1977:215.

⁴²¹ Det bör således framhållas att det i en i och för sig otvistig arbetsbristsituation var tillåtet att avvika från turordningsreglerna om det fanns objektivt godtagbara (personliga) skäl härför, se exempelvis AD 1932:186 och 1938:29. Jfr motsvarande vid tillämpningen av regler om återanställningsrätt, AD 1934:109 och 1938:70. Detta överensstämmer med den rättstillämpning jag nedan kritiserar dagens AD för men då fanns å andra sidan ingen måndsfristproblematik att ta hänsyn till och uppsägningsbegränsningarna var heller inte av samma generella karaktär.

⁴²² Geijer inleder sin framställning med AD 1933:94, vilket kan förklaras med dennes inriktning mot förekomsten av reservationer. I AD 1932:50 var domen enhällig.

⁴²³ Sv Handelsarbetareförbundet och dess avdelning nr 14 (Stockholms Isarbetarefackförening) å ena sidan och Stockholms handelsarbetsgivareförbund och Stockholms Is-Aktiebolag å den andra.

⁴²⁴ Någon utveckling av de rättsliga argumenten förekommer inte i domens återgivning av arbetstagaridans grunder.

”Enligt gällande avtal äger bolaget rätt att leda och fördela arbetet samt att fritt antaga eller avskeda arbetare. Det kan icke genom vad i målet förekommit anses ådagalagt, att bolaget i samband med fastställandet av den i målet omförmälda... turlistan... avhänt sig rätten att i anledning av arbetares förhållande i tjänsten efter eget beprövande avgöra frågan om arbetarens bibehållande i eller skiljande från anställningen.”

Därefter prövade domstolen de av arbetsgivaren åberopade skälen och fann utredningen ge vid handen att arbetsgivaren inte saknat fog för sina anmärkningar och ogillade talan.⁴²⁵

AD 1933:94 förefaller vara det första mål där arbetstagsidan uttryckligen argumenterar i frågan om betydelsen för uppsägningsrätten av att gällande kollektivavtal innehåller turordningsregler vid uppsägning p g a arbetsbrist.⁴²⁶ En bageriarbetare hade sagts upp och arbetsgivaren gjorde i målet gällande att skälet var att han motarbetat arbetsgivaren och uppträtt olämpligt. Mellan parterna⁴²⁷ gällde kollektivavtal, vari stadgades att ”(i) händelse av arbetsbrist skall den sist intagne först avskedas”.⁴²⁸ Den uppsagde var den först anställda och arbetstagsidan gjorde gällande att det verkliga skälet till uppsägningen var att arbetstagsaren varit ihärdig i kraven på att kollektivavtalet skulle tillämpas och att han rapporterat förseelser härvidlag till sin organisation. Arbetstagsidan framhöll emellertid också sin uppfattning om hur turordningsklausulen skulle tolkas, nämligen på sådant sätt att ”en arbetare, som skötte sig i sitt arbete, icke kunde avskedas annat än på grund av arbetsbrist, varvid den sist intagne skulle avskedas först”. Arbetsgivaren invände, på sistnämnda punkt, att han enligt avtalet var

⁴²⁵ Domskälen uppläggnings kan ge sken av att domstolen här faktiskt går in och prövar de skäl arbetsgivaren åberopat på ett sätt som ger intryck av att den tillämpar en regel om att det krävs godtagbara skäl om en uppsägning eller annat skiljande från befattning sker utan iakttagande av turordningsregler. Så bör domskälen i ljuset av senare mål knappast tolkas. Snarare rör det sig om att domstolen konstaterar att det inte rör sig om en situation vari turordningsreglerna är tillämpliga, d v s att det inte rör sig om arbetsbrist. Möjligen kan häri inläsas att domstolen ger arbetsgivaren bevisbördan, när turordningsregler gäller, för att en uppsägning *inte* föranletts av arbetsbrist. Jfr i senare rättskällor propositionen till äldrelagen, prop 1971:107 s 148 och AD 1975:38.

⁴²⁶ I AD 1933:78, vari också fanns en särskild bestämmelse med anledning av en konflikt, hade arbetstagsidan bl a gjort gällande att arbetsgivaren var förhindrad att avskeda företrädesberättigade i den mån arbetsbrist inte förelåg. Domstolen uttalade: "Arbetsgivarens rätt att antaga och avskeda arbetare... är i avtalet understruken. Bestämmelsen att vid arbetsbrist den sist anställda skall först avskedas kan icke innebära någon större inskränkning i nämnda rätt än som direkt framgår av bestämmelsen". Jfr avsnitt 2.5.2. nedan.

⁴²⁷ Sv Livsmedelsarbetareförbundet och två av dess avdelningar i Malmö och två bageriidkare i Skurup.

⁴²⁸ Det framgår ej av domen om avtalet jämväl innehöll § 23, så var troligen inte fallet. Något traditionellt decemberkompromissavtal var det under alla förhållanden inte fråga om. Föreningsrätten var således inte uttryckligen reglerad i avtalet, se avsnitt 2.4.2.

oförhindrad att avskeda arbetstagare på annan grund än arbetsbrist och fick medhåll av arbetsdomstolen, som kom fram till att

”bestämmelsen i avtalet... icke innebär någon inskränkning i arbetsgivarens rätt att avskeda arbetare utöver vad bestämmelsens ordalydelse uttryckligen angiver. I det fall, varom nu är fråga, har arbetsbrist icke förelegat och avtalet föreskriver icke någon annan inskränkning i fråga om rätten att avskeda.”⁴²⁹

2.4.3.3 Arbetstagarledamöterna mjuknar

AD 1933:165 följer upp tidigare redovisade domar. I målet hade en arbetstagare, busschaufför, sagts upp sedan hans arbetsgivare överlätit del av sin verksamhet till annan. Mellan parterna⁴³⁰ gällde kollektivavtal som utan reservation angav att ”vid avskedande på grund av arbetsbrist skall den sist anställde först avskedas”. Enligt arbetstagersidans mening innefattade klausulen en allmän begränsning i uppsägningsrätten. Man menade att en chaufför inte kunde ”skiljas från sin anställning utan att arbetsbrist föreläge, för såvitt chauffören icke gjort sig skyldig till någon försummelse i tjänsten eller annan giltig grund för avskedandet vore för handen.” För att underbygga denna sin uppfattning framhöll arbetstagersidan att det på dess motstånd inte införts någon regel i kollektivavtalet om arbetsgivarens rätt att fritt antaga och avskeda arbetstagare. Arbetsgivaren bestred arbetstagersidans uppfattning och framhöll bl a att den fria rätten att avskeda låg i ”sakens natur” och att det saknade betydelse att avtalet inte innehöll sådan bestämmelse.⁴³¹

Arbetsdomstolen upprepade i allt väsentligt sin ståndpunkt i AD 1933:94 och framhöll följande som skäl för att ogilla käromålet:

”Det är icke i målet visat, att vid avtalets tillkomst åsyftats, att denna bestämmelse skulle innebära någon inskränkning i arbetsgivarens rätt att avskeda arbetare utöver vad bestämmelsens ordalag uttryckligen angiver. Vid (arbetsta-

⁴²⁹ I denna del var domen enhällig, jfr Geijer/Schmidt 1958 s 173. Härefter kom domstolen emellertid fram till att "(n)är annat icke framgår av kollektivavtalet, måste emellertid en arbetsgivare av orsaker, som sammanhånga med kollektivavtalets rättsliga natur, anses sakna rätt att avskeda en arbetare endast på den grund att denne efter bästa förstånd sökt verka för kollektivavtalets efterlevnad eller företrätt sin organisation vid förhandlingar med arbetsgivaren." Man tolkade således in föreningsrätten som ett naturale till kollektivavtalet. Domstolen fann emellertid i det konkreta fallet inte något avtalsstridigt ha förekommit.

⁴³⁰ Sv transportarbetareförbundets avdelning nr 119 (Söderhamns Magasins- och Åkeriarbetarefackförening) och en omnibusägare i Sandarne.

⁴³¹ Jfr AD 1933:159, ovan avsnitt 2.3.2.3.

garens) avskedande har arbetsbrist inte förelegat,⁴³² och avtalet föreskriver icke någon annan inskränkning i fråga om rätten att avskeda.”

Domskälen tillför således intet egentligt nytt bortsett från att frågan om § 23 mer tydligt var uppe i detta mål men att domstolen inte fäste någon vikt härvid. Av större intresse är emellertid att arbetstagarledamöterna var skiljaktiga vad avser den formulering i domskälen som här citerats.⁴³³ De menade, utan att närmare utveckla det, att majoriteten givit klausulen en allt för ”begränsad tolkning”. Här får vi därför en första antydning till en omsvängning i synen på turordningsreglernas betydelse för den fria uppsägningsrätten.

AD 1936:118 tangerar problemet men saknar principiell betydelse i utvecklingen fram mot ett förändrat synsätt.⁴³⁴ Målet är emellertid belysande i det att det speglar det intresse en arbetsgivare vid den tiden hade av att få en uppsägning betraktad såsom föranledd av personliga förhållanden. Arbetsgivaren påstod i målet att arbetstagaren sagts upp p g a vad som skulle kunna betecknas inkompetens eller mindre användbarhet. Arbetstagersidan menade emellertid att det rörde sig om en arbetsbristsituation och att arbetsgivarens grunder endast var en förevändning för att slippa tillämpa den mellan parterna gällande turordningsregeln vid uppsägning p g a arbetsbrist. Domstolens majoritet gick i denna fråga på arbetsgivarens linje men arbetstagarledamöterna menade att det rört sig om arbetsbrist varför turordningsregeln borde ha tillämpats.⁴³⁵ Oavsett utgången i målet visar det att arbetsgivare faktiskt hade intresse av att göra gällande personliga förhållanden för att slippa tillämpa turordningsregler. Detta bör då ställas mot den situation som jag idag menar råder p g a arbetsdomstolens tillämpning av kravet på saklig grund beträffande s k arbetsbristuppsägningar. Idag är det så att arbetsgivarna istället har intresse av att göra gällande arbetsbrist eftersom de utgår från att möjligheterna att ha framgång i en process då är väsentligt större.

⁴³² Här fastslår således domstolen att företagsöverlåtelse inte utgör arbetsbrist. Se nedan avsnitt 2.5.2.

⁴³³ Jfr Geijer/Schmidt 1958 s 174.

⁴³⁴ Geijer (Geijer/Schmidt 1958) behandlar målet på s 175.

⁴³⁵ Vad gäller bevisbördan när parterna har olika uppfattningar om vad som utgör egentlig uppsägningsgrund fann domstolen det antagligt att uppsägningen skett på de av arbetsgivaren åberopade skälen och fortsatte: "Förbundet har i varje fall icke mot (arbetsgivarens) bestridande visat, att (arbetstagaren) blivit skild från arbetet under andra omständigheter än nu är sagt."

2.4.3.4 Domstolens majoritet får upp ögonen.....⁴³⁶

I AD 1938:124 hade en arbetstagare vägrats återinträde i tjänst efter fullgjord värnplikstjänstgöring. Detta fann domstolen utgöra ett avskedande.⁴³⁷ Mellan parterna⁴³⁸ gällde kollektivavtal som dels innehöll rätt för arbetsgivaren att, med iakttagande av avtalets bestämmelser i övrigt, fritt antaga eller avskeda arbetstagare, dels en turordningsregel vid uppsägning p g a ”inskränkning i driften”.⁴³⁹ Domstolen uttalade:

”Förbundet har gjort gällande, att bestämmelserna ... innebära, att arbetare icke kan entledigas på annan grund än antingen arbetsbrist eller ett objektivt godtagbart skäl.⁴⁴⁰

Enligt ordalydelsen äga de omtvistade bestämmelserna angående företrädesrätt tillämpning endast vid entledigande eller permittering på grund av inskränkning i driften respektive vid återanställning av någon, som entledigats på sådan grund. Förbundets uppfattning om en utvidgad innebörd är emellertid i och för sig ganska starkt grundad. Om arbetsgivaren skulle äga oinskränkt frihet att vid tidpunkt, då inskränkning av driften icke är i fråga, avskeda arbetare utan att därtill hava skäl原因, skulle bestämmelserna om företrädesrätt lätteligen kunna bliva utan reell betydelse.”

Med hänsyn till bl a ”det kraftiga understrykandet av rätten att fritt avskeda”, vilket i sig var ”ägnat att föranleda en inskränkande tolkning” av tur-

⁴³⁶ Redan i domen AD 1937:65 kom domstolen m h t de speciella förhållandena i målet fram till att företrädesrättsregler innefattade ett krav på objektivt godtagbara skäl. Domstolen utvecklade sin syn sålunda: ”Vad först angår tolkningen av avtalets § 8 syftar tydligen andra stycket på fall av arbetsbrist, för vilket fall en viss ordningsföljd för avskedande och permittering föreskrivits. I första styckets andra punkt har företrädesrätt till arbete inrymts åt alla arbetare, som voro anställda vid tiden för avtalets upprättande, varigenom sålunda en arbetare, som blivit avskedad därefter, har företräde till återanställning. Med hänsyn till denna ovillkorliga rätt till återanställning måste man vid avtalets avfattning hava utgått från att entledigande icke skulle kunna komma i fråga annat än på grund av arbetsbrist. Det ligger emellertid i sakens natur, att arbetsgivaren alltid måste hava rätt att avskeda en arbetare på grund av olämplighet eller försumlighet eller annat skäl, som vid ett objektivt bedömande framstår som godtagbart, och när avskedande på sådan grund ägt rum, kan naturligen fråga icke bliva om företrädesrätt till återanställning. Avtalet måste således enligt arbetsdomstolens mening innebära, att avskedande icke kan företagas på grund av andra orsaker än antingen arbetsbrist eller ock ett annat skäl, som är objektivt godtagbart.”

⁴³⁷ Jag nämner detta redan här för att inte inveckla framställningen. Arbetsgivaren menade nämligen att avskedande skett redan tidigare.

⁴³⁸ Sv Livsmedelsarbetareförbundet och dess avdelning nr 71 i Malmö och ett chokladfabriksaktiebolag i Malmö.

⁴³⁹ Klausulen innehöll en reservation för den situationen att en strikt tillämpning av turordningsreglerna skulle innebära att produktionen skulle äventyras. Detta saknade emellertid betydelse i målet.

⁴⁴⁰ Arbetstagsarsidan menade att skälet till uppsägningen var att arbetsgivaren velat ersätta den uppsagde arbetstagen med yngre, lägre avlönad arbetskraft, vilket man menade inte var ett godtagbart skäl.

ordningsregeln, ansåg sig domstolen emellertid inte kunna tillmötesgå arbetstagersidans uppfattning om hur klausulen skulle tolkas. Efter att sedan ha konstaterat att det vid arbetstagens ”avskedande icke förelegat arbetsbrist”⁴⁴¹ ogillades talan i denna del.

Geijer påpekar att domen avkunnades den 24 december 1938, dvs bara några dagar efter det att Saltsjöbadsavtalet undertecknats, och ser detta som en förklaring till den uppmjukning i synsättet som domen, trots utgången, ger uttryck för.⁴⁴²

2.4.3.5 ...svänger ett halvt varv...

I AD 1939:140 tar domstolen ett stort steg mot en vidsträckt tolkning av klausuler om turordning vid arbetsbristuppsägningar. I målet befanns en arbetstagarare ha blivit avskedad⁴⁴³ och arbetstagersidan gjorde med hänvisning till turordningsregeln i kollektivavtalet gällande att arbetsgivaren hade att visa objektivt godtagbara skäl. ”Eljest skulle nämligen det skydd för arbetarna, som åsyftades med bestämmelsen, vara helt illusoriskt.” Arbetsgivaren bestred denna arbetstagersidans ståndpunkt till hur avtalet var att uppfatta. I det mellan parterna⁴⁴⁴ senast ingångna kollektivavtalet fanns inte längre § 23 inskriven, något parterna hade olika förklaringar till. I principfrågan gjorde domstolen följande ställningstagande:

”Den av arbetarparterna sålunda hävdade avtalstolkningen måste anses i och för sig starkt grundad och vinner ytterligare stöd av det förhållandet, att man vid tillkomsten av ifrågavarande bestämmelse i 1938 års kollektivavtal samtidigt borttagit den i samma paragraf av föregående kollektivavtal mellan bolaget och avdelningen innefattade bestämmelsen, att arbetsgivaren ägde fritt antaga eller avskeda arbetare. I betraktande härav finner arbetsdomstolen, att 1938 års kollektivavtal i nu ifrågavarande hänseende är att tolka på sätt arbetarparterna gjort gällande, och att bolaget följaktligen icke äger avskeda en arbetare, utan att objektivt godtagbart skäl därför föreligger”.⁴⁴⁵

⁴⁴¹ Jag återkommer härtill i avsnitt 2.5 nedan vid analysen av arbetsbristbegreppet i praxis före anställningsskyddslagen.

⁴⁴² Geijer/Schmidt 1958 s 177.

⁴⁴³ En av tvistefrågorna var huruvida arbetstagen avskedats eller själv lämnat anställningen.

⁴⁴⁴ Sv Livsmedelsarbetareförbundets avdelning nr 63, Stockholm och Fritz Haeggström AB.

⁴⁴⁵ P g a mycket speciella förhållanden, vilket saknar principiell betydelse och vilket jag därför inte går in på, kom käromålet att ogillas.

Som framgår av citatet finns det ett direkt samband mellan domstolens ståndpunktstagande och de speciella förhållanden som rådde i målet.⁴⁴⁶ Om man vid tidpunkten för domens avkunnande kunnat se domens plats i utvecklingen kunde man möjligen betrakta det som ett av de sista stegen.⁴⁴⁷ Någon generell regel var det emellertid inte domstolen skapade i 1939 års fall.

2.4.3.6 ...och tar steget fullt ut

I AD 1941:48 är omständigheterna sådana att jag i enlighet med vad som sades inledningsvis inte bör behandla det.⁴⁴⁸ Emellertid är domstolens principuttalanden av det slaget att de i målet speciella förhållandena saknar betydelse. Det är också i detta mål domstolen definitivt tar steget fullt ut vad beträffar frågan om turordningsreglens betydelse för den i övrigt fria uppsägningsrätten. I målet hade en arbetstagare sagts upp under åberopande av arbetsbrist. Arbetstagersidan gjorde gällande att någon arbetsbrist inte förelegat och framhöll att det verkliga skälet till uppsägningen var att arbetstagen var organiserad kommunist. Arbetsgivaren vidhöll att arbetsbrist var grunden för uppsägningen men medgav att skälet till att just den aktuella arbetstagen sades upp var att han var kommunist och på grund härav var olämplig för arbete hos arbetsgivaren, fortifikationsförvaltningen. Det var således arbetsgivarens sätt att tillämpa turordningsreglerna som medfört uppsägning av den aktuella arbetstagen, vilken var den som hade längst anställningstid bland de berörda. Mellan parterna⁴⁴⁹ gällde kollektivavtal som innehöll bestämmelse om fri uppsägningsrätt av decemberkompromissutformning. Härjämte innehöll avtalet en turordningsregel som vid minskning av arbetsstyrkan innebar att ”vid lika lämplighet” avseende skulle fästas vid anställningstid och försörjningsplikt. Arbetstagersidan gjorde, med hänvisning till tidigare uttalanden av domstolen, gällande att arbetsgivaren hade att visa godtagbara skäl för sin åtgärd att säga upp den berörde arbetstagen.⁴⁵⁰ Domstolen anförde i inledningen av domskälen:

⁴⁴⁶ Geijer synes vara mindre tveksam till hur domskälen skall uppfattas, se Geijer/Schmidt 1958 s 178.

⁴⁴⁷ Domen var inte enhällig. Arbetsgivarrepresentanterna och en av ämbetsmännen reserverade sig, dock inte (uttryckligen i vart fall) i frågan om hur avtalet skulle tolkas. Jfr Geijer/Schmidt 1958 s 178.

⁴⁴⁸ Arbetsgivaren åberopade inte personliga förhållanden utan arbetsbrist och tvisten rörde ifrågasatt turordningsbrott.

⁴⁴⁹ Försvarsverkens Civila Personals Förbund och Försvarsväsendets centrala förvaltningsmyndigheter, bl a fortifikationsstyrelsen.

⁴⁵⁰ I sammanhanget framhöll man dessutom att arbetstagen redan vid tidpunkten för uppsägningen inte längre var kommunist. Man menade också att turordningsklausulens un-

”Vid minskning av arbetsstyrkan skall enligt avtalet... vid lika lämplighet avseende fästas vid ifrågakommande arbetares anställningstid och försörjningsplikt. En arbetare som har längre anställningstid än en annan, har alltså rätt att bibehållas i arbete, såfram han icke på grund av mindre lämplighet eller ringare försörjningsbörd bör stå tillbaka. Då ifrågavarande regel skulle väsentligen kunna förlora sin reella betydelse, om arbetsgivaren hade möjlighet att utan samband med arbetsbrist avskeda arbetare på vilken grund som helst, finner arbetsdomstolen det böra antagas, att arbetsgivaren, oansett bestämmelsen i avtalets § 2 mom. I,⁴⁵¹ icke äger avskeda arbetare, som kan göra anspråk på företrädesrätt, utan att därtill finnes en objektivt godtagbar anledning. Vid sådant förhållande måste det anses likgiltigt, huruvida arbetsbrist förelegat vid tidpunkten för (arbetstagarens) avskedande. Målet skall under alla omständigheter bedömas med hänsyn till frågan om (arbetstagaren) - som var den äldste i tjänsten av arbetarna på byggnadsavdelningen - objektivt sett icke lämpligen borde bibehållas i arbete.”⁴⁵²

Här lämnar domstolen, till skillnad från AD 1939:140, inte längre utrymme för en tolkning i enlighet med fallets speciella förhållanden. Avtalet gav, som påpekats, arbetsgivaren fri uppsägningsrätt och detta förhåller sig också domstolen uttryckligen till när den finner att uppsägning av företrädesberättigad arbetstagare kräver ”objektivt godtagbar anledning”. Domstolen klargör också att den formulerade principen äger generell giltighet om en arbetstagare sägs upp när det finns personer kvar som har kortare anställningstid.⁴⁵³ Det spelar således, såsom domstolens uttalande måste uppfattas, ingen roll om arbetsgivaren uppriktigt eller inte angivit något personligt förhållande som uppsägningsgrund eller om han gör gällande att arbetsbrist faktiskt förelegat och att han medvetet eller omedvetet tillämpat turordningsreglerna fel. Har en företrädesberättigad sagts upp före annan då har arbetsgivaren att visa objektivt godtagbara skäl för sin åtgärd.⁴⁵⁴

Efter sin principiella utläggning kring frågan hur turordningsregler i relevanta avseenden är att tolka gjorde domstolen vissa⁴⁵⁵ allmänt formulerade ställningstaganden till frågan hur bedömningen av om godtagbara skäl förelegat skall tillgå:

dantag riktade in sig på arbetstagarens yrkeskompetens och icke sådana faktorer arbetsgivaren anfört.

⁴⁵¹ Rätt att bli fritt avskeda.

⁴⁵² Domen var enhällig.

⁴⁵³ Att vissa turordningsbestämmelsers utformning i sig kan ge utrymme för diskussion om hur turordningslistan skall se ut är en annan sak.

⁴⁵⁴ Detta bekräftar enligt min uppfattning att den i gällande anställningsskyddslag upprätthållna distinktionen mellan turordningsbrott och "icke-saklig grund" (34 § LAS) inte är historiskt förankrad.

⁴⁵⁵ Till förhållandena i målet relaterade.

”När arbetsgivaren avser att företaga ett avskedande, är det tydligt, att det icke räcker med att ett giltigt skäl en gång förelegat. Arbetsgivaren måste förvissa sig om att skälet alltjämt består. Skulle arbetsgivaren i tro att skälet alltjämt föreligger vidtaga entledigandet och det sedermera befinnes, att han misstagit sig, måste avtalet anses innebära, att arbetaren har rätt till omedelbar återanställning och ersättning för förlorad arbetsförtjänst”.

Tillämpat på det aktuella fallet utföll det så att objektivt godtagbara skäl inte ansågs föreligga, varför arbetsgivaren förpliktades återanställa den uppsagde arbetstagaren.⁴⁵⁶

I AD 1941:71 upprepar domstolen sin syn på tolkningen av turordningsklausuler. I målet hade en arbetstagarare sagts upp bl a med hänvisning till självförvårdad sjukdom och påstådd försumlighet. Mellan parterna⁴⁵⁷ gällde kollektivavtal som innehöll turordningsregler vid uppsägnings p g a arbetsbrist.⁴⁵⁸ Arbetstagersidan menade, med hänvisning till turordningsregeln, att avtalet måste ”anses med nödvändighet innebära, att avskedande över huvud icke kunde äga rum utan att ett objektivt godtagbart skäl därtill förelåge”, och menade att arbetsgivaren inte hade sådant skäl för sin uppsägning. Domstolen följer linjen från tidigare domar:

”Vad angår avskedandet finner arbetsdomstolen, att bestämmelserna i avtalet..., varigenom en i tjänsten äldre arbetare tillförsäkrats rätt att vid arbetsbrist kvarstanna i arbete framför de i tjänsten yngre, lätteligen skulle förlora praktisk betydelse, om arbetsgivaren oberoende av arbetsbrist skulle kunna avskeda arbetare på vilket skäl som helst. Det måste därför antagas, att avtalet i denna del har den innebörden, att arbetsgivaren över huvud icke kan avskeda en företrädesberättigad arbetare, utan att därtill finnes en objektivt godtagbar anledning.”⁴⁵⁹

Sådana skäl ansågs inte föreligga varför käromålet bifölls.⁴⁶⁰

⁴⁵⁶ Med hänsyn till det sätt varpå arbetstagersidan lagt upp sin talan, dvs med tonvikt på att de åberopade förhållandena vid tidpunkten för uppsägningen inte längre förelåg, slapp domstolen, vilket den också framhåller, att ingå i prövning på frågan huruvida det vore godtagbara skäl att i ett fall som det aktuella säga upp en organiserad kommunist.

⁴⁵⁷ Sv Livsmedelsarbetareförbundet och dess avdelning nr 50 i Kristianstad och ett flertal bageriidkare därstädes, däribland svaranden Almér.

⁴⁵⁸ Däremot synes inte avtalet ha innehållit § 23. Det framgår ej av referatet, se dock Geijer/Schmidt 1958 s 179.

⁴⁵⁹ Domstolens formulering ger vid handen att det blott rör sig om en tolkning av det i målet aktuella kollektivavtalet. Skälet till att man formulerar sig så är dock att det just är det det rör sig om. (Domstolen var generellt mer obenägen vid denna tid att uttrycka sig i generella termer på det sätt som numera är vanligt.) Att denna sedan utfaller på samma sätt oberoende av vilka som är parter behöver i sig inte innebära att man betraktar det som en allmän princip.

⁴⁶⁰ En arbetsgivarledamot var skiljaktig beträffande tolkningen av klausulen. Se Geijer/Schmidt 1958 s 179.

2.4.3.7 Principen preciseras

AD 1941:77 kan i förstone synas innebära blott en tillämpning av de principer som tidigare slagits fast. Målet är emellertid av intresse i det att det enligt min mening preciserar och därmed också begränsar vidden av de tolkningsprinciper domstolen tidigare slagit fast. En arbetstagare hade sagts upp och ersatts med en annan yngre, lägre avlönad. Mellan parterna⁴⁶¹ gällde kollektivavtal med turordningsregel vid uppsägning p g a arbetsbrist.⁴⁶² Arbetstagsidans menade med hänvisning till turordningsregeln att arbetsgivaren hade att visa objektivt godtagbara skäl. Vidare att bolagets förfarande skulle innebära ett kringgående av avtalets lönebestämmelser och yrkade att domstolen skulle förpliktiga arbetsgivaren att återanställa den uppsagde. Arbetsgivaren menade sig inte kunna acceptera arbetstagsidans syn på hur kollektivavtalet skulle tolkas, och framhöll att det inte var fråga om en uppsägning p g a arbetsbrist. Domstolen uttalade:

”I anslutning till vad arbetsdomstolen i domarna nr 48/1941 och 71/1941 uttalat, finner arbetsdomstolen väl, att vad i avtalet...stadgas därom, att vid arbetsbrist sist anställd arbetare först skall entledigas, måste anses överhuvud betaga bolaget rätt att utan objektivt godtagbar anledning avskeda anställd, som kan gör anspråk på företrädesrätt framför senare anställd.”

Så långt bekräftar domstolen sin tidigare tillämpning. Detta mål förstärker också ställningstagandets karaktär av allmän princip i det att domstolen hänvisar till sina tidigare avgöranden, som ju gällt andra kollektivavtal än det i målet aktuella.

Direkt härefter fortsätter emellertid domstolen enligt följande:

”Enär emellertid (arbetstagsidans) såsom den bland butikspersonalen sist anställda icke ägt dylik företrädesrätt, har den i nämnda stadgande innefattade begränsningen i bolagets rätt att företaga avskedanden icke ägt tillämpning beträffande henne.”

Här bekräftar domstolen vad den tidigare möjligen antytt i sina allmänt hållna formuleringar.⁴⁶³ Utgångspunkten för tillämpningen av principen om krav på objektivt godtagbara skäl skulle således vara det objektivt konstaterbara förhållandet att en arbetstagare sagts upp och andra med kortare anställningstid finns kvar, och oberoende av vad som är den uppgivna eller verkliga uppsägningsgrunden. Något ytterligare stöd för denna tolkning av domstolens uttalande har jag inte funnit i senare praxis men domstolens tillämpning är fullt konsekvent mot bakgrund av den generella princip som formulerats i tidigare domar. Tillämpningen avser ju att skydda turord-

⁴⁶¹ Sv Handelsarbetareförbundet och AB H.P. Rydén's Bagerier i Söderhamn.

⁴⁶² Huruvida även § 23 ingick framgår inte men sannolikt var så inte fallet.

⁴⁶³ Domen var enhällig.

ningsregeln och inte att i sig skapa ett krav på godtagbara skäl vid uppsägningar. Innebörden synes således vara, att om en arbetsgivare säger upp den sist anställda⁴⁶⁴ så skulle han inte vara skyldig att redovisa objektivt godtagbara skäl för sin åtgärd.⁴⁶⁵

Det sista mål jag kunnat finna vari betydelsen för den fria uppsägningsrätten av förekomsten av turordningsregler är föremål för prövning är *AD 1941:113*.⁴⁶⁶ En arbetstagarare hade sagts upp sedan han gjort anspråk på löneuppflyttning enligt kollektivavtal. Arbetsgivaren angav som skäl härtill att arbetstagararen inte var en fullgod arbetare varför kollektivavtalets löneregler inte vore tillämpliga. Sedan arbetstagararen stått på sig i sina krav hade han sagts upp och därefter ersatts av andra arbetstagarare.⁴⁶⁷ Mellan parterna⁴⁶⁸ gällde kollektivavtal med turordningsregler vid uppsägning på grund av arbetsbrist. Arbetstagar-sidan gjorde gällande att detta innebar krav på objektivt godtagbara skäl.

Arbetsdomstolen fastslog att turordningsbestämmelsen ”måste anses innebära, att arbetare icke kan entledigas för att ersättas av annan, i tjänsten yngre arbetare, med mindre för entledigandet förelegat ett objektivt godtagbart skäl.”

Domstolen gav arbetsgivaren rätt i dennes uppfattning om arbetstagararens bristande förmåga och ogillade käromålet.⁴⁶⁹

Den formulering domstolen använder sig av här skiljer sig något från vad som förekommit i de tidigare målen. I ett avseende kan det sägas utvidga principen till att även omfatta återanställningssituationen, även där turordningsregler för sådant fall inte uttryckligen framgår av avtalet. Samtidigt tycks emellertid uttalandena inte stå i överensstämmelse med vad som framgick av *AD 1941:77*. Den formella grund varpå domstolen där baserade sitt slut skulle således inte kunna användas i den mån den sist anställda ersätts av en nyanställd.⁴⁷⁰ Även om jag inte ser det som min uppgift att sammanjämka oförenliga rättskälleuttalanden, tolkar jag ändå de båda målen sammantaget så, att om en arbetstagarare ersätts gäller kravet på objektivt godtagbara skäl, men inte då arbetsgivaren säger upp den sist anställda utan att ersätta vederbörande. Denna

⁴⁶⁴ Eller den som på annan grund står längst ner på turordningslistan, i förekommande fall med hänsyn tagen till turordningskretsar eller motsvarande.

⁴⁶⁵ Domstolen måste rimligen också mena att det inte rör sig om en arbetsbristsituation i avtalets mening. Annars vore ju i vart fall den uppsagde berättigad till återanställning i enlighet med avtalet. Se nedan avsnitt 2.5.2.

⁴⁶⁶ Det är också det sista i Geijers framställning, se Geijer/Schmidt 1958 s 180f. Härefter synes följaktligen ställningstagandet inte längre ha varit omstritt. I flera mål därefter som rör frågan om objektivt godtagbara skäl är principen ostridig mellan parterna. Utan att frågan synes ha varit tvistig återupprepas ställningstagandet i *AD 1947:60* och *1955:44*, vari uttrycklig hänvisning sker till *AD 1941:48*. Se också *AD 1963:3*.

⁴⁶⁷ Detta förnekades delvis av arbetsgivaren, men domstolen fann så vara fallet.

⁴⁶⁸ Sv Handelsarbetareförbundet och Erich Holmström AB i Hälsingborg.

⁴⁶⁹ Domen var i relevanta delar enhällig. Geijer (Geijer/Schmidt 1958) sammanfattar reservanternas ståndpunkter i utvecklingen fram till detta mål på s 180-81.

⁴⁷⁰ Eller i vart fall någon med kortare sammanlagd anställningstid.

tolkning kan hävdas stå i strid med AD 1941:77 där ju den uppsagde ersattes av annan. Vad domstolen emellertid i det målet tycks ha slagit fast,⁴⁷¹ utan att knyta an det till frågan om objektivet godtagbara skäl, var att det står arbetsgivaren fritt att välja sammansättning på personalen mot bakgrund av ålder, utbildning etc för att få en med hänsyn till kollektivavtalens kategoriindelning rimlig kostnadsstruktur. Betraktar man sådana argument som objektivet godtagbara i enlighet med uttalandena i AD 1941:113 får man de båda målens till synes motstridiga ställningstaganden att gå ihop. Härigenom synes ändå fältet stå öppet för kringgåenden.

2.4.4 Förbud mot uppsägning med anledning av värnpliktstjänstgöring (vpl-lagen)

Genom den s k vpl-lagen⁴⁷² infördes 1939 ett förbud mot uppsägning med anledning av att en arbetstagare fullgjorde värnpliktstjänstgöring.⁴⁷³

Lagen bör främst ha haft betydelse då en arbetstagare efter fullgjord värnpliktstjänstgöring vägrades återinträde i tjänst. Värnpliktstjänstgöring ansågs nämligen inte innebära att en anställning upphörde⁴⁷⁴ och en vägran att återta en person i tjänst efter fullgjord värnpliktstjänstgöring ansågs därför utgöra en uppsägning av anställningsavtalet.⁴⁷⁵

I det första mål, AD 1941:3, vari arbetsdomstolen hade tillämpningen av 1939 års lag uppe till bedömning gjorde den en längre utläggning angående förhållandet mellan lagen och den fria uppsägningsrätt, som arbetsgivaren i målet var tillförsäkrad enligt gällande kollektivavtal:

”I lagen den 14 oktober 1939 om förbud mot arbetstagares avskedande med anledning av värnpliktstjänstgöring m.m. stadgas, att ingen må på grund av tjänstgöring, som åligger honom enligt värnpliktslagen, skiljas från anställning, som han innehar. Den till militärtjänst inkallade värnpliktige får sålunda icke entledigas uteslutande för att ersättas med en annan, och arbetsgivaren är - bortsett från fall som avses i lagens 2 § - skyldig att sörja för att den värnpliktiges befattning under tiden för den militära tjänstgöringens fullgörande uppe-

⁴⁷¹ Med hänvisning till tidigare praxis, AD 1935:14 och 1941:47.

⁴⁷² Lag om förbud mot arbetstagares avskedande med anledning av värnpliktstjänstgöring, SFS 1939:727.

⁴⁷³ Bestämmelsen återfinns i 1 §. Lagen får sägas vara speciell såtillvida att dess syfte var att upprätthålla och kanske t o m stärka försvarsviljan. Regleringen hade en motsvarighet i lagen den 16 oktober 1914 om förbud i vissa fall mot värnpliktigs skiljande från tjänst eller arbete, SFS 1914:271.

⁴⁷⁴ Se AD 1930:49, 1932:74, vari sägs att "(s)jälva den omständigheten att (arbetstagaren) nödgats vara borta från arbetet för fullgörande av värnpliktstjänstgöring har icke varit av beskaffenhet att häva arbetsansättningen", 1933:97, 1938:2 och 1938:124.

⁴⁷⁵ Se AD 1931:133, 1932:74 och 1933:97.

hålles på sådant sätt, att den värnpliktige med den begränsning, som följer av stadgandet i lagens 3 §, efter tjänstgöringens slut kan återinträda i arbete. Där-
emot utgör lagen icke hinder för att den värnpliktige entledigas på annan grund
än den militära tjänstgöringen. Skulle härvid tvist uppstå rörande frågan, vil-
ken den verkliga anledningen till entledigandet är, och sannolika skäl före-
bringas för att den militära tjänstgöringen utgör den egentliga orsaken, måste
arbetsgivaren vara beredd att styrka, att han haft en annan, objektivt godtagbar
grund för åtgärden.

Bland de godtagbara skäl, som kunna åberopas, märkas naturligen i första
rummet arbetsbrist. Det är sålunda icke stridande mot lagen, att arbetsgivaren
vid den värnpliktiges återkomst meddelar honom, att arbete icke längre kan
beredas honom på grund av att arbetsgivarens rörelse under hans frånvaro
måst inskränkas och en minskning av arbetsstyrkan i följd därav är nödvändig.
Men när på detta sätt en minskning av arbetsstyrkan är erforderlig, kan fråga
uppstå om fördelningen av återstående arbetstillfällen mellan den hemvändan-
de värnpliktige och hans i arbete kvarstående kamrater, en fråga som eventu-
ellt också kan beröra flera värnpliktiga inbördes. Detta spörsmål rörande kon-
kurrensen om arbetstillfällena har icke erhållit någon lösning i lagen.

För arbetstagarna framstår det ofta såsom rimligt, att i den angivna situatio-
nen en turordning efter anställningsdatum tillämpas, så att den till tjänsteåldern
yngre får vika för den äldre. En dylik turordning är dock långt ifrån alltid äg-
nad att tillfredsställa skälighetens krav. Redan från arbetstagarnas synpunkt
kan försörjningsbördan utgöra en beaktansvärd omständighet, och härtill
komma sådana förhållanden, till vilka från arbetsgivarens synpunkt hänsyn bör
tagas, såsom arbetets praktiska anordnande, de olika arbetstagarnas duglighet
o. s. v. I den mån en turordning likväl blivit genom avtal fastställd beträffande
arbetstillfällen i allmänhet, skall densamma uppenbarligen följas även i det
åsyftade fallet, icke med stöd av lagen utan på grund av avtalet. Men där en
dylik inskränkning i fråga om arbetsgivarens rätt att antaga och avskeda ar-
betstagare icke blivit gjord, läser lagens tystnad böra tolkas såsom innebäran-
de, att lagen i princip icke avser att göra inskränkning i arbetsgivarens befo-
genhet att med stöd av sin nämnda rätt fritt lösa konkurrensfrågan.

Fall kunna emellertid tänkas, då arbetsgivarens sätt att lösa frågan om fördel-
ningen av återstående arbetstillfällen strider mot grunderna för lagens ovill-
korliga stadgande, att den värnpliktige icke på grund av sin militära tjänstgö-
ring må skiljas från sin anställning. Skulle sannolika skäl föreligga för anta-
gande därom, måste arbetsgivaren - på motsvarande sätt, som ovan sagts i frå-
ga om tvist rörande den verkliga anledningen till entledigandet - vara beredd
att förebära erforderlig bevisning för att han löst frågan om arbetstillfällena
på ett ur objektiv synpunkt godtagbart sätt.

Ett i viss mån särpräglat fall, där anledning föreligger att utkräva en dylik
beviskyldighet av arbetsgivaren, föreligger, om samtidigt med inskränkning
av arbetsstyrkan en ledighet uppstår på en befattning, som icke behöver indra-
gas, och arbetsgivaren besätter den lediga befattningen med någon, som icke

därförut haft anställning hos honom. Med lagens grund måste det nämligen anses överensstämma, att en ledighet, som uppkommer i denna situation, om möjligt utnyttjas för att framdeles bereda arbete åt arbetstagare, som är inkallad i militärtjänst och som kan förväntas eljest bliva arbetslös på grund av inskränkningen av arbetsstyrkan.”⁴⁷⁶

Vi ser att domstolen laborerar med bevisbörderegler på två olika stadier. För det första vad gäller grunden för att uppsägning (eller motsvarande) överhuvud sker och för det andra, för det fall arbetsbrist anses föreligga, varför just den berörde sägs upp.⁴⁷⁷ När domstolen anger hur reglerna bör tillämpas uppställer den vid tvist om vad som föranlett en uppsägning en bevisbörderegler av det slag som tidigare utvecklats i föreningsrättsmål. Vid ett närmare betraktande synes någon sådan regel emellertid inte upprätthållas. Jag kan i detta mål över huvud inte finna att domstolen tar ställning till frågan huruvida arbetstagsidans gjort sannolikt att det som föranlett uppsägningen var vpl-tjänstgöringen. Beträffande det andra fallet visar också domstolen genom sin långa utläggning att konsekvensen i praktiken blir att arbetsgivaren har bevisbördan i den mån en ”vpl-anställd” (som i vart fall inte är senast anställd) sägs upp i en arbetsbristsituation. Senare praxis bekräftar detta. I AD 1942:5 konstateras i inledningen till domskälen kort och gott att arbetstagsidans måste ”anses hava förebragt sannolika skäl”. Slutsatsen av detta måste bli att någon sannolikhetsbevisning heller inte varit nödvändig; det var tillräckligt att styrka att en person ej återfått sitt arbete (eller blivit uppsagd i anslutning till) efter fullgjord vpl-tjänstgöring.

Denna slutsats förstärks av AD 1946:25, där domstolen inte ens längre talar om att arbetstagsidans har att visa sannolika skäl:⁴⁷⁸

”I nämnda lag stadgas, att ingen må på grund av tjänstgöring, som åligger honom enligt värnpliktslagen, skiljas från anställning, som han innehar. I domen 3/1941 har arbetsdomstolen närmare uttalat sig om lagens innebörd. Den till militärtjänst inkallade värnpliktige får icke entledigas uteslutande för att ersättas med en annan. Lagen utgör däremot icke hinder för att den värnpliktige entledigas på annan grund än den militära tjänstgöringen. Skulle tvist uppstå om den verkliga anledningen till entledigandet, måste arbetsgivaren vara beredd att styrka, att han haft en objektivt godtagbar grund för åtgärden”.

⁴⁷⁶ Här inläggs i praktiken ett krav på omplaceringsskyldighet i den mån lediga tjänster finns.

⁴⁷⁷ Man kan ifrågasätta om det var möjligt att upprätthålla denna distinktion. Jfr min kritik nedan avsnitt 3.4 i anslutning till behandlingen av AD 1977:215.

⁴⁷⁸ Skillnader i uttryckssätt och formuleringar kan i vart fall knappast vara betingat av domstolens sammansättning. Lindhagen var ordförande i samtliga dessa mål och de var alla enhälliga.

Efter att sedan kort ha redogjort för de faktiska förhållandena, att en person som anställts under den uppsagdes värnpliktstjänstgöring fick vara kvar i tjänst, konstaterade domstolen att "(f)rågan är alltså om bolaget haft godtagbara skäl för denna åtgärd".

Det synes således ha varit tillräckligt att påvisa att en från värnplikts-tjänstgöring återvändande person inte fått återinträda i arbete för att arbetsgivaren skulle ha att styrka ett godtagbart skäl. Och här måste domstolens krav anses vara tämligen höga, vilket tydliggörs i både 1941 och 1946 års fall. Att det också snarast rör sig om en materiell regel än en bevisregel styrks också av sistnämnda mål,⁴⁷⁹ där domstolen fann det sannolikt att ett väsentligt skäl till att arbetsgivaren önskade behålla den senare anställde i sin tjänst var dennes status av politisk flykting. "Hur behjärtansvärt detta syfte än i och för sig varit, måste det stå tillbaka för (den värnpliktstjänstgörandes) rätt". Här blir det uppenbart att det inte är en bevisbörderegler syftandes till att domstolen skall bli förvissad om att det varit andra skäl än vpl-tjänstgöringen som föranlett uppsägningen. Kraven på godtagbara skäl är därför här av större allmänt intresse än vad som är fallet med motsvarande begrepp tillämpat på påstått föreningsrättskränkande uppsägningar.⁴⁸⁰

2.4.5 Förbud mot uppsägning av skyddsombud

I 1949 års arbetarskyddslag⁴⁸¹ infördes i 42 § en bestämmelse av innebörd att en arbetsgivare inte fick skilja en arbetstagare från dennes anställning p g a att hon utsetts till skyddsombud eller med anledning av hennes verksamhet som skyddsombud. Stadgandet utgör ytterligare ett exempel på punktvis legal begränsning av den vid denna tid i övrigt fria uppsägningsrätten.

I AD 1953:49 hade ett skyddsombud avskedats. Arbetstagsidan⁴⁸² gjorde i målet gällande att orsaken till avskedandet var arbetstagarens verksamhet som skyddsombud.⁴⁸³ I domskälen gjorde domstolen inledningsvis följande principiella ställningstaganden:

⁴⁷⁹ Dvs AD 1946:25.

⁴⁸⁰ Till denna fråga återkommer jag i avsnitt 2.5.5 nedan.

⁴⁸¹ SFS 1949:1.

⁴⁸² Arbetstagaren förde själv talan sedan hans organisation förklarar sig inte vilja företräda honom.

⁴⁸³ Att några andra begränsningar av uppsägningsrätten skulle finnas framgår inte av domsreferatet.

”I 42 § arbetarskyddslagen stadgas, bland annat, att en arbetsgivare icke må på grund av en arbetstagares verksamhet som skyddsombud skilja denne från hans anställning. Däremot utgör lagen icke hinder för att en arbetstagare, vilken är skyddsombud, entledigas på annan grund än sin verksamhet som sådant ombud. Skulle härvid tvist uppstå rörande frågan, vilken den verkliga anledningen till entledigandet är, och sannolika skäl förebringas för att vederbörandes verksamhet som skyddsombud utgör den egentliga orsaken, måste arbetsgivaren vara beredd att styrka, att han haft en annan, objektivt godtagbar grund för åtgärden.”⁴⁸⁴

Återigen ser vi alltså att domstolen då det i lag eller avtal uppställts punktvisa begränsningar i uppsägningsrätten anser sig behöva skapa särskilda bevisregler för att stävja kringgåenden. Den bevisbörderegeln som här formuleras är i allt väsentligt densamma som förebilden i föreningsrättsmålen. Schmidt har med hänvisning till detta mål hävdats att ”(d)enna regel om fördelning av bevisbördan⁴⁸⁵ är tillämplig även på *andra fall av uppsägningar i strid med lagförbud eller allmänna rättsprinciper*”.⁴⁸⁶

I det aktuella målet⁴⁸⁷ befanns inte arbetstagersidan ha lyckats sannolikhöja att avskedandet haft sin grund i den avskedades egenskap av skyddsombud. Vid denna bedömning vägdes⁴⁸⁸ de av arbetsgiversidan åberopade förhållandena in. Utan att närmare ingå på förhållandena i det enskilda fallet står det i vart fall klart att det i dessa fall rör sig om en bevisbörderegeln och inte en materiell regel och det var inte tillräckligt att objektivt konstatera att den uppsagde varit skyddsombud för att arbetsgivaren skulle ha att visa godtagbara skäl för uppsägningen.

2.4.6 Återanställningsrätt för vissa arbetstagare; äldrelagen

I avvaktan på en mer utförlig reglering av anställningsskyddsfrågorna infördes 1971 lagen om anställningsskydd för vissa arbetstagare,⁴⁸⁹ den så kallade äldrelagen. Lagen synes vara den första allmänna reglering med uttalat syfte att stärka anställningstryggheten. Tidigare lagstiftning om förbud mot uppsägning i anledning av värnpliktstjänstgöring, äktenskap mm och verksamhet som skyddsombud hade andra övergripande syften, vilka skulle tillgodoses bl a genom införande av uppsägningsförbud. Detta för-

⁴⁸⁴ Domen var enhällig.

⁴⁸⁵ Här avses bevisbördan i föreningsrättsmål, min anm.

⁴⁸⁶ Schmidt Tjänsteavtalet 1959 s 131. (Schmidts egen kursivering.)

⁴⁸⁷ Vilket också är det enda jag funnit vari stadgandet i arbetarskyddslagen varit föremål för arbetsdomstolens prövning.

⁴⁸⁸ Liksom i åtskilliga föreningsrättsmål.

⁴⁸⁹ SFS 1971:199.

hållande, och att lagen tillkom bara några år före 1974 års anställningsskyddslag, gör naturligtvis denna reglering särskilt intressant i förevarande sammanhang.

Tendenserna mot ökad utslagning av äldre arbetskraft var förklaringen till att man inte hade tid att avvakta den utredning som bara ett par år därefter lade fram förslaget till allmän anställningsskyddslag. Departementschefen använde så drastiska uttryck som att det var "nödvändigt att ... omedelbart vidtaga åtgärder".⁴⁹⁰ Det var också en arbetsgrupp inom departementet som, vid sidan av den sittande arbetsrättsutredningen, utarbetade den promemoria som kom att ligga till grund för äldrelagen.⁴⁹¹ Lagens förmåner var förbehållna arbetstagare som fyllt 45 år.⁴⁹² De ur anställningsskyddssynpunkt mest väsentliga inslagen i lagen var tvingande regler⁴⁹³ om uppsägningstid⁴⁹⁴ och – det som är av störst intresse i detta sammanhang – om återanställningsrätt⁴⁹⁵ under vissa förutsättningar för arbetstagare som sagts upp p g a arbetsbrist.⁴⁹⁶ Samtidigt med äldrelagen infördes en provisorisk "främjandelag" för äldre arbetstagare.⁴⁹⁷

I den departementspromemoria som låg till grund för den s k äldrelagen berördes frågan om återanställningsrättens effekter för den i övrigt fria uppsägningserätten:

"Som förut nämnts har det inte ansetts möjligt att i detta sammanhang uttryckligen reglera frågan under vilka omständigheter uppsägning över huvud taget skall kunna tillgripas från arbetsgivarens sida. Den föreslagna bestämmelsen om rätt till återanställning torde emellertid få återverkningar även på den frågan.

Arbetsdomstolen har ibland haft att pröva tvister om s.k. turordningsklausuler enligt vilka i tjänsten äldre arbetare tillförsäkrats rätt att vid arbetsbrist kvarstanna i arbete framför i tjänsten yngre arbetare. Arbetsdomstolen har där-

⁴⁹⁰ Prop 1971:107 s 12.

⁴⁹¹ In 1971:1 Den äldre arbetskraftens anställningstrygghet.

⁴⁹² Vilket framgår av att man i 1 § knyter an uppsägningstidernas längd till arbetstagares ålder och att man i andra stadganden i lagen sedan knyter an till dem som äger rätt till sådana uppsägningstider som anges i 1 §. Lagen var inte generellt tillämplig. Den ställde krav på viss anställningstid och gällde inte alla anställningsformer. Dessutom undantogs i 2 § bl a familjemedlemmar och företagsledare.

⁴⁹³ 7 §.

⁴⁹⁴ 1 §.

⁴⁹⁵ Det bör kanske poängteras att återanställningsrätt inte direkt utgör en begränsning i uppsägningserätten utan snarare i antagningsrätten. Återanställningsregler har emellertid ur anställningsskyddssynpunkt samma funktion som turordningsregler vid uppsägning och behandlas också, som vi strax skall se, på motsvarande sätt.

⁴⁹⁶ 6 §. Återanställningsrätten gällde i sex månader.

⁴⁹⁷ SFS 1971:202. Lag om vissa åtgärder för att främja sysselsättning av äldre arbetstagare på den öppna arbetsmarknaden.

vid framhållit att sådana klausuler lätt skulle kunna förlora praktisk betydelse, om arbetsgivaren oberoende av arbetsbrist skulle kunna avskeda arbetare på vilket skäl som helst. Domstolen har därför antagit, att sådana turordningsklausuler har den innebörden att arbetsgivaren inte kan avskeda en företrädesberättigad arbetare utan att det finns objektivt godtagbart skäl för det.⁴⁹⁸

Synpunkter av detta slag måste göra sig gällande även när det blir frågan om tillämpning av den föreslagna bestämmelsen om återanställningsrätt. Bestämmelsen kan inte rimligtvis sättas ur spel bara genom att arbetsgivaren med anledning av ett framställt yrkande om återanställning påstår, att den tidigare uppsägningen av arbetstagaren i fråga inte föranleddes av arbetsbrist. För ett sådant påstående har arbetsgivaren bevisbördan. I allmänhet torde han inte kunna styrka sitt påstående på något annat sätt än genom en bevisning om att det förelåg annat objektivt godtagbart skäl för uppsägningen än arbetsbrist. På detta sätt kan bestämmelsen om rätt till återanställning indirekt komma att leda till att den av arbetsdomstolen i domen 1932 nr 100 uppställda rättsgrundsatsen om arbetsgivarens fria uppsägningsrätt inte längre kan upprätthållas. Det får ankomma på domstolarna - närmast arbetsdomstolen - att avgöra om de redan nu och utan uttryckliga bestämmelser i ämnet anser sig kunna bryta mot tidigare praxis och ersätta principen om arbetsgivarens fria uppsägningsrätt med den motsatta principen att uppsägning inte får ske annat än på saklig grund. Det är inte förenat med några olägenheter om domstolarna på denna punkt skulle föregripa det pågående utredningsarbetet om anställningstryggheten. Den fria uppsägningsrätten är en kvarleva från äldre tider, och den speglar inte de anspråk på socialt ansvar som man åtminstone numera har rätt att ställa på arbetsgivaren. Den måste därför i alla händelser avskaffas inom en nära framtid.⁴⁹⁹

Beträffande utredningens uppfattningar i denna del synes av sammanställningen i propositionen att döma ingen annan remissinstans än arbetsdomstolens ordförande ha haft något (substantiellt) att framföra.⁵⁰⁰

”Uttalandet i promemorian att bestämmelserna om rätt till återanställning indirekt kan leda till att rättsgrundsatsen om arbetsgivarens fria uppsägningsrätt inte längre kan upprätthållas kommenteras av *arbetsdomstolens ordförande*, som framhåller att det är en komplicerad fråga huruvida denna rättsgrundsats fortfarande gäller och vad i så fall innebörden av den fria uppsägningsrätten skall anses vara. Regler om skyldighet för arbetsgivare att visa saklig grund för beslut om uppsägning är numera vanliga i kollektivavtalsförhållanden och det skulle kunna påstås, att ett krav av samma innebörd får anses gälla även i anställningsförhållanden som inte regleras av kollektivavtal. Å andra sidan talar mot tanken att principen om fri uppsägningsrätt skulle anses övergiven i nu

⁴⁹⁸ Varvid hänvisas till AD 1941:1 och 1941:113 "m.fl".

⁴⁹⁹ In 1971:1 s 93.

⁵⁰⁰ Remissyttrandet återges här i propositionens formulering av det.

gällande rätt ett flertal omständigheter, såsom t.ex. de inskränkningar som har stadgats i det i huvudavtalet fastställda uppsägningskyddet och utformningen av skadeståndsreglerna i detta avtal. Om emellertid en mera allmän rättsutveckling bort från grundsatsen om fri uppsägningsrätt inte kan antagas ha skett, något som promemorian utgår från, synes det enligt arbetsdomstolens ordförande vara tveksamt huruvida den aktuella lagstiftningen kan tillmätas väsentlig betydelse för innehållet i gällande rätt utanför lagens eget tillämpningsområde. Det förefaller svårt att tänka sig att en lagstiftning som anges vara av begränsad omfattning och provisorisk karaktär, och som dessutom skall gälla enbart för en del av arbetsmarknaden, skall i rättspraxis kunna tillmätas en så vidsträckt betydelse som antyds i promemorian. Beträffande de arbetstagargrupper som omfattas av lagförslaget torde med större skäl kunna antagas att lagen i realiteten kommer att innebära även skydd mot uppsägning utan behöriga skäl. Innebörden av de föreslagna reglerna bör emellertid klargöras genom tydliga uttalanden i förarbetena. Därför bör det tydligt redovisas huruvida avsikten med reglerna om återanställningsrätt är den antydda.⁵⁰¹

I propositionen görs följande uttalanden i ämnet vari också remissinstansernas synpunkter vävs in:

”I promemorian görs vissa uttalanden rörande förslagets återverkningar på den i arbetsdomstolens dom 1932 nr 100 antagna principen om *arbetsgivarens fria uppsägningsrätt*. Uttalandena innebär att bestämmelserna om rätt till återanställning kan komma att leda till att rättsgrundsatsen om arbetsgivarens fria uppsägningsrätt inte längre kan upprätthållas men att den frågan får överlämnas till rättstillämpningen. Jag vill med anledning härav framhålla, att det här är fråga om en oskriven rättsgrundsats som har bekräftats i arbetsdomstolens praxis och endast i mindre utsträckning på vissa speciella områden begränsats genom lag. Oskrivna rättsgrundsatser kan förändras genom den allmänna rättsutvecklingen.⁵⁰² Arbetsdomstolens ordförande har pekat på omständigheter som har inträffat efter arbetsdomstolens dom 1932 nr 100 och som kan ha påverkat rättsutvecklingen. Genom tillkomsten av den nu föreslagna lagen, särskilt då bestämmelsen om rätt till återanställning, tillkommer ytterligare en omständighet som i hög grad bör vara ägnad att påverka rättsutvecklingen i riktning bort från grundsatsen om fri uppsägningsrätt. Denna bedömning rubbas inte av att lagen har en i viss mån provisorisk karaktär, eftersom det inte är fråga om ett provisorium i den meningen att det kan bli aktuellt att i framtiden minska den anställningstrygghet som den nya lagen ger. Arbetsdomstolens ordförande synes också utgå från att den föreslagna lagen i realiteten kommer att innebära inte bara viss rätt till återanställning utan också skydd mot upp-

⁵⁰¹ Prop 1971:107 s (86-)87. Se Hennings kommentar om hyckleri, Tidsbegränsad anställning 1984 s 90. (Jfr Källströms anmärkningar i dennes anmälan 1986 s 450.)

⁵⁰² Detta måste antas vara riktat direkt mot arbetsdomstolen och dess obenägenhet att ändra sin egen praxis. Jfr domstolens syn på sitt begränsade mandat och mina kommentarer därtill ovan avsnitt 2.3.2.

sägning utan behöriga skäl, åtminstone för de arbetstagargrupper som omfattas av lagen.”⁵⁰³

I propositionens specialmotivering till återanställningsregeln sägs följande om de bevisfrågor som kan uppkomma i anledning av regeln.⁵⁰⁴

”Det torde vara allmänt vedertaget på arbetsmarknaden att arbetsgivaren anger skälet för en uppsägning. I allmänhet kan det därför inte antas erbjuda några svårigheter att konstatera huruvida grunden till en uppsägning utgörs av arbetsbrist eller arbetstagarens enskilda förhållande. Skulle arbetsgivaren inte ha angivit grunden för uppsägningen, får arbetsgivaren anses ha bevisbördan för att uppsägningen inte har skett på grund av arbetsbrist.”⁵⁰⁵

Regler om turordning eller motsvarande ledde i AD:s tidiga praxis till att arbetsgivare inte fritt kunde sägas upp av personliga skäl. I motiven till äldrelagen uppkommer samma frågeställning när man diskuterar bevisbörda för vad som utgjort verklig uppsägningsgrund. Även här kom man till motsvarande resultat; arbetsgivaren hade bevisbördan för att uppsägning inte skett på grund av arbetsbrist.

⁵⁰³ Prop 1971:107 s 118.

⁵⁰⁴ Jag har inte kunnat finna några avgöranden av arbetsdomstolen där problematiken behandlats.

⁵⁰⁵ Prop 1971:107 s 148.

2.5 'Arbetsbrist' i rättstillämpningen före LAS

2.5.1 Inledning

I detta avsnitt belyser jag hur det som idag betecknas arbetsbrist hanterats i arbetsdomstolens rättstillämpning före den allmänna anställningsskyddslagstiftningens tillkomst. Avsikten är att påvisa att vare sig den idag rådande föreställningen om en normativt relevant tudelning mellan arbetsbrist och personliga förhållanden eller ett schabloniserat synsätt vid tillämpningen av saklig grund-regeln i LAS är historiskt förankrad.

En svårighet av allmänt slag i ett sammanhang som detta är att termers betydelse ofta förskjuts sett ur ett tidsperspektiv. Man måste därför vara varsam med tolkningar där tonvikt läggs vid vilken terminologi som används. Samtidigt bör framhållas att detta också är en poäng med framställningen. Det kommer nämligen att framgå att arbetsbristtermen hade en annan innebörd i rättstillämpningssammanhang jämfört med idag. När jag exempelvis konstaterar att en av ekonomiska skäl betingad förändring av arbetsstyrkans sammansättning inte utgör arbetsbrist vid tillämpningen av turordningsregler påstår jag inte samtidigt att detta inte var en giltig uppsägningsgrund. Tvärt om innebar det att den begränsning av uppsägningsrätten som består i skyldigheten att iaktta turordningsregler inte var tillämplig. Men det visar ändå att synen på arbetsbrist var en annan än dagens. Det är därför också väsentligt att inte sammanblanda till synes samma begrepp när de förekommer i, eller i anslutning till, regler med helt olika funktioner. Om man lever med den idag utbredda föreställningen om en normativt relevant tudelning av uppsägningsgrunderna i två kategorier kan det vara svårt att ta till sig vad som här sägs. Vid en prövning skulle det säkerligen ha visats att arbetsbrist i en turordningsregel hade samma innebörd som arbetsbrist i en regel som angav att arbetsbrist var godtagbara skäl för uppsägning. Detta skulle emellertid inte kunna användas till stöd för den föreställning som idag råder eftersom arbetsbrist i dessa fall inte var en av två tänkbara kategorier av uppsägningsgrunder. Arbetsbristbegreppet förekom i kollektivavtal långt innan tudelningstänkarna kom på tapeten. Tudelningstänkar fanns, som vi sett, hos arbetstagsidan inför saltsjöpadsförhandlingarna men fick inte gehör vid avtalets formulering. Det är först i apriluppgörelsen som vi kan se ett tudelningstänkande mer påtagligt och där definieras också arbetsbrist negativt i förhållande till personliga förhållanden.

Nu skulle det kunna hävdas att en analys av förestående slag saknar intresse emedan den tudelning av uppsägningsituationerna som sker i anslutning till tillämpningen av LAS inte gjordes tidigare. Min uppfattning är emellertid, som tydligare kommer att framgå nedan, att föreställningen om

den normativa relevansen av en tudelning i personliga skäl respektive arbetsbrist varpå den moderna anställningsskyddslagstiftningen påstås bygga baseras på ett felslut såvitt angår tillämpningen av regeln om saklig grund för uppsägning.

Tudelningens normativa relevans förutsätter att det finns olika rättsverkningar (eller kanske snarare handläggningsregler) knutna till respektive uppsägningskategori och kanske också att de är avsedda att täcka in samtliga förekommande typer av uppsägningsgrunder. När det i ett kollektivavtal sägs att uppsägning endast får ske vid arbetsbrist eller misskötsamhet⁵⁰⁶ är det emellertid uppenbart att detta inte är en uttömmande beskrivning; det anger bara två av åtskilliga tänkbara uppsägningsgrunder. Lika litet som misskötsamhet täcker alla personliga uppsägningsgrunder täcker, som vi skall se, ”arbetsbrist” alla verksamhetsrelaterade förhållanden.

Som framgått av redovisningen av kollektivavtalsföreskrifter ovan har termen ”arbetsbrist” förekommit i kollektivavtal sedan lång tid tillbaka, således även före 1938 års huvudavtal. Den har här dels betecknat rekvisit⁵⁰⁷ i regler om turordning vid uppsägning respektive återanställning, dels förekommit i form av preciseringar av när uppsägning får ske. Dessa båda användningar intar en central plats nedan. Jag kommer emellertid också att studera hur arbetsbrist hanteras vid tillämpningen av regler där det ställs krav på godtagbara skäl eller motsvarande för uppsägning. Jag kommer då att inrikta mig på fall där de till stöd för uppsägningen åberopade förhållandena idag skulle anses utgöra arbetsbrist i betydelsen verksamhetsrelaterade förhållanden.

Tidsperspektivet och min bestämda uppfattning att man måste beakta den kontext vari arbetsbristbegreppet förekommer gör det också särskilt viktigt att precisera vad som är analysens föremål i detta avsnitt. Jag har därför valt att nedan behandla arbetsbristbegreppet med utgångspunkt från att det är olika regler i vilka tillämpningen blir aktuell. I avsnittet om arbetsbrist som rekvisit i turordningsregler (2.5.2) studerar jag i vilka situationer turordningsreglerna är tillämpliga. Här har arbetsbristbegreppet samma funktion som i dagens regler av motsvarande slag, dvs främst 22 och 25 §§ LAS. Huruvida det i aktuell avtalsklausul talas om 'arbetsbrist', 'driftsinskränkning' eller något annat saknar betydelse. Till följd av denna bestämning av uppgiften har jag endast uppmärksammat de mål där det ifrågasatts att turordningsregler är eller skulle ha varit tillämpliga. Mål som endast rör frågan huruvida turordningsreglerna tillämpats korrekt, d v

⁵⁰⁶ Jfr ovan avsnitt 2.2.

⁵⁰⁷ Om beteckningen tillåts beträffande förutsättningar i avtalsklausuler.

s där den principiella tillämpningen är otvistig behandlar jag således inte. I det avsnitt som rör tillämpningen av bestämmelser vari anges att uppsägning får ske p g a arbetsbrist (2.5.3) undersöker jag vad som därvid avses med 'arbetsbrist'. Vad slutligen angår avsnitten om objektivet godtagbara skäl eller motsvarande (2.5.4-2.5.6) är undersökningsföremålet tvister där arbetsgivaren till stöd för en uppsägning åberopat ett skäl som i vid mening kan sägas vara relaterat till verksamheten eller arbetsgivarens förhållanden. Jag har valt att där dela upp behandlingen mellan å ena sidan sådana fall där ett kollektivavtal anger att en uppsägning skall baseras på objektivet godtagbara grunder (eller motsvarande) och de fall där domstolen tolkat in ett sådant krav i avtalet och å andra sidan där ett sådant krav följer av de bevisregler domstolen skapat i tvister om verklig uppsägningsgrund i anslutning till punktförbud.⁵⁰⁸

2.5.2 Arbetsbrist som rekvisit i klausuler om iakttagande av turordningsregler etc

Av ett par tidiga mål kan man skönja en restriktiv syn på i vilka situationer turordningsregler var tillämpliga.

I *AD 1933:165*⁵⁰⁹ hade en arbetstagare sagts upp sedan hans arbetsgivare, en omnibusägare, beslutat överlåta bussen till annan person. Enligt kollektivavtalet gällde turordningsregler vid uppsägning p g a arbetsbrist. Arbetstagersidan menade att dessa regler gav uttryck för att uppsägning icke fick förekomma på annan grund, med undantag för misskötsel etc. Arbetsgivaren bestred denna avtalstolkning och framhöll att skälet till uppsägningen var att konkurrenssituationen ur förtjänstsynpunkt omöjliggjort för en bussägare att driva verksamheten med hjälp av anställd arbetskraft. Av denna anledning hade arbetsgivaren beslutat överlåta bussen till en person som själv hade möjlighet att köra den. Överlåtelsen hade av olika skäl inte fullbordats, även om köparen under en tid faktiskt körde bussen, och detta ledde till att den uppsagde sedermera återtog i tjänst. Arbetstagersidan yrkade därför nu ersättning motsvarande lön under mellanperioden på den grunden att uppsägningen saknat stöd i avtalet. Arbetsdomstolen inledde domskälen med att slå fast att det inte var visat att turordningsregeln i avtalet innebar en mer långtgående begränsning av uppsägningsrätten än vad ordalydelsen gav vid handen och fortsatte därefter med att konstatera att vid tidpunkten för uppsägningen "arbetsbrist icke förelegat,

⁵⁰⁸ Jag utvecklar skälen härtill nedan under 2.5.5.

⁵⁰⁹ Se också ovan 2.4.4.3.

och avtalet föreskriver icke någon annan inskränkning i fråga om rätten att avskeda”.⁵¹⁰

I AD 1936:118 hade parterna olika uppfattningar om vad som utgjort verklig uppsägningsgrund. Arbetstagar sidan menade att det var arbetsbrist som föranlett uppsägningen och att därför arbetsgivaren bort iakttaga den i kollektivavtalet reglerade turordningen. Arbetsgivaren, en åkeriägare, framhöll att det främsta skälet till uppsägningen var arbetstagarens mindre användbarhet, bestående i att han saknade trafik kort. Även om vissa andra personliga förhållanden haft sin betydelse i sammanhanget betonar ändå domstolen att den finner det antagligt, att arbetstagaren sagts upp ”icke på grund av arbetsbrist vid företaget såsom sådant utan på grund av svårigheter för (arbetsgivaren) att syster sätta (arbetstagaren) inom det begränsade område, där denne är kompetent”.⁵¹¹

Som framgått av avsnitt 2.3.3 ovan var arbetsdomstolen påtagligt obenägen att intolka begränsningar i uppsägningsrätten i bestämmelser om olika arbetstagar kategorier, lönesystem etc. Inte heller i situationer där parterna var bundna av turordningsklausuler ansåg domstolen det utgöra något hinder att arbetsgivare ersatte arbetstagare med annan (lägre avlönad) personal.

I AD 1933:78 hade två manliga arbetstagare sagts upp och ersatts med två kvinnliga. Enligt kollektivavtalet gällde turordningsregler vid ”inskränkning i driften”. Skälet till uppsägningarna var enligt arbetsgivaren främst att de

⁵¹⁰ Domstolens ställningstagande är något svårtolkat. Med hänsyn till att den uppsagde var den ende anställde hade man väl kunnat slå fast att turordningsregeln överhuvud inte kunde tillämpas, om man nu inte menade att köparen skulle betraktas som anställd till dess att överlåtelsen fullbordats (jfr AD 1931:133 och 1939:14) och att anställandet av denne under sådana förhållanden skulle kunnat anses ha utgjort ett kringgående av turordningsregeln. Domstolen väljer emellertid att till grund för sitt ogillande av käromålet slå fast att "arbetsbrist icke förelegat". Det är svårt att uppfatta detta på annat sätt än att man menar att arbetsbrist betyder att verksamhetens omfattning av något skäl minskats och att det till följd härav råder brist på arbete. Arbetstagarledamöterna reserverade sig mot majoritetens motivering och hade en helt annan lösning. De accepterade inte bokstavstolkningen av turordningsregeln men kom ändå till samma slut som majoriteten eftersom de menade att uppsägningen föranletts av överlåtelsen, vilket underförstått enligt deras mening utgjorde ett godtagbart skäl för uppsägningen.

⁵¹¹ Arbetstagarledamöterna var skiljaktiga och menade att uppsägningsgrunden måste ha varit arbetsbrist eftersom arbetsgivaren först efter drygt tre veckor anställt en ny chaufför. Emedan man menade att arbetsgivaren inte visat tillräckliga skäl för att frånga turordningsreglerna ville man bifalla talan. Även om det var arbetstagarens mindre användbarhet som föranlett uppsägningen var ju detta inte något som hos honom förändrats under hans anställning. Hans kompetens var densamma under hela anställningstiden. Istället var det verksamheten som inte kunde förse honom med relevanta uppgifter. Enligt rådande föreställningar är detta en arbetsbristsituation, där också turordningsreglerna kan tillämpas. Utfallet skulle emellertid ha blivit detsamma eftersom den berörde p g a bristande kvalifikationer inte kunnat beredas annat arbete hos arbetsgivaren.

kvinnliga arbetstagarna hade bättre utbildning och dessutom kunde avlönas med lägre lön. Arbetstagsidan gjorde gällande att uppsägningarna stred mot kollektivavtalet. Arbetsgivaren menade att de återopade avtalsbestämmelserna inte lade hinder i vägen för att "avskeda arbetare för att ersätta dem med andra, om detta med hänsyn till driften vore lämpligt". Domstolen gick på arbetsgivarens linje: "Anledningen till avskedandet torde nämligen först och främst vara, att föreningen velat i sin rörelse anställa för mejerirörelse skolad arbetskraft och samtidigt övergå till att använda kvinnor i stället för män. Härigenom har föreningen trots sig kunna vinna ett bättre utbyte av sin rörelse. Mot ett sådant syfte med avskedandet kan icke från avtalets synpunkt göras någon berättigad invändning." Avtalsklausulen talar inte om "arbetsbrist" utan om "inskränkning i driften" och det är tydligt att vare sig parterna eller domstolen uppfattar det hela som en arbetsbristsituation.⁵¹²

I AD 1938:124 hade en arbetstagare vägrats återinträde sedan han återkommit från värnplikstjänstgöring. Detta ansågs av domstolen utgöra ett avskedande. Arbetstagsidan gjorde gällande att de i avtalet stadgade turordningsreglerna⁵¹³ innefattade krav på objektivt godtagbara skäl, vilket domstolen inte höll med om.⁵¹⁴ Arbetstagsidan menade att skälet till att arbetstagaren inte beretts återinträde var att senare anställda arbetstagare enligt avtalet var lägre avlönade. Arbetsgivarens argumentation baserades i allt väsentligt på att arbetstagaren redan tidigare avskedats. I här relevanta delar av domskälen konstaterades kort att avskedandet inte stod i strid med turordningsreglerna eftersom det vid tillfället "icke förelegat arbetsbrist".⁵¹⁵

⁵¹² Jfr även AD 1933:141. Företrädesrätt för organiserade och turordningsregler vid "brist på arbete" utgjorde inget hinder för arbetsgivare att anställa oorganiserade kvinnliga arbetstagare i stället för högre avlönade organiserade manliga. I målet rörde det förvisso endast nyanställning och några större växlar bör ej dras på detta mål. Domstolens allmänna uttalande om att arbetsgivaren har rätt att själv bestämma om han vill anlita kvinnliga eller manliga arbetstagare följer emellertid upp det synsätt som kommer till uttryck i AD 1933:78. Jfr också AD 1933:170 där domstolen menade att arbetsgivaren var oförhindrad att ersätta högre avlönade arbetare med lägre avlönade, dock utan att turordningsregler var aktuella.

⁵¹³ I dessa talas inte om "arbetsbrist" utan om "inskränkning i driften". Både parterna och domstolen synes emellertid konsekvent tala om "arbetsbrist", varför de båda termerna tycks vara synonymmer.

⁵¹⁴ Målet behandlas även under avsnitt 2.4.3 ovan.

⁵¹⁵ Det finns flera sätt att kommentera denna dom. Man skulle kunna betrakta det som att det rör sig om en övertalighetssituation, dvs att det utan några förändringar av verksamhetens omfattning blivit för många anställda, något som exempelvis kan uppstå om arbetsgivare tillsvidareanställer vikarier. Vid en strikt tolkning av klausulen skulle det då inte röra sig om arbetsbrist eller driftsinskränkning. Jag har emellertid svårt att tänka mig att det är så domstolen resonerat. Det skulle vidare ha kunnat hävdas att det som arbetstagsidan gjorde gällande, att dyrare arbetskraft utbyts mot billigare, inte heller är arbetsbrist i avtalets mening, vilket har stöd i tidigare praxis men som när det rör sig om samma yrkeskategori rimligen måste anses vara i vart fall ett kringgående av turordningsreglerna.

I AD 1941:77 hade en av turordningsregler bunden arbetsgivare sagt upp den senast anställda och ersatt denna med en yngre, lägre avlönad arbetstagare.⁵¹⁶ Arbetstagar sidan hävdade att arbetsgivaren saknade objektivt godtagbara skäl för sin åtgärd. Arbetsgivaren menade bl a att uppsägningen inte föranletts av arbetsbrist. Domstolen fann att turordningsregeln innefattade ett krav på objektivt godtagbara skäl, dock endast beträffande arbetstagare som kunde göra anspråk på företrädesrätt. Emedan den i målet uppsagde var sist anställd gällde dock företrädesrätten inte för uppsägningen av henne. Härefter fortsatte domstolen: ”Ej heller kan den omständigheten, att avtalets lönebestämmelser differentierats med hänsyn till de anställdas ålder och vana i yrket, innebära, att arbetsgivaren skulle vara betagen rätten att själv välja arbetskraft med den ålder och utbildning, han i varje särskilt fall finner lämplig.”⁵¹⁷

Domstolens ställningstagande i senast refererade mål bör ha lämnat stort utrymme för kringgåenden av turordningsreglerna. I senare praxis ändrar också domstolen inställning.⁵¹⁸ Kombinationen av turordningsregler och krav på objektivt godtagbara skäl medför, har det sagts, ”att i tjänsten äldre arbetare har stora utsikter till permanent anställning, även om han i kvalifikationshänseende står tillbaka för yngre arbetare”.⁵¹⁹ En konsekvens härav blev å andra sidan att domstolen fann det rimligt att inte ställa allt för

⁵¹⁶ Målet behandlas utförligt under avsnitt 2.4.3 ovan.

⁵¹⁷ Här hänvisade domstolen till sina tidigare avgöranden i AD 1935:14 och 1941:47. Man kan mena att domstolen här på formell grund tar ställning till att turordningsregeln inte är tillämplig och att detta således inte skulle innebära att domstolen menar arbetsbrist inte föreligger. Detta menar jag emellertid motsägs av citatet ovan. Som framhållits ovan (2.4.3.7) måste domstolen rimligen mena att det inte rör sig om en arbetsbristsituation i avtalets mening. Annars vore ju i vart fall den uppsagde berättigad till återanställning i enlighet med avtalet. Sistnämnda måste anses ligga inom ramen för arbetstagar sidans talan. De något säregna förhållandena ger måhända anledning till att inte dra allt för vidlyftiga slutsatser utifrån denna dom. Jag menar det emellertid vara klart att ett av ekonomiska skäl företaget byte av arbetskraft inte utgör arbetsbrist i den mening termen här används.

⁵¹⁸ Här kan nämnas ytterligare två, perifera, fall som skulle kunna sägas tala för ett mer vidsträckt synsätt på turordnings- och återanställningsreglers tillämpning. I AD 1944:49 ansågs en företrädesrättsbestämmelse vara tillämplig även då arbetsgivare genom omorganisation överförde arbetsuppgifter till en befintlig befattning. Se också AD 1938:115, som rörde tillämpningen av en avräkningsregel vid beräkning av semesterersättning som behandlade permittering p g a arbetsbrist som privilegierad frånvaro (med dagens språkbruk). Arbetsgivaren gjorde gällande att ”till arbetsbrist är att hänföra allenast sådant arbetsuppehåll, som har sin grund däri, att en företagare på grund av bristande ordertillgång eller över huvud taget svårighet att erhålla avsättning för sitt företags produkter är nödsakad inskränka driften vid företaget.” Efter en analys av avtalets uppbyggnad i denna del fann domstolen detta arbetsbristbegrepp för inskränkt: ”Frånvaro, som har sin orsak däri, att en arbetsgivare genom ekonomiska svårigheter icke är i stånd att i full utsträckning uppehålla driften, måste anses föranledd av arbetsbrist...”

⁵¹⁹ Citerat från AD 1943:116, se också AD 1944:7.

höga krav för att arbetsgivare skulle ha rätt att säga upp en anställd på andra förhållanden än arbetsbrist.⁵²⁰

Framställningen visar, även om underlaget är begränsat, att ”arbetsbrist” inte använts i den vidsträckta mening som idag är legio. Det betydde inte 'icke-personliga förhållanden' men heller inte 'verksamhetsrelaterade förhållanden'. Man bör då emellertid ha i åtanke att det beträffande tillämpning av turordningsregler är till nackdel för arbetstagersidan att ha ett inskränkt, närmast med vardagsspråket överensstämmande, arbetsbristbegrepp. I den meningen skulle det således kunna hävdas att rättsläget genom den moderna tillämpningen av begreppet förskjutits till arbetstagersidans fördel. Härvidlag måste vi emellertid ha i åtanke att det trots allt finns en faktisk parallellitet mellan begreppens användning i turordningsregler och i regler om saklig grund eller motsvarande. Som vi snart skall se var heller inte domstolen tidigare lika generös mot arbetsgivarna som idag när det gäller tillämpningen av regler om objektivt godtagbara skäl på verksamhetsrelaterade förhållanden.

Att företeelser som inte innefattar driftsinskränkningar med åtföljande uppsägningar inte anses utgöra arbetsbrist i regler som handlar om turordning förefaller väl i och för sig rimligt. Jämfört med dagens förhållande är det ändå av vikt att framhålla dessa fall eftersom den tudelning som idag sker mellan personliga förhållanden och arbetsbrist vid tillämpningen av regeln om saklig grund för uppsägning bygger på den tudelning som sker vad gäller vilka handlingsregler etc som gäller vid de båda principiellt olika uppsägningsgrunderna. Dessa fall menar jag således stärker min uppfattning om att dagens tudelning kan ifrågasättas.

2.5.3 Arbetsbrist som precisering av när uppsägning får ske

Såsom framgått av redogörelsen ovan för förekomsten av kollektivavtal med begränsningar i uppsägningsrätten förekommer i flera avtal sådana begränsningar i form av positiva preciseringar av i vilka situationer uppsägning får ske. Det vanligaste är här att det anges att uppsägning endast får ske på grund av misskötsamhet och arbetsbrist.⁵²¹ I detta avsnitt analyserar jag de AD-mål där arbetsgivare, som är bunden av sådan klausul, till

⁵²⁰ AD 1943:116 och 1944:7. Denna ståndpunkt bör också ha kunnat ligga till grund för ett förbigående av turordningsreglerna, jfr AD 1941:113.

⁵²¹ Fråga om arbetstagarare misskött sig och därför kunnat avskedas enligt klausul som begränsade uppsägningsrätten till misskötsamhet och arbetsbrist kommer jag inte att behandla. Se beträffande sådana situationer AD 1933:21, 1934:109, 1935:41, 1937:113, 1937:139, 1938:24, 1938:28, 1941:152, 1942:54, 1942:55, 1947:34, 1950:5 och 1959:17.

grund för uppsägning av arbetstagare åberopar arbetsbrist men där arbetstagsidan förnekar eller bestrider att arbetsbrist i avtalets mening föreligger och/eller gör gällande att det verkliga skälet varit något annat.⁵²²

I AD 1931:68 hade en arbetstagare, Prytz, sagts upp under hänvisning till arbetsbrist föranledd av en omläggning av driften.⁵²³ Från arbetstagsidan gjordes gällande att det reella skälet till uppsägningen var personlig avoghet mot den uppsagde. Arbetsgivaren, Lindgren, hade samtidigt sagt upp ytterligare fyra anställda med kortare anställningstid än den i målet berörde och också följt turordning efter anställningstid. Arbetstagsidan menade emellertid att detta skett för att arbetsgivaren egentligen önskat göra sig av med Prytz. Till stöd härför åberopades bl a att arbetsgivaren strax dessförinnan sagt upp Prytz men tvingats återanställa denne efter arbetstagarorganisationens ingripande. Domskålen inleddes med några allmänna uttalanden av intresse:

”Arbetsgivaren har i princip i sitt förhållande till arbetarna rätt att bestämma i vilken omfattning han önskar driva sin rörelse och att organisera den efter gottfinnande. Det kan emellertid icke anses tillåtet att han begagnar denna rätt i strid mot i kollektivavtalet ingångna förpliktelser eller i syfte att kringgå avtalets bestämmelser. Om sålunda omständigheterna visa att en tillfällig driftsnedläggelse är avsedd att utöva påtryckning å arbetarna för genomdrivande av ett arbetsgivarens krav, kan denna komma i kollision med kollektivavtalets freds- förpliktelse. Då såsom i förevarande avtal arbetsgivarens rätt att avskeda arbetare inskränkts att gälla endast för bevislig misskötsel eller förekommen arbetsbrist, kan på samma sätt en nedläggning eller omläggning av driften komma i kollision med bestämmelsen därom, ifall det nämligen visas att bakom åtgärden icke föreligger en allvarlig avsikt att förverkliga en inskränkning eller omläggning av driften utan åtgärden vidtagits för att av annan än de i avtalet angivna grunderna kunna avskeda en arbetare.”

Därefter övergick domstolen till de konkreta förhållandena i det aktuella målet:

”Enligt arbetsdomstolens mening föreligger här ett sådant fall. Det är visserligen sant att Lindgrens handelsböcker utvisa att hans rörelse gått med förlust, och den möjligheten är väl därför icke utesluten att det funnits anledning för Lindgren att, för nedbringande av utgifterna, på något sätt omlägga sin rörelse

⁵²² Med reservation för att något fall undgått mig har det varit min ambition att redogöra för samtliga fall i arbetsdomstolens praxis där tvister av förevarande slag varit föremål för prövning. Jag har således inte uteslutit fall där domstolen funnit att arbetsgivaren tillämpat regeln korrekt. Mot bakgrund av det ringa antal mål det rör sig om har jag inte funnit anledning att systematisera fallen utan framställer dem kronologiskt och kommenterar dem efterhand i ljuset av dagens rättstillämpning.

⁵²³ Enligt gällande kollektivavtal fick uppsägning endast ske på grund av misskötsel eller arbetsbrist.

så att avskedande av en del personal nödvändiggjorts. Av Lindgrens egna uppgifter och omständigheterna i övrigt måste emellertid anses framgå att Lindgren åtminstone gått längre i driftsinskränkningen än som betingats av drifts-ekonomiska beräkningar, att den nya organisationen av rörelsen åtminstone till denna del icke varit avsedd att vara annat än tillfällig samt att grunden för den omfattning omläggningen fått varit Lindgrens önskan att kunna avskeda Prytz, som Lindgren tidigare avskedat men nödgats återtaga i arbetet.”

Efter ytterligare utläggningar som styrkte det förhållandet att åtgärderna var av provisorisk karaktär kom domstolen fram till att arbetstagsidans uppfattning om de egentliga skälen till uppsägningarna var korrekta och biföll käromålet.⁵²⁴ Domstolen betonade därvid att uppsägningarna kommit att ”omfatta just så många chaufförer som med iakttagande av tidigare tillämpad praxis angående ordningen för reduktion av personalen möjliggjort avskedandet av Prytz.”

Målet visar att arbetsdomstolen tog avtalade begränsningar av uppsägningsrätten på stort allvar. Innehåller ett avtal begränsningar i uppsägningsrätten har arbetstagsidan också härigenom ökade möjligheter att ställa krav på att arbetsgivaren verkligen kan styrka de förhållanden han lägger till grund för uppsägningen.⁵²⁵

I den första av två huvudfrågor domstolen hade att ta ställning till i AD 1931:133 konstaterades att arbetsgivaren med hänvisning till klausulen om begränsningar i uppsägningsrätten till misskötsamhet och arbetsbrist var förhindrad att säga upp en anställd för att ersätta denne med sin son.⁵²⁶ Den andra frågan rörde klausulens tillämpning vid uppsägning av två andra arbetstagare med hänvisning till att verksamheten skulle överlåtas till annan. Domstolen konstaterade inledningsvis att arbetsgivaren är ”berättigad att uppsäga personal, i den mån hon icke längre fortsätter med rörelsen för egen räkning och sålunda arbetsbrist uppstår” och fortsatte:

⁵²⁴ Domen var enhällig.

⁵²⁵ Man kan naturligtvis tona ned betydelsen av detta mål genom att hävda att förhållandena var sådana att det var uppenbart att arbetsgivaren sökt kringgå avtalets bestämmelser genom en skenåtgärd och att det i allt väsentligt rörde sig om en bevisfråga rörande verklig uppsägningsgrund. Domstolen framhåller ju dessutom inledningsvis att den rättsliga utgångspunkten är att arbetsgivaren själv bestämmer i vilken omfattning och på vilket sätt han önskar bedriva sin rörelse. Domen ger ändå enligt min uppfattning klart stöd för att domstolen ingalunda är beredd att ta en arbetsgivares påståenden om arbetsbrist för givna såsom en utgångspunkt.

⁵²⁶ Implikationerna av den argumentation som idag förs är att denna situation skulle betraktas som en uppsägning på en icke-personliga förhållanden, dvs arbetsbrist, som alltid är saklig grund för uppsägning. Jfr vad jag nedan kallar ett kontradiktoriskt arbetsbristbegrepp och AD 1977:127.

”Anledning saknas antaga annat än att överlåtelsen... är allvarligt menad. För den händelse länsstyrelsen medger trafikillståndets överflyttande ... och (arbetsgivaren) förty upphör med en del av sin rörelse, kan sålunda avtalsenlig anledning finnas att uppsäga (arbetstagarna). Men så länge frågan om trafikillståndet icke blivit avgjord och (arbetsgivaren) sålunda driver sin rörelse i oförminskad omfattning, föreligger däremot icke dylik anledning. Endast på grund av möjligheten av ett framtida bifall till ansökningen om trafikillståndets överflyttande kan uppsägning icke ske, vare sig ovillkorligt eller villkorligt på det sätt, att uppsägningen träder i kraft blott om ansökningen bifalles. Den uppsägning, som skett..., har följaktligen stått i strid med avtalets rätta mening.”⁵²⁷

Denna dom får dagens rättstillämpning att framstå som i högsta grad arbetstagarovänlig. Anteciperad arbetsbrist var således inte 'arbetsbrist' 1931.⁵²⁸

I AD 1934:109 hade en arbetstagarare avskedats med hänvisning till arbetsbrist. Bara några veckor därefter hade arbetsgivaren emellertid anställt en annan person. Enligt kollektivavtalet fick uppsägning endast ske p g a misskötsamhet eller arbetsbrist. Härtill kom att den som sagts upp p g a arbetsbrist hade företrädesrätt till återanställning. Arbetsgivaren gjorde i målet gällande att även personliga skäl varit bidragande till uppsägningen. Domstolen fann dock att arbetsgivaren inte kunnat visa några sådana skäl. Den konstaterade vidare att den åberopade bristen på arbete ”uppenbarligen icke längre förelegat” några veckor efter uppsägningen. Domstolen tvekar således inte att beakta förhållanden efter uppsägningen vid sin bedömning, men ställningstagandet skall inte övertolkas.⁵²⁹ Med hänsyn till företrädesrättsregeln fanns ingen anledning för domstolen att pröva huruvida det rörde sig om en skenåtgärd eftersom arbetsgivaren under alla förhållanden brutit mot avtalet.

I AD 1937:136 hade en arbetstagarare avskedats under påstående om arbetsbrist. Enligt gällande kollektivavtal fick uppsägning endast ske p g a misskötsamhet eller arbetsbrist och i sistnämnda fall gällde turordningsregler efter anställningstid. Den avskedade var inte den senast anställda. Arbetstagar sidan gjorde gällande att avskedandet stod i strid med avtalet

⁵²⁷ Domen var enhällig med Lindhagen som ordförande.

⁵²⁸ Det faktum att det stod i stadgandet att det måste föreligga arbetsbrist för att uppsägning skall få ske innebär inte att fallet inte är jämförbart med dagens förhållanden. Det är ju just för att domstolen i själva verket läser 7 § LAS som att det där står att uppsägning får ske p g a arbetsbrist som vi fått den märkliga rättstillämpning vi idag enligt min uppfattning har.

⁵²⁹ Enligt den uppfattning som idag förefaller vara rådande är det inte osannolikt att domstolen skulle betrakta det som en återanställningssituation. (AD 1983:42, jfr dock AD 1976:28.) Därvid är det också intressant att den distinktion beträffande rättsverkningarna som idag görs inte gjordes vid den tiden.

och arbetsgivaren anförde vissa skäl till varför just den avskedade fått sluta. Domstolen var här kortfattad i de enhälligt formulerade domskälen:

”Därest arbetsbrist förelegat, har sålunda (arbetsgivaren) icke ägt rätt att skilja (arbetstagaren) från hans anställning men i sitt arbete behålla Ax utan har varit skyldig att bereda (arbetstagaren) arbete framför Ax. Det har heller icke visats, att (arbetstagaren) gjort sig skyldig till misskötsel i tjänsten.”

Efter att också ha konstaterat att anlitalet av Ax stred mot en organisationsklausul i kollektivavtalet förpliktades arbetsgivaren återta den avskedade och utge allmänt skadestånd till organisationen för avtalsbrotten.

Intressant är här att domstolen inte i några längre utläggningar försöker komma fram till vad som utgjort uppsägningsgrunden; den frågan synes ha varit irrelevant. Mot bakgrund av de regler som var tillämpliga i fallet uppfattade domstolen sin uppgift som relativt enkel; arbetsgivaren hade inte lyckats styrka sina påståenden och de objektivt föreliggande omständigheterna var sådana att avtalsbrott förelåg. Vi ser här betydelsen för anställningsskyddet av att inte göra dagens distinktion mellan ogrundade uppsägningar och turordningsbrott.

I AD 1938:10 hade en bensinstationsanställd uppsagts med hänvisning till arbetsbrist. Den uppsagde var den ende anställde varpå kollektivavtalet var tillämpligt och detta innehöll begränsningar av uppsägningsrätten till fall av misskötsamhet och arbetsbrist. Vidare gällde turordningsregler och rätt till återanställning vid arbetsbrist. Efter uppsägningen hade verksamheten hållits igång av föreståndaren, som till sin hjälp i begränsad utsträckning tagit hjälp av andra. Arbetstagsidan gjorde i målet gällande att det faktum att verksamheten hållits igång i i huvudsak samma omfattning och att föreståndaren ett par timmar om dagen använt andra för arbetets utförande talade för att den egentliga grunden inte var arbetsbrist. Under alla förhållanden menade arbetstagsidan att den uppsagde hade haft rätt till det arbete som utförts av andra.

Domstolen gjorde en prövning av de av arbetsgivaren till grund för uppsägningen åberopade omständigheterna och konstaterade:

”På grund av vad i målet förekommit kan det icke betvivlas, att bensinstationens omsättning under loppet av år 1937 väsentligen minskats och att inköpsföreningens affärsställning därigenom i betydande mån försämrats. Med hänsyn härtill kan inköpsföreningens åtgärd att avskeda (arbetstagaren) och låta bensinstationens föreståndare ... ensam sköta stationen icke i och för sig anses stridande mot ... avtalet.”

Domstolen fann det emellertid röra sig om brott mot återanställningsreglerna och tilldömde arbetstagaren ekonomisk ersättning för den skada han lidit härav. Domstolen gjorde en skattning av omfattningen av det arbete

som utförts av annan och synes inte ha ställt beviskraven på arbetstagsidan härvidlag särskilt högt.⁵³⁰

Som framgår av citatet är det inte fråga om att domstolen kräver att arbetstagsidan skall kunna påvisa något annat skäl för uppsägningen än den av arbetsgivaren åberopade för att domstolen skall ingå i prövning av arbetsgivarens grunder. Det faktum att kollektivavtalet begränsar uppsägningens rätten generellt förefaller ha varit tillräckligt härför.

I AD 1939:14 hade en lastbilschaufför sagts upp med hänvisning till att arbetsgivaren sålt lastbilen till en person, som därefter skulle sköta körningar på entreprenad.⁵³¹ Arbetstagsidan gjorde bl a gällande att entreprenören i själva verket var anställd eftersom han påbörjat arbetet innan erforderligt trafikillstånd meddelats och att arbetsgivarens uppsägning därför var i strid med kollektivavtalet. Domstolen fastslog inledningsvis att arbetsgivaren

”tydligen.. varit berättigad att entlediga (arbetstagaren) från den dag Erik Carlsson fått taga lastbilen i besittning i och för utförande av körslor enligt entreprenadkontraktet.”

Någon tvekan om att ett korrekt utläggande på entreprenad utgör en arbetsbristsituation i avtalets mening föreligger således inte. Vad som gör målet intressant är emellertid att domstolen därefter kommer fram till att entreprenaden inte tagit sin början förrän dess trafikillstånd meddelats och att detta skett efter det att ”entreprenören” varit i arbetsgivarens tjänst i nästan tre månader. Domstolen fann att ”entreprenören” under denna tid varit anställd och konstaterade att ”(n)ågon arbetsbrist, som motiverat entledigande av (arbetstagaren), har alltså icke förelegat under denna tid...”

Även här kan vi således se att domstolen var restriktiv i sin tillämpning.⁵³² Än en gång finner vi att anteciperad arbetsbrist inte utgör ”arbetsbrist”.⁵³³

I AD 1945:46 hade en åkerianställd uppsagts bl a med hänvisning till klagomål från arbetsgivarens ende kund.⁵³⁴ Domstolen, som inledningsvis

⁵³⁰ Idag förefaller detta skapa betydligt större problem, jfr AD 1986:50, nedan avsnitt 4.2.4.5.4.

⁵³¹ Enligt gällande kollektivavtal fick uppsägning endast ske vid misskötsamhet och arbetsbrist.

⁵³² Här ser vi en bedömning som liknar den som sker i AD 1976:28. Domstolen tar alltså förhållandena så de utvecklade sig till stöd för sin bedömning och arbetsgivarens avsikt vid uppsägningstillfället är således inte avgörande.

⁵³³ Se AD 1931:133 här ovan.

⁵³⁴ Arbetsgivarens rätt att säga upp anställda var i kollektivavtalet begränsad till misskötsamhet och arbetsbrist.

fann att det som åberopats knappast sett för sig skulle kunna ge grund för en uppsägning enligt avtalet fortsatte:

”Starka skäl tala emellertid för att Anderssons åkerirörelse, som enbart betjänade Aktiebolaget Bränsleaffären, just på grund av Nilssons nyssnämnda uppförande icke längre skulle ha anlitats av nämnda bolag, om Nilsson fått kvarstanna i tjänst. En sådan utveckling hade givit till resultat, att Andersson blivit berättigad att uppsäga Nilsson på grund av arbetsbrist. Arbetsdomstolen finner det därför skäligen böra antagas, att Andersson med hänsyn till föreliggande förhållanden haft giltig anledning att uppsäga Nilsson.”

Denna dom är ett exempel på att det relevanta inte är att fråga sig vad som utgör principiell uppsägningsgrund. Som synes behandlas det inte som en arbetsbristsituation men så skulle kanske fallet heller inte vara idag.⁵³⁵

I AD 1950:63 hade en arbetstagarare sagts upp med hänvisning till arbetsbrist.⁵³⁶ Arbetstagersidan gjorde gällande att de av arbetsgivaren åberopade förhållandena inte var korrekta. Arbetsgivaren bemötte arbetstagersidans påståenden med en längre utläggning om sin ekonomiska situation. Arbetstagersidan framhöll häremot bl a att arbetsgiversidans ”dåliga ekonomi icke med nödvändighet föranleda bristande tillgång på arbetsuppgifter” och menade att arbetsgivaren i vart fall varit skyldig att bereda den uppsagde deltidarbete om arbetstillgången minskat. Domstolen uttalade:

”Vad först beträffar frågan, huruvida sådan arbetsbrist förelegat, att bolaget jämlikt avtalet... varit berättigat att avskeda Lundquist, framgår av utredningen i målet, att bolagets omsättning sedan slutet av år 1949 väsentligen minskats och att bolagets affärsställning vid tiden för Lundquists avskedande varit undergrävd. Med hänsyn härtill och då utredningen tillika ger vid handen, att nedgången i omsättningen föranlett en avsevärd begränsning av bolagets transportbehov, kan bolagets åtgärd att avskeda Lundquist från hans anställning som chaufför icke anses stridande mot avtalet. Den omständigheten att lastbilen efter Lundquists avskedande för bolagets räkning i viss utsträckning körts av den hos bolaget kvarvarande personalen kan icke föranleda något annat ståndpunktstagande härutinnan. Det får nämligen tillika anses utrett i målet, att lastbilen efter det Lundquist blivit avskedad tagits i anspråk väsentligen för andra ändamål än möbeltransporter och att dessa transporter haft sådan ringa omfattning och förekommit vid så spridda tillfällen, att bolagen skäligen icke kunnat bereda en man ens deltidanställning som chaufför”.

⁵³⁵ Det belyser emellertid ett problem som återkommit, om än inte explicit, i rättstillämpningen efter LAS. Se AD 1976:28, som antyder det problemet att en arbetsgivare går miste om kunder p g a dess missnöje med någon av de anställda.

⁵³⁶ Enligt kollektivavtalet var uppsägningsrätten begränsad till arbetsbrist och ytterligare ett par omständigheter.

Målet ger klart uttryck för att domstolen bemödar sig om att göra en nogsam utredning av behovet eller det berättigade i att säga upp den anställde.⁵³⁷ Samtidigt visar målet att arbetsbristbegreppet även täcker in annat än verklig brist på arbete. Även ekonomiska förhållanden och rationaliseringar till följd härav räknas till arbetsbrist vid tillämpningen av en klausul där detta krävs för uppsägning.

2.5.4 Arbetsbrist och krav på objektivt godtagbara skäl⁵³⁸

Under denna rubrik behandlas tillämpningen av kollektivavtalsklausuler som uttryckligen anger att godtagbara skäl eller motsvarande krävs för uppsägning och klausuler som av domstolen materiellt angetts indirekt ha denna innebörd utan att det rör sig om bevisbörderegler. Detta är det avsnitt som har störst släktskap med dagens problematik.

I AD 1938:95 hade en arbetstagare sagts upp på grund av en säsongsbetonad minskning av arbetstillgången.⁵³⁹ När domstolen prövade huruvida de åberopade skälen var objektivt godtagbara utvecklades detta på följande sätt:

”Av den i målet förebragta utredningen framgår visserligen, att under sommaren 1938 arbetstillgången inom åttonde distriktet - även efter (arbetstagarens) avskedande - icke varit större än att den dagliga ordinarie arbetstiden ofta kunnat inskränkas med ett par timmar. Tillika är emellertid upplyst, att samma förhållanden inträffat föregående somrar såväl inom åttonde som inom övriga distrikt i Göteborg; och har det icke blivit styrkt, att arbetstillgången inom åttonde distriktet, betraktad i ett större sammanhang, för närvarande är mindre än under föregående år.

Med hänsyn till de inom skorstensfejeriyrket rådande förhållandena kan det icke antagas, att ett avskedande allenast på grund av en säsongsbetonad minsk-

⁵³⁷ Det är ingalunda fråga om någon omvänd bevisbörda av det slag vi idag i praktiken har då arbetsgivaren gör gällande arbetsbrist till stöd för en uppsägning. Arbetstagar sidan hade heller inte ens gjort gällande att något personligt förhållande skulle ha utgjort den verkliga uppsägningsgrunden.

⁵³⁸ Angående klausul som ansågs innefatta krav på objektivt godtagbara skäl och dess tillämplighet på misskötsamhet eller andra personliga förhållanden, se AD 1937:65, 1939:140, 1942:99, 1945:91, 1949:19, 1950:12, 1951:38, 1955:44, 1957:12, 1957:27, 1959:29, 1960:7, 1962:4, 1962:16 och 1962:22. Jfr AD 1932:28, 1941:74 och 1952:40. Beträffande tillämpningen på personliga förhållanden av klausuler med krav på *saklig grund*, se AD 1959:5, 1959:14, 1965:34, 1972:16 och 1975:20. Jfr AD 1975:49.

⁵³⁹ I gällande kollektivavtal fanns en bestämmelse om ett visst förfarande om en uppsägnings berättigande ifrågasattes. (Se klausulen ovan Sv Skorstensfejareförbundets avdelning nr 2 Göteborg och Göteborgs Skorstensfejaremästareförening av den 5 november 1936.) Denna bestämmelse fann domstolen innebära att en fast anställd arbetstagare inte kunde avskedas utan att det förelåg ett objektivt godtagbart skäl. Se även AD 1939:13 och 1939:69.

ning av arbetstillgången skulle stå i överensstämmelse med avtalet... Att så ej avsetts vinner bekräftelse därav att, enligt vad i målet är ostridigt, något avskedande på nyss angiven grund icke inom överskådlig tid förekommit i Göteborg.⁵⁴⁰

Här har vi följaktligen en uppenbar arbetsbristsituation, i vart fall enligt nu gällande definitioner, som enligt domstolens majoritet inte utgör skäl för uppsägning. Måhända att omständigheterna relateras till det enskilda fallet; domstolen ser det ändå som sin uppgift att bedöma det objektivt godtagbara i arbetsgivarens grunder. Vad som framhålls är då att han inte använt sig av denna grund tidigare trots att det i och för sig varit möjligt. Notabelt är också att det från arbetstagsidans inte ens gjorts gällande att uppsägningen skulle bottna i personliga förhållanden. Det är alltså inte på det sättet att domstolens ställningstagande är betingat av att den inte anser det uppgivna skälet trovärdigt. Det rör sig inte heller om tillämpningen av en bevisbörderegler där det egentligen handlar om trovärdighet och där det inte bör dras alltför stora slutsatser utifrån vad som läggs i begreppet godtagbara skäl. Det är helt enkelt inte ett godtagbart skäl att säga upp en anställd på en tillfällig minskning av arbetstillfällena, särskilt inte när detta förhållande regelbundet uppstår och inte tidigare föranlett några uppsägningar.

I AD 1953:37 hade ett antal arbetstagare sagts upp under hänvisning till arbetsbrist. De rättsliga förhållandena och utifrån vilka regler man argumenterar tydliggörs inte i domen. Emellertid gällde § 23 i kombination med turordningsregler varför krav på objektivt godtagbara skäl för uppsägning måste anses ha förelegat enligt kollektivavtalet. Arbetstagsidans gjorde i målet gällande att den verkliga uppsägningsrunden varit att arbetsgivaren velat göra sig av med de berörda arbetstagarna för att befria sig från den kollektivavtalsenliga skyldigheten att betala sjuklön; de aktuella arbetstagarna var nämligen sjuka vid uppsägningstillfället, men var å andra sidan inte de enda som sades upp vid tillfällena i fråga. Domstolen ingick, utan att som sagt närmare ange de rättsliga förhållandena, i prövning av om den av arbetsgivaren uppgivna uppsägningsgrunden var korrekt och kom fram till att uppsägningarna också ”verkställt som ett led i en pågående minskning av den tillfälliga arbetsstyrkan, motiverad av nedgången i hamnens verksamhet”. Det rörde sig om en säsongsbetonad minskning av arbetsuppgifterna men arbetsgivaren hade även tidigare år minskat arbetsstyrkan av motsvarande anledning. Inte heller andrahandsgrunden, att reglerna om sjuklön innebar förbud mot uppsägning generellt, godtogs av arbetsdomstolen.

⁵⁴⁰ Arbetsgivarledamöterna var i denna del skiljaktiga och menade att de uppgivna förhållandena utgjorde objektivt godtagbart skäl för uppsägning av den anställda.

Några allt för stora växlar kan inte dras av målet. Vi kan dock notera att det inte tillämpas någon form av bevisbördefördelning av den typ som idag används vid s k fingerad arbetsbrist. Inte heller synes parterna ha varit oense i sak kring frågan om de påstådda förhållandena i sig utgjorde objektivt godtagbara skäl för uppsägning. Domstolen argumenterar inte heller i denna fråga utan nöjer sig med att slå fast vad det är som föranlett uppsägningarna, dvs om den uppgivna uppsägningsgrunden är verklig. Jämfört med AD 1938:95 ser vi att en säsongrelaterad nedgång i 1953 års fall utgjorde skäl för uppsägning. Den väsentliga skillnaden är att domstolen i 1938 års fall slog fast att arbetsgivaren inte tidigare sagt upp anställda på sådan grund. Jämförelsen mellan de båda fallen visar att domstolen tar hänsyn till konsekvens eller inkonsekvens i arbetsgivarens beteende och att den beaktar förhållandena i det enskilda fallet, något som kan tyckas självklart mot bakgrund av regelns formulering.

I AD 1949:57 ansågs en omorganisation vara objektivt godtagbara skäl för förflyttning av arbetstagare.⁵⁴¹ Arbetstagersidan gjorde gällande att ”omorganisationen i realiteten icke utgjorde någon dylik, enär den i avlöningsskrivarens ställe satte avlöningskontoristen i allt väsentligt utförde samma sysslor som tidigare ombesörjts av” den förflyttade arbetstagaren. Domstolen framhöll:

”Staden har obesträtt uppgivit, att denna åtgärd ingått såsom ett led i en allmän omorganisation av byggnadskontoret, syftande till höjning av personalens kvalifikationer. Sålunda har å innehavaren av befattningen såsom avlöningskontorist uppställts högre fordringar i teoretiskt hänseende och i samband därmed krav på förmåga till självständig verksamhet. Att de arbetsuppgifter, som ankomma på avlöningskontoristen, i vissa väsentliga hänseenden sammanfalla med dem, som (den förflyttade) tidigare utfört, är vid sådant förhållande utan betydelse i målet.”

Inte heller i detta mål hade arbetstagersidan gjort gällande att den egentliga ”uppsägningsgrunden” varit en annan än den uppgivna. Domen ger uttryck för att arbetsgivaren har rätt att företa omorganisationer och förändringar av tjänstestrukturen och ger stöd för ett relativt vidsträckt synsätt på vad som utgör objektivt godtagbara skäl för uppsägning. Det är emellertid viktigt att konstatera att det inte rör sig om någon rent juridisk/teknisk bestämning eller schabloniserad bedömning; domstolen prövar förhållandena i det enskilda fallet.

I AD 1973:22 hade en församling beslutat om indragning av en tjänst och till följd därav sagt upp tjänstens innehavare. Mellan församlingen och Svenska Prästförbundet gällde kollektivavtal som föreskrev krav på saklig grund för uppsägning. Med hänsyn till då gällande kommunaltjänstemannalag synes

⁵⁴¹ Det krav som med hänsyn till reglerna om turordning gällde för avsked ansågs också vara tillämpligt på en förflyttning.

parterna ha varit överens om att bestämmelserna däri om att frågor om inrättande och indragning av tjänst låg utanför det område som kunde bli föremål för kollektivavtalsreglering också innebar att indragning av tjänst utgjorde saklig grund för uppsägning enligt avtalet. Prästförbundet gjorde emellertid gällande att så inte kunde anses vara fallet om indragningen av en tjänst skett i syfte att dölja de verkliga motiven bakom uppsägningen. Förbundet menade att tjänsteindragningen var en förevändning för att säga upp arbetstagaren på grund av samarbetssvårigheter. Domstolen fann inte anledning att närmare ingå i prövning av de påstådda förhållandena eftersom den menade att arbetsgivarsidan styrkt att indragningen av tjänsten föranletts av betydande ekonomiska svårigheter, ”och på indragningens lämplighet i och för sig från besparingssynpunkt har arbetsdomstolen inte att ingå. Prästförbundet har följaktligen inte visat, att i detta fall förelegat någon sådan undantagssituation där enligt förbundets mening indragning av tjänst inte utgör saklig grund för att säga upp tjänstens innehavare”.

I andra hand hade förbundet gjort gällande att den uppsagde borde beretts annan anställning och företräde framför dem med kortare anställningstid. Församlingen bestred att kollektivavtalet innefattade någon sådan skyldighet och fick här medhåll av arbetsdomstolen. Det sistnämnda ger enligt min uppfattning intryck av att de påstådda samarbetssvårigheterna ändå haft betydelse för att just den aktuella tjänsten drogs in. Framhållas bör att arbetsgivaren heller inte sökte dölja att samarbetssvårigheter förekommit. Arbetsgivaren framhöll dessutom att ”(d)essa kan emellertid endast ha gjort uppsägningen än mer välgrundad” och menade det inte vara till arbetstagarens nackdel att man avstått från att åberopa annat än indragningen av tjänsten som uppsägningsgrund.⁵⁴²

Redan före LAS skönjer vi således uttryck för en obenägenhet att reellt pröva påstådda arbetsbristuppsägningar. Framhållas bör dock att parterna i och för sig var överens om att den uppgivna uppsägningsgrunden utgjorde saklig grund enligt avtalet.

2.5.5 Arbetsbrist och motbevisning i föreningsrättsmål

Skälet till att jag väljer att behandla föreningsrättsmålen för sig är att den regel som här uppställts om krav på arbetsgivaren att visa objektivt godtagbara skäl då arbetstagsidan lyckats göra sannolikt att uppsägningen haft ett föreningsrättskränkande syfte, trots allt väsentligen är en bevisregel. Trovärdigheten står här före den rent rättsliga bedömningen av om uppsägningsgrunden är objektivt godtagbar.⁵⁴³ Även om jag menar att

⁵⁴² Mot bakgrund härav kan domstolens ställningstagande ifrågasättas.

⁵⁴³ Det är väl också denna utgångspunkt som gör att man kan påstå att arbetsbrist är objektivt godtagbara skäl även med hänvisning till mål där domstolen kommit fram till att ar-

domstolen i allt väsentligt är intresserad av huruvida arbetsgivaren talar sanning eller inte är ändå dessa mål av intresse för att se hur domstolen ställer kraven på motbevisning. Man måste emellertid skilja på de fall där domstolen på g a att den menar att uppsägningen föranletts av arbetsbrist inte ens finner det sannolikt att uppsägningen bottnat i föreningsrättskränkande orsaker och då den finner det sannolikt och sedan prövar om arbetsgivaren kunnat fullgöra tillfredsställande motbevisning. De förstnämnda fallen ser jag ingen anledning att här behandla emedan de inte rör tillämpningen av någon regel om objektivt godtagbara skäl.⁵⁴⁴ Å andra sidan skulle det kunna hävdas att det inte är någon artskillnad mellan dessa båda fall. Har nämligen domstolen funnit sannolika skäl föreligga för föreningsrättskränkning har den ju samtidigt, kan det tyckas, i allt väsentligt tagit ställning till vad som utgör uppsägningsgrund. Det är därför inte annat att vänta att domstolen är synnerligen sträng vad gäller de krav som ställs på arbetsgivarens bevisning. Nu kan det naturligtvis hävdas att detta inte är så konstigt i och med att bevisbörderegeln delvis tillämpas så att domstolen låter arbetsgivarens motbevisning vägas in vid bedömningen av om arbetstagsidan gjort föreningsrättskränkning sannolik.⁵⁴⁵ Under alla förhållanden är det så att detta avsnitt handlar om arbetsbrist och kravet på objektivt godtagbara skäl. Att föreningsrättskränkning inte ansetts föreligga eftersom domstolen menat arbetsgivarens påstående om arbetsbrist eller dylikt varit trovärdiga och därför inte funnit föreningsrättskränkning ens sannolik innebär ju att domstolen gör en ren bevisprövning. Har arbetsgivaren en i övrigt fri uppsägningsrätt och domstolen finner att det verkliga skälet för uppsägningen är arbetsbrist kan naturligtvis detta inte läggas till grund för ett påstående om att arbetsbrist är objektivt godtagbart skäl för uppsägning.⁵⁴⁶ Detta kan endast ske när en sådan regel om objektivt god-

betsgivaren inte lyckats styrka sina påståenden om att arbetsbrist förelegat. Se bl a Geijer/Schmidt 1958 s 61.

⁵⁴⁴ Här kan hänvisas till AD 1941:137, 1959:13 och 1969:5.

⁵⁴⁵ Å andra sidan är det inte ovanligt att man i andra situationer kommit fram till att sannolika skäl förekommit samtidigt som arbetsgivaren sedan lyckats styrka att annat godtagbart skäl förelegat.

⁵⁴⁶ I AD 1931:131, där principen om objektivt godtagbara skäl ännu inte var färdigutvecklad, kom domstolen fram till att det av utredningen i målet måste anses framgå att uppsägningarna av två manliga anställda var betingade av deras fackliga organisering. Arbetsgivaren hade därför enligt domstolen att visa att uppsägningarna varit grundade "på ett skäl, som icke kan uppfattas som en föreningsrättskränkning" och fortsatte: "I detta avseende har uppgivits, att uppsägningen skett för att åstadkomma en omläggning och ekonomisering av driften genom användande av kvinnlig föreståndare med kvinnlig personal, och det har också visats, att en sådan omläggning sedermera ägt rum. Denna åtgärd kan icke anses såsom ett brott mot det upprättade kollektivavtalet, och en uppsägning av manliga organisering."

tagbara skäl gäller och det anser domstolen i de fall det från arbetstagsarsidan gjorts sannolikt att föreningsrättskränkning förelegat. Jag vill än en gång poängtera att jag inte tar utgången i nedanstående mål till intäkt för ett påstående om att arbetsbrist (eller vilka icke-personliga förhållanden som nu arbetsgivaren i det enskilda fallet åberopat) inte av domstolen ansetts utgöra objektivt godtagbara skäl bara för att den funnit att arbetsgivaren inte lyckats styrka de faktiska förhållandena. Målen visar emellertid tydligt att domstolen inte utan vidare godtar en arbetsgivares påstående om att icke-personliga förhållanden legat till grund för uppsägningen.

I arbetsdomstolens praxis förekommer åtskilliga mål vari arbetsgivare mot påståenden om föreningsrättskränkning sökt freda sig med att uppsägningen skett p g a ekonomiska skäl, arbetsbrist, omorganisation etc. I samtliga mål jag återfunnit där domstolen kommit fram till att arbetstagsarsidan lyckats sannolikgöra föreningsrättskränkning har arbetsgivarens invändningar underkänts. Grunderna härför har huvudsakligen varit att arbetsgivaren inte lyckats styrka sina påståenden om arbetsbrist etc.⁵⁴⁷ I några mål har domstolen i och för sig accepterat arbetsgivarens påståenden om arbetsbrist, dålig lönsamhet etc men ändå bifallit talan om föreningsrättskränkning med hänvisning till det sätt varpå arbetsgivaren genomfört åtgärderna.

Arbetsbrist

I AD 1945:67 underkändes påstående om arbetsbrist, trots att arbetsgivaren valt att säga upp flera än dem för vilka påståenden om föreningsrättskränkning sannoliktgjorts. Att arbetsgivaren sagt upp flera konstaterades av domstolen endast ha haft till syfte att dölja de verkliga skälen till att arbetsgivaren velat bli av med en eller två av de uppsagda p g a illegitima motiv.⁵⁴⁸

I AD 1950:38 förelåg ostridigt arbetsbrist och parterna synes också ha varit överens om antalet anställda som på grund härav behövde sägas upp. Sedan domstolen emellertid funnit sannolika skäl för föreningsrättskränkning föreliggande konstaterades att arbetsgivaren inte som motbevisning endast kunna åberopa den aktuella arbetsbristen och att han valt ut dem han bedömde lämpligt. Han hade härtill att förklara varför han inte följt turordning, trots att detta i och för sig inte följde av kollektivavtalet. Beträffande tre av de fyra arbetstagsarna befanns sådan förklaring inte ha kunnat ges.

rade arbetare för att genomföra omläggningen kan därför ej heller i och för sig betraktas såsom en föreningsrättskränkning".

⁵⁴⁷ Utöver nedan refererade mål, se också AD 1934:34, 1935:94, 1936:117 och 1939:72 (av ekonomiska skäl betingad förändring av arbetsstyrkans sammansättning) respektive AD 1934:54, 1941:137, 1942:62, 1945:2 och 1957:11 (arbetsbrist, d v s verklig brist på arbete).

⁵⁴⁸ Jfr också AD 1953:36, där föreningsrättskränkning ansågs föreliggande.

I AD 1958:20 underkändes också arbetsgivarens påstående om att det varit bristande arbetstillgång som föranlett de uppsägningar, vilka arbetstagsidan lyckats visa sannolika skäl för att de skett på grund av föreningsrättskränkande motiv. Domstolen menade förvisso att förhållandena visade att behov av minskning av arbetsstyrkan förelegat dock inte i den omfattning som skett. Vidare framhölls att det varit naturligt att under sådana förhållanden säga upp den senast anställde, även om någon skyldighet härtill inte förlegat enligt avtalet.

Även i AD 1960:6 ansågs föreningsrättskränkning föreligga sedan domstolen inte godtagit arbetsgivarens invändning om att arbetsbrist föranlett uppsägningarna. Arbetsdomstolen fann sig visserligen övertygad om att företaget på grund av arbetsbrist haft svårt att sysselsätta sin personal och att också uppsägningar tidigare förekommit av dessa skäl. Domstolen menade emellertid att det just vid den aktuella tidpunkten föreföll väl drastiskt att säga upp två personer, för övrigt de enda kvarvarande, och fann det inte troligt att så skulle ha skett om inte de föreningsrättsliga aspekterna funnits med i bilden.

Dålig lönsamhet

I AD 1973:45 godtog inte arbetsdomstolen arbetsgivarens påstående om att dålig lönsamhet föranlett uppsägningen trots att fem ytterligare med kortare anställningstid samtidigt sades upp. Även om domstolen accepterade arbetsgivarens uppgifter om dålig lönsamhet och att uppsägningar skulle bli aktuella kände sig inte domstolen övertygad om att uppsägningarna oberoende av föreningsrättsfrågan skulle skett vid den aktuella tidpunkten.

Omorganisation

I AD 1940:5 åberopade arbetsgivaren främst en omorganisation mot arbetstagsidans påstående om föreningsrättskränkning. Sedan domstolen ansett sannolika skäl för föreningsrättskränkning föreligga, godtogs inte arbetsgivarens påstående, främst med hänvisning till att omorganisationen i allt väsentligt kommit att drabba just den aktuella arbetstagaren.⁵⁴⁹

Arbetsgivarens påstående om att en omorganisation föranlett uppsägningen underkändes också i AD 1953:39, sedan domstolen funnit sannolika skäl föreligga för föreningsrättskränkning. Även om omorganisationen varit betingad av verksamhetens behov fann sig domstolen nämligen inte övertygad om att omläggningen "varit omedelbart påkallad just vid det tillfälle" när den aktuella arbetstagaren organiserade sig fackligt.

⁵⁴⁹ I AD 1946:4 tycks oenighet inte ha rått om att skälet till att arbetsgivaren erbjöd den anställde annan syssla och när han inte godtog denna sades upp var att den anställde gjort anspråk på högre lön enligt kollektivavtalet. Domstolen, som inte talar i termer av sannolikgöra eller objektivt godtagbara skäl, anförde: "Häremot hade icke varit något att invända, om uppsägningen skett för att lägga om befattningen till en för (arbetsgivaren) billigare rättarsyssla. Uppsägningen skedde dock i ett annat syfte, nämligen för att under sken av att (arbetstagaren) endast vore rättare och därför icke omfattades av kollektivavtalet bereda (arbetsgivaren) möjlighet att betala honom med lägre lön."

I AD 1959:1 underkändes också arbetsgivares åberopande av omorganisation som grund för uppsägning då det sannoliktjorts att den hade haft sin grund i föreningsrätten. Domstolen framhöll att förändringen i vart fall knappast skulle ha skett vid den aktuella tidpunkten såvitt de föreningsrättskränkande motiven inte funnits med. Vidare att verksamhetens omfattning var ungefärligen lika stor som före uppsägningarna, vilket enligt domstolen måste innebära en så tung arbetsbörda för arbetsgivarens själv att nyanställningar snart måste bli aktuella. Vidare accepterade domstolen inte arbetsgivarens uppfattning om att ett skäl var att kunna ersätta någon av de uppsagda med billigare arbetskraft och någon med mer kvalificerad.

Övrigt

I AD 1965:1 gjorde arbetsgivaren gällande att det var brist på arbetslokaler som föranlett uppsägningar av två anställda och att arbete (lackering) därför skulle erbjudas sådana som kunde åtaga sig det som hemarbete. Med hänsyn främst till att arbetsgivaren vid uppsägningarna brutit mot de i kollektivavtalet stadgade turordningsreglerna fann domstolen att arbetsgivarens påståenden om brist på arbetslokaler som skäl för uppsägningarna inte kunde godtagas.⁵⁵⁰

Mot bakgrund av vad som ovan sagts finns det ingen anledning att dra för stora växlar på de fall som här berörts. Det vore tendentiöst att påstå att de visar att arbetsbrist (i vid mening) inte utgjorde objektivt godtagbara skäl.

2.5.6 Övriga fall

Som ovan framgått skapade arbetsdomstolen i AD 1941:3 med anledning av en tvist rörande 1939 års lag om förbud mot uppsägning p g a värnpliktstjänstgöring en bevisbörderegul av till synes samma slag som i föreningsrättsmål. Efter att ha formulerat en princip om att arbetsgivaren hade att visa godtagbara skäl för sin åtgärd om arbetstagsarsidan lyckats göra sannolikt att en uppsägning eller motsvarande haft sin grund i vpl-tjänstgöring utvecklade domstolen i allmänna termer vad sådana skäl kunde bestå i.⁵⁵¹ Vid tillämpningen av dessa principer på den föreliggande situationen fann domstolen att det förvisso fanns behov av driftsinskränkningar och dessutom att det inte fanns anledning till några invändningar mot det sätt varpå arbetsgivaren valt att "lägga ut dessa". Emellertid hade arbetsgivaren på en ledigbliven befattning (under nedskärningsperioden men mer än ett halvår före den i målet aktuella arbetstagsarens återvändande från värnpliktstjänstgöringen) anställt en anförvant. Domstolen, som

⁵⁵⁰ Det är intressant att ställa dessa uttalanden mot tillämpningen av motsvarande situationer av fingerad arbetsbrist, där man inte sett något konstigt i turordningsbrott.

⁵⁵¹ Se avsnitt 2.4.4 ovan.

menade att arbetsgivaren bort hålla denna befattning vakant med hänsyn bl a till de återvändande värnpliktiga och de förestående nedskärningarna, fann att de skäl arbetsgivaren åberopat för att anställa anförvanten inte kunde godtagas. Arbetsdomstolen ansåg att påståendena om att innehållet i denna tjänst var mer krävande var ”i hög grad överdrivet” och arbetsgivaren hade heller inte visat att anförvanten var mer kvalificerad än de övriga. Det bör avslutningsvis poängteras att gällande kollektivavtal inte innefattade några begränsningar i uppsägningsrätten; tvärtom var denna rätt uttryckligen förbehållen arbetsgivaren. Här ser vi åter ett exempel på en avvägd bedömning som också visar att det *inte* är fråga om att ta ställning till huruvida förfarandet framstår som godtyckligt. Som arbetstagersidan framhöll syftade arbetsgivarens agerande till att gynna en anhörig, inte att missgynna den värnpliktige. ”Uppsägningsgrunden” skulle därför kunna sägas vara ett icke-personligt förhållande som heller inte är verksamhetsrelaterat⁵⁵² och visar att dagens föreställning om en normativt relevant tuedelning varvid arbetsbrist definieras som icke-personliga förhållanden i vart fall inte är historiskt förankrad.

Sedan arbetsdomstolen även i AD 1942:5 funnit sannolika skäl föreliggande för att uppsägning föranletts av värnpliktstjänstgöring godtog domstolen arbetsgivarens uppgifter om att det var minskad arbetstillgång som föranlett uppsägningen och avslog käromålet.⁵⁵³

⁵⁵² Jfr AD 1976:111, 1977:127, 1979:17 och 1983:94.

⁵⁵³ Jfr AD 1941:100 där någon klar uppdelning mellan frågan om sannolika skäl och krav på att visa objektivt godtagbara skäl inte görs.

2.6 Sammanfattande kommentarer

Vid en jämförelse mellan AD:s rättstillämpning då utgångspunkten varit fri uppsägningsrätt med de fall då dessa rättigheter varit avtalsmässigt eller legalt beskurna slås man av den stora skillnad som förelåg. Om inga uttryckliga begränsningar förelegat har domstolen varit mycket obenägen att i kollektivavtal intolka begränsningar i uppsägningsrätten. Har däremot punktvisa begränsningar förekommit har domstolen genom bevis- och tolkningsregler skapat en rättstillämpning som är ägnad att skydda dessa regler. Har allmänna begränsningar av uppsägningsrätten avtalats eller intolkats har domstolen upprätthållit dem med hårdhet. Domstolens förhållningssätt beträffande punktvis begränsningar skulle kunna förklaras med att den var angelägen om att upprätthålla avtalade och legala begränsningar och att detta snarast (i relevanta delar) skall uppfattas som en hyllning till principen om avtalsfrihet och att något anställningsskyddstänkande inte låg bakom. Den förklaringen håller emellertid inte vad gäller de situationer som rör tillämpningen av krav på objektiva godtagbara skäl. Här är mitt bestämda intryck att domstolen även i arbetsbristfallen verkligen försökt bedöma om skälen varit godtagbara. AD 1938:95 är ett klargörande exempel på detta och belyser den formalism som präglar dagens rättstillämpning.

Det finns påtagliga likheter mellan de principer domstolen tidigare tillämpade då fri uppsägningsrätt gällde med det synsätt som idag appliceras på arbetsbristuppsägningar. Det finns ett klart samband mellan den i övrigt fria uppsägningsrätten och de principer domstolen utvecklade i syfte att skydda enskilda punktförbud. Detta samband är av intresse när vi betraktar den bevisbörderegeln dagens arbetsdomstol utvecklat kring den företeelse som kallas ”fingerad arbetsbrist”.⁵⁵⁴

Det är också i ljuset av dagens förhållanden av stort intresse att konstatera att arbetsgivare i kollektivavtalsförhållanden varit gällde turordningsregler under trettioalet ansträngde sig för att få en uppsägning att framstå som icke föranledd av arbetsbrist. Om uppsägningsgrunden nämligen var personliga förhållanden gällde inga begränsningar i uppsägningsrätten. Insikten härom medförde att domstolen ansåg sig föranledd att täppa igen dessa kringgåendemöjligheter genom att slå fast att förekomsten av turordningsregler generellt innebar ett krav på objektiva godtagbara skäl för uppsägning. På 30-talet hade arbetsgivarna således ett intresse av att hävda att en uppsägning skett på personliga förhållanden medan arbetsgivarna idag vill åberopa arbetsbrist eftersom detta i princip alltid är saklig grund för uppsägning.

⁵⁵⁴ Först utvecklad i AD 1976:26, se nedan avsnitt 3.4.2.

Den bild av förhållandena före LAS som vanligen förmedlas i översiktliga framställningar är dels de kollektivavtal som slutits mellan SAF och LO och dels framhävandet av domstolens rigida hållning i frågan om den fria uppsägningsrätten. På motsvarande sätt som det fanns en levande kollektivavtalsvärld utanför LO/SAF-området fanns det också två arbetsdomstolar som uppträdde parallellt. Framhåller man denna andra kollektivavtalsvärld och den kollektivavtalsstillämpning i arbetsdomstolen som anknöt därtill blir den historiska bilden en helt annan. I situationer där den rättsliga regleringen liknade dagens vill jag hävda att domstolens ställningstaganden i flera avseenden var mer arbetstagarvänliga än dagens rättstillämpning.

En väsentlig förklaring till skillnaderna i hanteringen av arbetsbristsituationer (i vid mening) är att arbetsdomstolen (och andra aktörer) tidigare inte var fast i en föreställning om en normativt relevant tudelning mellan arbetsbrist och personliga förhållanden. Avsaknaden av denna föreställning gör att argumentationen är befriad från dogmatisk överbyggnad och domstolen har stått fri att helt enkelt pröva om objektivt godtagbara skäl eller motsvarande förelegat.

3. Arbetsbrist och kravet på saklig grund

3.1 Inledning

3.1.1 Uppgiften

I detta huvudavsnitt skisserar jag en utvecklingslinje, som inleds med substantiella saklig grund-prövningar i de första arbetsbristmålen efter LAS tillkomst och som efterhand via en tilltagande schablonisering av saklighetsbedömningen leder fram till det närmast formalistiska förhållningssätt som kommer till uttryck i praxis från senare år. Som kommer att framgå rör det sig inte om någon lättfångad utvecklingslinje. Det finns emellertid någon form av kronologi i det att benägenheten att göra reella saklig grund-prövningar var större under de första åren efter LAS tillkomst samtidigt som formalismen är av senare datum.¹ Det schabloniserade synsättet har dock sina rötter i det tidevarv då saklighetsprövningar var vanliga men de sistnämnda har även förekommit under senare tid. Skillnaden mellan de saklighetsprövningar som förekom på sjuttioalet och de som förekommer under senare år är att de sistnämnda passas in i den systematik som det schabloniserade synsättet skapat. Detta problem förelåg inte vid sjuttioalets mitt, då de normativa föreställningarna baserades på att domstolen hade att avgöra huruvida en uppsägning var sakligt grundad. Idag är föreställningen istället att saklighetsprövningen implicit ligger i konstaterandet av att en uppsägningsgrund kan hänföras till kategorin 'arbetsbrist'.

Huvuduppgiften är att framställa och tydliggöra min kritik mot det jag menar utgöra ett schabloniserat respektive formalistiskt synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund. Detta är också förklaringen till det sätt varpå jag framställer materialet. Utvecklingslinjerna kommer att framstå som någon sorts rubriker på de enskilda djupanalyserna av rättskällorna och det är också det som är dess funktion. Härvid tjänar det förhållandet att det ändå kan skönjas en linje som en bekräftelse på den kritik jag riktar genom att detta implicerar att föreställningarna om rättsläget är motsägelsefulla.

¹ Det skulle kunna hävdas att detta är symptomatiskt för juridiken som konfliktlösningensmodell och det är väl så det är tänkt att fungera när vi rör oss med abstrakt utformade normer i kombination med en subsumtionslogisk argumentationsmodell. En av poängerna i min kritik är emellertid att saklig grund-regeln inte är en regel avsedd för subsumtionslogisk argumentation. Jag återkommer härtill nedan avsnitt 4.4.

Vad nu sagts innebär att framställningen, som torde ha framgått ovan, inte har traditionell de lege latakaraktär trots att den metodologiska ambitionen är deskriptiv. Genom att jag söker fånga en utveckling och påvisa hur och var olika föreställningar dyker upp och därefter påverkar den fortsatta argumentationen utgör arbetet i denna del en realistiskt präglad framställning av rätten som en successivt framväxande kommunikativ kunskapsprocess.

3.1.2 Olika synsätt – approximativa bestämningar

Efterhand växer det i rättskällorna fram föreställningar om rättsläget som har det gemensamt att någon prövning av sakligheten mot bakgrund av förhållandena i det enskilda fallet inte är erforderlig vid uppsägningar som i någon mening är att hänföra till kategorin 'arbetsbrist'.

I framställningen nedan urskiljer jag två olika synsätt under detta samlingsbegrepp, vilka bl a skiljer sig åt genom det sätt varpå arbetsbristtermen definieras. I flertalet fall synes själva bestämningen av arbetsbristbegreppet vara oproblematiskt. När arbetsbristtermen används i den ungefärliga betydelsen 'verksamhetsrelaterade förhållanden' och användningen därav ger uttryck för föreställningen att någon saklig grund-prövning inte kan komma ifråga talar jag om ett *schabloniserat synsätt*. Emellanåt, när fokuseringen ligger på arbetsbristtermens användning talar jag om ett *oppositionellt arbetsbristbegrepp*. Det andra synsättet innebär att definitionen av termen "arbetsbrist" bygger på att alla uppsägningsgrunder kan delas in i kategorierna arbetsbrist eller personliga förhållanden och att "arbetsbrist" därför definieras som icke-personliga förhållanden. Detta synsätt beskrivs som *föreställningen om en normativt relevant tudelning* eller som ett *formalistiskt synsätt*. Emellanåt talar jag i termer av ett *kontradiktoriskt arbetsbristbegrepp*.

Någon skarp gräns föreligger inte mellan de båda förhållningssätten och de tränger in i och påverkar varandra främst beroende på arbetsbristbegreppets centrala ställning i sammanhanget. På ytplanet ligger skillnaden mellan de båda synsätten i hur arbetsbristbegreppet definieras och i båda fallen laborerar man med 'arbetsbrist' som ett sorts rekvisit i saklig grund-regeln. På ett djupare plan speglar emellertid de båda synsätten helt olika traditioner. Det schabloniserade synsättet bygger på en normativ föreställning om förhållandet mellan rättslig reglering och vårt ekonomiska systems funktionssätt. Det formalistiska synsättet bär drag av begreppsjurisprudens i det att begreppens innebörd har en central position. För att återknyta till den terminologi som använts ovan i inledningen kan det schabloniserade synsättet sägas ha sitt ursprung i

djupstrukturen medan det formalistiska synsättet är knutet till rättsordningsnivån.

Det saknas skäl att här ytterligare precisera terminologin och innebörden av de olika förhållningssätten. De bakomliggande normativa föreställningar respektive semantiska kullerbyttor som ligger bakom de båda synsätten kommer delvis att framgå av framställningen men kommer också att tydliggöras nedan när kritiken sammanfattas och förklaras.

3.1.3 Något om arbetsmetod och framställning

Framställningen nedan (3.4) över de olika synsättens utveckling och framväxt baseras på en detaljanalys av alla relevanta rättskällor på temat arbetsbrist och kravet på saklig grund jag kunna finna under tiden från LAS tillkomst fram till 1998.² På basis av de resultat jag därvid erhållit har jag sedan systematiserat materialet med utgångspunkt från vilka olika uttryck för synsättet på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund källorna speglar. För att inte framställningen skall bli allt för betungande har jag slutligen fastnat för att blott presentera ett urval fall, vilka samtidigt representerar den grova utvecklingslinje jag menar kan skönjas och sådana normativa ställningstaganden och argument som är ägnade att tydliggöra synen på arbetsbrist och kravet på saklig grund.

Det bör poängteras att urvalet skett med utgångspunkt från att de har något självständigt att tillföra mot bakgrund av arbetets syfte. Åtskilliga analyser av i och för sig viktiga källor har därför fått stå tillbaka p g a att de inte tillför något nytt. Att jag vid urvalet ändå påverkats av ambitionen att presentera en utvecklingslinje tar sig i sådant fall uttryck i att ett senare mål som kan vara nog så belysande eller centrala inte ges samma utrymme som ett tidigare om analysens resultat är väsentligen detsamma. Jag vill ändå redan här poängtera att det är synsätten som står i centrum, inte kronologin. Men genom den kronologiska framställningen av rätten som en process får vi också delar av förklaringen till hur de olika synsätten uppkommit.

Skälen bakom mitt framställningssätt är att min analys av rättskällorna inte primärt har till uppgift att slå fast gällande rätt i form av en handboksmässig katalog över huvudregler, undantag etc utan att visa hur arbetsbristuppsägningar hanteras och de föreställningar som ligger bakom och de konsekvenser det har. Att med ett sådant syfte på tradi-

² Litteratursökningen har sedan det juridiskt/tekniska synsättets definitiva genombrott 1995 inte varit lika systematisk.

tionellt sätt sammanföra källorna under olika delrubriker skulle bli medföra att budskapet fragmentiserades. Syftet skulle förfelas om jag gjorde analysen översiktlig och jämförande redan på detta stadium.³ Ett mer konventionellt sätt hade varit att lyfta ut respektive problemkomplex och framställa kritiken på ett mer funktionellt sätt. Effekten av mitt framställningssätt är också att åtskilliga rättskällor av intresse från ett "gällande rätt-perspektiv" kommit i skymundan.

Framställningen av de olika synsättens uttryck och framväxt sker således väsentligen i form av djupanalyser av enskilda rättskällor. Även om analyserna många gånger är omfattande är de ändå huvudsakligen inriktade på sådant som medel- eller omedelbart är av betydelse för vilket synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund källorna ger uttryck för. Jag kommer därför i regel heller inte att framföra synpunkter på utgången i enskilda fall och ej heller i övrigt diskutera rättstillämpningsfrågor som inte faller inom ramen för arbetets huvudsyfte. Det rör sig således, som redan framhållits, inte om en framställning av gällande rätt i den mening detta begrepp brukar användas i anslutning till traditionellt rättsdogmatiska framställningar. Mitt huvudobjekt är inte rätten i en normativistisk ontologisk mening. Det är hur föreställningen härom växer fram och framställs i rättskällorna jag intresserar mig för.

Å andra sidan är en effekt av att det är djupanalyserna som präglar framställningen, att nya teoretiska konstruktioner, normativa ställningstaganden etc analyseras (och relateras till olika synsätt) efterhand som de uppkommer. En konkret rättstillämpningsfråga kan därför komma att behandlas vid analysen av en dom, som i sin tur satts in under en "utvecklingsrubrik", där således källan och inte problemet framstår som indelningsgrund. Detta är emellertid en konsekvens av, eller snarare *är* det, min metod.⁴ Det kan emellertid inte nog poängteras att min uppgift inte är att redovisa gällande rätt utan att beskriva och analysera rättskällornas behandling av problemkomplexet 'arbetsbrist och kravet på saklig grund'.

³ Att systematisera genom att dra ihop ett antal fall bygger också på att ens inställning och utgångspunkt är att olika källor hänger ihop och genom systematiserande förenklingar bidrar man till att legitimera bilden av ett rättsligt helt och konsistent system. Avsikten med att djupanalysera källa för källa är just att lyfta fram det enskilda ur den generaliserade helheten. Min principiella inställning är således, som torde ha framgått av den inledande avdelningen, att rättsdogmatikerns eller rättsvetarens uppgift inte är att lappa ihop inkonsekvenser i rättstillämpningen. Framställningssättet innebär inte att jag avstår från att jämföra olika källor. Tvärtom är detta en viktig poäng. Inte heller avstår jag från att försöka se likheter mellan olika fall.

⁴ Jag är medveten om att detta försvårar användningen ur handbokssynpunkt.

Läsaren kommer att finna att framställningen innehåller både många och långa citat. Detta är en del av min metod.⁵ Genom att låta källorna tala själva, och konsekvent kontrastera dessa med min kritik tydliggörs det sätt varpå argumentationen utförs. Det är just detta samspel jag här vill poängtera. Då kan inte citaten ersättas av referat. Särskilt inte när just argumentationen och min kritik därav i stor utsträckning är uppbyggd kring det sätt varpå vissa termer och begrepp används. Det är för övrigt inte bara citaten som är långa. Detta gäller även analyserna som sådana. Även beträffande dessa är det nödvändigt med långa utläggningar för att tydliggöra uttrycken för olika synsätt och min kritik därav.

En kronologisk, icke-systematisk framställning av det slag som här följer kan ge intryck av en oförmåga att se gemensamma drag etc och en oförmåga att skilja mellan forskning och framställning.⁶ Att jag valt kronologin i *framställningen* innebär emellertid inte att jag bara framställer min forskning. Jag har förvisso "forskat kronologiskt" i sökandet efter när och var nya ställningstaganden dykt upp.⁷ Min insikt om olika synsätt är däremot inte ett resultat av det kronologiska sökandet. Däremot *utvecklingen* mot ett allt mer schabloniserat eller formalistiskt förhållningssätt. Det är de resultat jag erhållit och de systematiseringar jag gjort i min icke-kronologiska forskning som fått mig att bestämma mig för att göra framställningen kronologisk.

Kronologin är inte exakt i framställningen. I syfte att få sammanhållande utvecklingskedan eller generella uttryck har jag därför emellanåt förskjutit kronologin i framställningen något. Detta påverkar emellertid inte möjligheterna att se hur argumentationen utvecklats.

En framställning i form av djupanalyser samlade under utvecklingsbaserade rubriker kan sägas utgöra en kompromiss mellan mina föreställningar om å ena sidan att generaliseringar alltid innebär förenklingar och således döljer att det är enskildheterna som är det väsentliga och å andra sidan det vetenskapliga kravet på att presentera förklaringsmo-

⁵ Som i dessa delar synes ha gemensamma drag med det som kallas dekonstruktion. Jfr Pöyhönen Till teorin om rättens dekonstruktion 1988. Jfr också Feyerabends *kontrainduktion*, Feyerabend Ned med metodologin 1977 kap 3-4. Jfr också ovan 1.4.2.

⁶ Om problemet forskning/framställning se bl a Liedman Motsatsernas spel 1983 s 88. Liedman utgår från Karl Marx, efterskrift till andra upplagan av kapitalet, ursprungligen 24 januari 1873 i Marx Kapitalet. Första boken 1974 s 13. Det bör vara här Poppers distinktion mellan discovery och justification har sin grund.

⁷ Jfr Stenberg, Studier i EG-rätt 1974 s 10, som talar om *evolutiv metod*. "Materialet presenteras i princip i kronologisk ordning och utvecklingstendenser får i väsentliga hänseenden mer uppmärksamhet än statisk problemdiskussion".

deller eller ett (menings-) sammanhang, ytterst styrt av vår strävan efter att behärska den fysiska och psykiska verklighet som omger oss.⁸

3.1.4 Urvalet av källor

Ambitionen har varit att i sökandet efter förklaringar till de olika synsättens framväxt analysera alla arbetsrättsliga källor med rättskällestatus. Vid sidan av förarbetsmaterial i form av utredningar, propositioner och betänkanden har jag således gått igenom arbetsrättslig litteratur och arbetsdomstolens praxis.⁹ Bland arbetsdomstolens domar har jag för det första analyserat samtliga mål vari arbetsgivare till stöd för en uppsägning åberopat arbetsbrist och arbetstagarsidan gjort gällande att uppsägningen inte varit sakligt grundad.¹⁰ Jag har vidare, om än mer sporadiskt, studerat övriga mål jag kunnat finna där domstolen gör uttalanden av intresse för frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund.¹¹ Utöver detta mer etablerade rättskällematerial har jag även tagit del av litteratur författade av personer som får anses företräda arbetsgivar- respektive arbetstagarsidan¹² och/eller har viss praktisk spridning.¹³

Som redan nämnts har jag i analysen nedan lyft fram sådana källor som är ägnade att spegla utvecklingen mot ett schabloniserat respektive formalistiskt synsätt. Kronologin är heller inte fullständigt genomförd i framställningen. Jag har emellertid, som nämnts, i sökandet efter synsättens framväxt bedrivit forskningen kronologiskt och när jag gör gällande att ett visst uttalande, ställningstagande, argument etc först görs i en viss källa kan det vara av värde att ta del av de källor jag använt i sökandet även om de inte redovisas i framställningen. För att inte tynga framställningen med en kronologisk förteckning har jag istället valt att i

⁸ Det är just mot denna vetenskapssyn den postmodernistiska dekonstruktionen vänder sig. Jfr bl a *Vår tids filosofi* 1987 s 388-89.

⁹ Här har jag emellertid endast sökt på närliggande områden men också funnit tips om källor via annan litteratur.

¹⁰ Med viss reservation för en del mål som uteslutande rör principiellt ointressanta omplaceringsfrågor.

¹¹ Ett av de viktigaste målen i framställningen nedan är ett sådant indirekt mål, AD 1986:60.

¹² Exempelvis SAV:s och SAF:s skrifter samt Bylund, Viklund m fl.

¹³ M h t att jag inte gör anspråk på att behandla allt som skrivits i arbetsrätt finns naturligtvis också risk för att jag inte kan härleda till den verkliga källan för ett visst påstående. Vi bör ju då komma ihåg att även personer med "egen rättskällestatus" säkerligen läser skrifter som författats av andra utan motsvarande status. Tar man då intryck är det också sannolikt så att man avstår från källhänvisningar.

källförteckningen även ta med sådan litteratur jag använt men som inte refereras.

3.1.5 Den fortsatta framställningen

En av förklaringarna till rättsläget står att finna i det förhållandet att termen arbetsbrist används som beteckning på flera olika företeelser utan att detta står klart för användaren. I nästa avsnitt (3.2) följer därför några semantiska och rättstekniska begreppsbestämningar åtföljda av en approximativ beskrivning av på vilka olika sätt arbetsbristtermen används.

I avsnitt 3.3 följer en analys av motiven till 1974 års anställningskyddslag. Detta skall ses som en bakgrund till analysen av rättskällorna, som är denna avdelnings huvuduppgift. Det är naturligtvis uteslutet att med kunskap om vad som kommit sedan försöka frigöra sig från denna och söka tolka motiven utifrån de faktiska förhållanden och förreställningar som rådde runt 1974. Jag har därför valt att analysera motivuttalandena med utgångspunkt i mina uppfattningar om hur rättsläget ter sig idag och också lagt upp framställningen i denna del så att jag konfronterar de olika synsätt på frågan om arbetsbrist och saklig grund som efterhand vuxit fram i arbetsdomstolens praxis och i den arbetsrättsliga litteraturen med de ställningstaganden som görs i motiven. Detta innebär att jag delvis redan i detta avstamp föregriper den analys som därefter följer men i valet mellan olika framställningssätt har jag slutligen fastnat för denna.

Därefter följer framställningen över de olika synsättens utveckling och framväxt (3.4). Avdelningen avslutas sedan med en sammanfattning och precisering av min kritik (3.5).

3.2 Arbetsbristtermen - och begreppen

3.2.1 Inledning

En förklaring till att det enligt min mening uppstått ett märkligt rättsläge är att man i rättskällorna inte alltid har klart för sig att det förekommer ett flertal olika begrepp eller företeelser vars gemensamma nämnare är att de betecknas med samma term, ”arbetsbrist”. I detta avsnitt introducerar jag den semantiska och rättstekniska begreppsapparatur som kan sägas utgöra en av huvudavsnittets metodologiska utgångspunkter varefter jag redovisar de olika sätt varpå termen ”arbetsbrist” används eller kan användas. Avsikten är inte att redan här analysera hållbarheten i argumenten med utgångspunkt i det arbetsbristbegrepp som används i respektive sammanhang. Avsnittet får istället anses utgöra en form av semantisk språngbräda vartill jag kommer att återknyta vid behandlingen av arbetets egentliga problemställningar.

3.2.2 Termer och begrepp¹⁴

Termer är namn eller beteckningar, ofta på begrepp. I begreppsparet 'termer' och 'begrepp' är termer betecknande, begrepp är det betecknade.¹⁵ Vid en ren översättning från ett språk till ett annat rör det sig endast om att sätta en annan beteckning på samma företeelse.¹⁶ Termerna ”bord” och ”table” betecknar således samma sak; begreppet 'bord'.¹⁷ Det är emellertid inte endast allmänbegreppet 'bord' som betecknas med

¹⁴ Vad här sägs tjänar endast syftet att klarlägga på vilket sätt jag använder vissa vanliga semantiska termer. Det innefattar inte något ställningstagande till någon av de många teorier som florerar angående betydelsebegreppet. En allmän svårighet i ett sammanhang som det förevarande är att använda språket för att beskriva språket, se exempelvis Fredriksson Wittgenstein 1993 bl a s 221.

¹⁵ I inomvetenskapliga sammanhang tycks man tala om ”termer”. Föredrar man termen ”ord” går det i regel lika bra. Dock synes termen ”ord” ha en mer allmän och vidsträckt betydelse. Ord kan sägas vara den minsta beståndsdel i en språklig sats och hit hör i det semantiska/lingvistiska språkbruket även ljud- eller bokstavskombinationer som inte är betecknande.

¹⁶ Grundläggande språkinlärning hos barnet består, till skillnad från studier av ”främmande språk”, däremot i att man samtidigt lär in begreppen och deras beteckningar. Språket lär oss att se verkligheten. När vi inser att till synes olika företeelser betecknas med samma term växer förståelsen och insikten om ordets betydelseinnehåll fram. Abstrakta begrepp kan däremot inte inhämtas genom sinnesförmimmelser. För att kunna tillgodogöra sig sådana är språket en nödvändighet.

¹⁷ I enlighet med den konvention som synes råda sätter jag här dubbla citationstecken när jag talar om en term och enkla citationstecken när jag talar om ett begrepp.

termen ”bord”.¹⁸ Även det enskilda bordet betecknar vi med samma term som vi betecknar begreppet.¹⁹ I det här sammanhanget är det väsentligt att påtala den distinktion man inom språkvetenskapen (semantiken) gör mellan ett ords betydelseinnehåll och dess betydelseomfång.²⁰ Med ett ords ”betydelseinnehåll” avses här ”sammanfattningen av de egenskaper som en företeelse måste ha för att vi skall beteckna den med ett visst ord.”²¹ Betydelseinnehållet hos ordet 'fogsvans' är alltså egenskaperna att vara en handsåg och att ha avsmalnande blad.”²² Med ett ords betydelseomfång avses ”mängden av alla de företeelser som betecknas med ordet.”²³ Betydelseomfånget hos ordet ”bord” är således samtliga de enskilda föremål vi kan beteckna med ordet, dvs alla bord.²⁴

Det är väsentligt att göra klart för sig att förhållandet mellan termer och det som betecknas är konventionellt; det finns inget naturligt samband mellan orden/termerna och det de betecknar.²⁵ Termer är således utbytbara.²⁶ Samma term kan vara namn på olika begrepp och olika termer kan beteckna samma begrepp. När samma term betecknar olika företeelser talar språkvetarna om *homonymer*. När det finns olika termer

¹⁸ Eller ”table”, ”Tisch” etc.

¹⁹ Det förhållandet att man kan tala om en term innebär att det är viktigt att det står klart när så sker och när man istället *använder* termen. Är det orden som står i förgrunden är det relevant att framhäva likheten mellan päron och äpple med att båda har fem bokstäver medan det annars är det förhållandet att de utgör frukter som är ett relevant gemensamt drag.

²⁰ Här växlar terminologin. Man kan tala om mening-referens, konnotation-denotation, intension-extension mm. Se Allwood/Andersson Semantik 1984 s 55. Termerna ”betydelseinnehåll” och ”betydelseomfång” har jag tagit från Hellspong/Söderberg Grepp om språket 1975 s 30 ff.

²¹ Observera att uttryck med olika betydelseinnehåll kan ha samma betydelseomfång, jfr Hellspong/Söderberg Grepp om språket 1975 s 32.

²² Hellspong/Söderberg Grepp om språket 1975 s 31.

²³ Hellspong/Söderberg Grepp om språket 1975 s 30. Jfr angående förhållandet mellan det språkliga uttrycket, betydelsen och de företeelser som täcks därav den s k Ogdens trekant. Se Ogden/Richards *The Meaning of Meaning* 1946 s 11.

²⁴ Frågan om förhållandet mellan allmänbegreppen och det de betecknar (utgör en abstraktion av?) är en klassisk filosofisk fråga. Allt från den tid Platon formulerade sin idélära och till långt in i modern tid har det framförts olika uppfattningar härom, jfr den s k universaliastriden. Se exempelvis Allwood/Anderssons korta karaktäristik över de olika utgångspunkter som här förekommit, Semantik 1984 s 57f.

²⁵ Här bortses från de s k onomatopoetiska orden. Ljudhärmingen förefaller emellertid olika inom olika, även närliggande språk.

²⁶ Detta är förvisso en överdrift, i vart fall såvitt angår beteckningar för värdeladdade begrepp.

för samma begrepp²⁷ talar de istället om *synonymer*. Termen ”bok” betecknandes sådant vi läser är således homonym med termen ”bok” som en beteckning på ett trädslag.²⁸ Insatt i en kontext bör förekomsten av homonymer i regel inte skapa några kommunikationssvårigheter eller missförstånd.

Terminologisk oenighet är i sig inget problem. Det väsentliga är att det råder enighet om det som skall betecknas. För att undvika kommunikationsstörningar till följd av terminologiska variationer mellan olika kategorier eller personer görs vanligen s k *stipulativa definitioner*;²⁹ man anger att man med en viss term i den fortsatta framställningen avser en viss sak, ett visst förhållande etc. Bara det förhållandet att *samma* term används för att beteckna olika saker innebär emellertid, ovanstående reservationer till trots, potentiella problem. Alldeles särskilt påtagligt blir detta problem om termen används för att beteckna olika saker i - i huvudsak - identiska sammanhang.³⁰

3.2.3 Motsatser och dikotomier

Sannolikt i syfte att bättre kunna behärska den fysiska och psykiska verklighet som omger oss finns det en tydlig benägenhet såväl i mänsklig språkbildning som i vetenskaplig begreppsbyggnad att laborera med begreppspår, eller *dikotomier*.³¹ Detta tycks för övrigt utgöra ”ett av de mest grundläggande semantiska dragen i mänskligt språk”.³²

Motsatser kan vara av olika slag. Det synes vara den konträra motsatsen som avses när beteckningen ”dikotomi” används (lexikaliskt korrekt). Enligt en vedertagen lexikalisk definition av termen rör det sig

²⁷ Man kanske bör vara försiktig och säga i huvudsak samma begrepp. Fullständig synonymitet är säkerligen mycket ovanligt. Jfr bl a Allwood/Andersson *Semantik* 1984 s 74.

²⁸ Allwood/Andersson menar att ”bok” och ”bok” i detta exempel inte är samma ord. Detta visas med att böjningsformerna inte är desamma, bok-böcker, bok-bokar. De förbehåller begreppet 'homonymi' situationer där det rör sig om endast liknande ord, vilka ”bok” och ”bok” skulle vara. Är det samma ord som betecknar olika saker talar de istället om polysemi. Som exempel härpå tar de ordet ”krona” betecknandes respektive en slant, en kungakrona och en trädkrona. se Allwood/Andersson *Semantik* 1984 s 74-75.

²⁹ Om olika typer av definitioner, se exempelvis Hellspong/Söderberg *Grepp om språket* 1975 s 130ff.

³⁰ Flertydighet hos en term lexikaliskt brukar lösas genom att de flesta termer av detta slag trots allt är kontextuellt entydiga.

³¹ Inom kvinnoforskningen synes dikotomierna inta en central position i analysen. Jfr Dahlberg *Jämställdhetslagen som paradox och dekonstruktion* 1995 bl a s 35. Se också Svensson, Eva-Maria *Genus och rätt* 1997.

³² Allwood/Andersson *Semantik* 1984 s 85.

om en tudelning av en viss del av verkligheten i två heltäckande och samtidigt varandra uteslutande kategorier.³³ En dikotomi enligt denna definition skall inte sammanblandas med andra kategoriindelningar, som i sin tur motsvaras av andra motsatsbegrepp, exempelvis svart - vit, lång - kort. Termen ”dikotomi” förefaller dock användas även beträffande tudelningar av sistnämnda slag. Språkvetarna gör emellertid uppdelningar mellan olika typer av konträra motsatser, där den äkta dikotomin utgör en *artmotsats*, medan den senare anförda typen betecknas *gradmotsats*.³⁴

Beträffande båda innebär bejakandet av det ena samtidigt ett förnekande av det andra. Skillnaden är - i detta avseende - att beträffande artmotsatsen förnekandet av det ena samtidigt också innebär ett bejakande av det andra. Icke-död är således detsamma som levande medan det beträffande gradmotsatsen stor-liten inte är så att icke-stor är detsamma som liten.³⁵

För att åskådliggöra skillnaden kan vi ta hjälp av Greimas' semiotiska kvadrat.³⁶ Applicerad på begreppsparat svart-vit får kvadraten följande utseende:

Vit	Svart
Icke-svart	Icke-vit. ³⁷

Genom att uppställa detta schema blir det tydligt att vi måste skilja mellan det som Greimas kallar ”opposition” respektive ”kontradiktion”.³⁸ Svart är vit's opposition men dess kontradiktion är icke-vit. De kontradiktoriska begreppsparen utgör således äkta dikotomier. Så är emellertid inte fallet med de oppositionella begreppen. I en äkta dikotomi är opposition och kontradiktion ett och detsamma såvitt angår vad de betecknar. Är man inte uppmärksam på distinktionen är det lätt hänt att man blandar ihop de äkta och de falska dikotomierna.

³³ Se både Nordstedts svenska ordbok, Nationalencyklopedin och Filosofilexikonet.

³⁴ Eller antonymi. Allwood/Andersson Semantik 1984 s 85.

³⁵ Allwood/Andersson Semantik 1984 s 85 ff.

³⁶ Se Greimas On Meaning 1987.

³⁷ Se Jackson Semiotics and Legal Theory 1987 s 77.

³⁸ Se Greimas On Meaning 1987 s 49, där denne emellertid talar om ”contraries” respektive contradictories. Den svenska terminologin har jag hämtat från Nousiainen Rättens system och kvinnans vardag 1995 s 319 ff. Nousiainen bygger i sin tur på en översättning från Jacksons parentetiska förtydligande av Greimas terminologi i termer av ”opposition” respektive ”negation”. Jackson Semiotics and Legal Theory 1987 s 76.

3.2.4 Juridiskt språk och vardagsspråk³⁹

Ett förhållande som juristen vid sin hantering av juridiska texter alltid måste vara särskilt uppmärksam på är det förhållandet att åtskilliga termer förekommer både i vardagsspråket och i det juridiska språket. En begreppsapparat som är till stor hjälp för att reda ut den begreppsförvirring som enligt min uppfattning vidlåder arbetsbristbegreppet står i anslutning till ovanstående att finna redan i inledningskapitlen till två av Evers författade grundläggande läroböcker.⁴⁰ Här gör Evers en distinktion mellan

”1. Ord som förekommer både i vanlig svenska och i det juridiska språket

a) i samma betydelse

b) i helt eller delvis skild betydelse (=dolda fackuttryck).

2. Ord som förekommer enbart i det juridiska språket (=öppna fackuttryck).”⁴¹

Vi ser genast att den problematiska kategorin är 1b), d v s där samma ord eller term förekommer både i vardagsspråket och i det juridiska språket i helt eller delvis olika betydelser.⁴² Det är här det finns utrymme för kommunikationsstörningar i kontakter mellan juridiskt och ickejuridiskt skolade personer. Det är typiskt för ord som förekommer i både vardagsspråket och i det juridiska språket (i olika betydelser) att de föranleder missförstånd eller bidrar till att skapa osämja.⁴³

Vanligen är fackspråket mer precist än vardagsspråket. Problemet med förhållandet juridiskt språk och vardagsspråk blir kanske särskilt komplicerat när fackspråkets begrepp har ett större betydelseomfång än vardagsspråkets motsvarighet. Så är, som kommer att framgå, fallet med arbetsbristbegreppet, som egentligen är flera.

³⁹ Jag är medveten om att begreppet 'vardagsspråk' kanske inte tål någon närmare analys (jfr Wennström *The Lawyer and Language* 1996 s 38) men avstår inte av denna anledning från att använda det. De flesta förstår alldeles uppenbart ändå vad som menas i de sammanhang det här används.

⁴⁰ Argumentationsanalys 1981 och Tolkning av lag och rättsfall 1987.

⁴¹ Evers Tolkning av lag och rättsfall 1987 s 10.

⁴² Jfr Strömholm Rätt, rättskällor och rättstillämpning 1988 s 385.

⁴³ För att exemplifiera och redan nu antyda vad som komma skall kan nämnas att det inte är svårt att förstå vårdbiträdenas upprördhet över att de kan bli uppsagda p g a arbetsbrist när de har så mycket att göra att de inte har tid att ta hand om sina patienter. Ett annat exempel är termen ”fastighet”. När jikenstudenten hör sin omgivning tala om fastigheten i den vardagsspråkliga betydelsen huset ler han åt dem som om de vore okunniga.

3.2.5 Rättsfaktum och rekvisit

Begreppen 'rättsfaktum' och 'rekvisit' är intimt förknippade med rättstillämpningsbegreppet. På ett abstrakt språkligt plan definierar Strömholm rättstillämpningsbegreppet enligt följande:

”Rättstillämpningen kan sägas bestå av dels en subsumtion av en språklig beskrivning av ett konkret förlopp eller förhållande ('undersatsen') under den generella beskrivning av ett handlande eller förhållande som beskrives i försatsen till en rättsregel ('översatsen'), dels dragandet av en slutsats av praktiskt, handlingsdirigerande innehåll...”⁴⁴

Flertalet rättstillämpningssituationer är väsentligt mer komplicerade än vad Strömholms komprimerade beskrivning ger vid handen men den fångar ändå essensen och är tillräckligt vagt hållen för att fylla funktionen att ligga till grund för en definition av termerna ”rättsfaktum” och ”rekvisit”. En språklig beskrivning av ett konkret förlopp skall således subsumeras under en generell beskrivning i försatsen till en rättsregel.⁴⁵

Det är fundamentalt att i samband med all diskussion om rättstillämpning göra denna distinktion mellan det abstrakta uttrycket (förutsättningen) i regeln och de faktiska förhållanden som genom språkets förmedling kan passas in därunder.⁴⁶ Vad man sedan väljer att kalla respektive företeelse saknar betydelse så länge det inte ger uttryck för att man inte har distinktionen klar för sig.

Termerna ”rekvisit” och ”rättsfaktum” används och har använts på olika sätt av olika författare.⁴⁷ I denna framställning ansluter jag mig i stort till Strömbergs och Lindells terminologi⁴⁸ men med en definition som tydligast kommer till uttryck hos Evers.⁴⁹ Med ”rekvisit” avser jag således omsatsen i en regel (i dess konditionala form),⁵⁰ dvs det abstrakt

⁴⁴ Strömholm Rätt, rättskällor och rättstillämpning 1988 s 353.

⁴⁵ Jfr Håkan Andersson som talar om ”planet för sakomständigheter” respektive ”planet för rättsliga värderingar”, Topisk retorik inom juridiken 1994 s 111. Se också Poppers ”värld 3”, Popper En intellektuell självbiografi 1988 s 219 ff.

⁴⁶ Jfr Håkan Andersson Topisk retorik inom juridiken 1994 s 119.

⁴⁷ Se bl a Ekelöf 1945 s 226ff, Frändberg 1973 s 70-71 m hänv, Agge 1950 s 12-13, Adlercreutz 1964 s 223, Boman 1964 s 9-10, Strömberg 1976 s 130, Sundberg 1982 (Agges huvudpunkter) s 41, Frändberg 1985 s 84 (jfr s 105), Strömholm 1988 (Allmän rättslära) s 46 och 72, Strömholm 1988 (Rätt..) s 239 och 257, Strömholm 1981 (Rätt..) s 239, Lindell 1987 s 27 ff, Ekelöf 1988 (SvJT) s 37, Ekelöf 1990 (Rättegång I) s 41, Hydén 1987 (Rättsregler) s 15-16 och 69, Finna rätt 1991 s 26, Lehrberg 1992 s 62, Bergholtz 1987 s 22-23.

⁴⁸ Se hänvisningarna i föregående not.

⁴⁹ Evers Tolkning av lag och rättsfall 1987 s 26.

⁵⁰ Med hänsyn till det ofrånkomliga sambandet mellan rekvisit och rättsföljder menar Evers att alla regler kan formuleras som en konditionalsats. (Tolkning av lag och rättsfall 1987 s 27.) Andra talar om ”villkorssatser”. Se bl a Lindell Sakfrågor och rättsfrå-

uttryckta villkoret (eller villkoren) för inträdandet av en viss rättsföljd. Med ”rättsfaktum” avses ”en omständighet som svarar mot rekvisitet i en rättsregel”.

När det i processrättsliga sammanhang talas om rättsfakta i meningen omedelbart relevanta fakta för utlösandet av vissa rättsföljder hoppar man över rättsfaktas infogande under ett rekvisit (och den abstrakt formulerade rättsföljdens konkretisering i form av rättsverkan). I regel saknar detta kanske betydelse. Jag delar emellertid Evers uppfattning, att ”(f)örhållandet mellan rättsfaktum och rättsverkan är medelbart, den senare utlöses inte direkt av det förra”. Relationen uppkommer genom förmedling av regeln: ”Rättsfaktum exemplifierar rekvisitet, som medför att rättsföljden blir tillämplig, vilket utlöser rättsverkan.”⁵¹ Enligt Evers står rättsverkan i samma relation till rättsföljd som rättsfaktum till rekvisit. Han definierar 'rättsverkan' som ”den juridiska, tänkta effekt som uppstår då en rättsregels följd blir tillämpad”.⁵² Både rekvisiten och rättsföljderna befinner sig således schematiskt på den rättsliga nivån. Genom förmedling av regeln återvänder vi således från en startpunkt på verklighetsnivån med rättsfakta till densamma i form av rättsverkningar.

För att återknyta till inledningens rättstillämpningsbegrepp innebär vad nu sagts att den idealtypiska rättstillämpningsmetoden - den sk subsumtionslogiska - innefattar att rättsfakta på vardagsverklighetsnivån subsumeras under rekvisit i en regel på den rättsliga nivån.

Uttalade rekvisit hör alltid till det juridiska språket, eller utgör rättsbegrepp för att tala med Lindell.⁵³ Detta hindrar inte i och för sig att de överensstämmer med vardagsspråket. Utläggningar i förarbeten och motsvarande som är avsedda att exemplifiera hur ett rekvisit (det juri-

gor 1987 s 26. Ekelöf, Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper 1956 s 12-13, talar om att rättsregler kan ges ”hypotetisk form”. Regeln om saklig grund för uppsägning kan då exempelvis omformuleras enligt följande: ”Om det föreligger saklig grund, så har en arbetsgivare rätt att säga upp en arbetstagarare.” Saklig grund utgör således rekvisitet. Man ser emellertid genast att begreppet rekvisit tycks ha en helt annan innebörd då vi rör oss med intresseavvägningsnormer än vid sedvanliga konfliktlösningarnormer med mer konkreta rekvisit, lämpade för traditionell subsumtionslogisk metod. Efterhand som ett intresseavvägningsrekvisit ges en mer konkret innebörd i rättstillämpningen tenderar emellertid skillnaderna att minska. Det är emellertid aldrig på samma sätt fråga om att göra en språklig jämförelse mellan rekvisit och rättsfaktum, jfr nedan avsnitt 4.4.

⁵¹ Evers Tolkning av lag och rättsfall 1987 s 27. Jfr Håkan Anderssons Humeinspirerade uttrycksätt; ”(f)akta föreskriver inget i sig”, Topisk retorik inom juridiken 1994 s 119.

⁵² Tolkning av lag och rättsfall 1987 s 26.

⁵³ Lindell Sakfrågor och rättsfrågor 1987 s 372-3.

diska språket) skall tolkas/uppfattas torde däremot aldrig kunna vara juridiska i vart fall inte om så inte uttryckligen sägs. Däremot är sådana motivuttalanden ägnade att underlätta den juridiskt/tekniska bestämningen av rekvisitet. Konkretiseringar i motiven eller andra källor skulle mot bakgrund härav kunna sägas innefatta ett utpekande av *potentiella rättsfakta*.

Fastställandet av om vissa rättsfakta kan anses uppfylla en regels rekvisit är alltid ytterst en rättslig fråga. Att denna rättsliga transformation många gånger ter sig självklar och att det, i den mån det under sådana förhållanden överhuvudtaget blir någon tvist, väsentligen rör bevisfrågor är en annan sak. Bevisning avser således rättsfakta och inte rekvisit. Med undantag för de situationer då part åberopar utländsk lagstiftning och har bevisbördan härför⁵⁴ kan rekvisit aldrig bli föremål för bevisning.⁵⁵

Begreppet 'rekvisit' är inte förbehållet förutsättningar i lagregler. Även oskrivna regler anses kunna ha rekvisit.⁵⁶ Att en och samma sorts rättsfakta gång efter annan subsumeras under ett visst rekvisit gör dem emellertid inte till rekvisit såsom begreppet här definierats, vare sig i den meningen att det kan sägas skapas en ny klar regel eller att de blir rekvisit i den gamla. Däremot blir den gamla regeln klarare och den framtida rättstillämpningen underlättas samtidigt som förutsebarheten ökar.

3.2.6 Arbetsbristbegreppen

I detta avsnitt avser jag att visa de olika sätt varpå termen "arbetsbrist" används eller kan användas. Vi kommer att se att det är helt olika företeelser som betecknas med termen. Sannolikt är det så att detta förhållande inte alltid står klart för den som använder den. En diskussion kring sambandet mellan förekomsten av olika arbetsbristbegrepp och den förhärskande synen på frågan om ickepersonliga förhållanden och kravet på saklig grund är en väsentlig del av analysen nedan. Där kommer således de bestämmingar som här görs att appliceras på de enskilda avgörandena eller uttalandena i övriga rättskällor. Vad jag i förevarande avsnitt skall försöka åstadkomma är således inte några djupare be-

⁵⁴ Jfr Hellner Rättsteori 1988 s 55.

⁵⁵ I enlighet med principen *jura novit curia*, se RB 35:2. Jfr Hellner Rättsteori 1988 s 54.

⁵⁶ Se Hellner Rättsteori 1988 s 70.

greppsdefinitioner⁵⁷ utan att försöka generalisera fram ett antal mer eller mindre vaga begrepp som ändå innefattar att skillnaden mellan dem blir tydlig.

”Arbetsbrist” är en term som förekommer både i vardagsspråket och det juridiska språket. Utan att närmare behöva undersöka vardagsbetydelsen av ordet står det helt klart att det i vart fall inte har samma innebörd i arbetsdomstolens sätt att använda ordet. ”Arbetsbrist” är i Evers terminologi därför ett dolt fackuttryck i det att det i det juridiska språket förekommer i en (i vart fall delvis) annan betydelse än i vardagsspråket. Härtill kommer att det inte heller endast finns en betydelse av ordet i det juridiska språket.

’Arbetsbrist’ såsom det förekommer och används i rättskällorna är inte bara *ett* begrepp. Termen ”arbetsbrist” är namn på flera begrepp. Det går i vart fall att urskilja följande olika sätt varpå termen ”arbetsbrist” används:

- det (äkta) rekvisit som förekommer i regler om turordning, företrädesrätt, förhandlingsskyldighet mm
- som oäkta rekvisit i 7 § LAS
- brist på arbete i verklig mening (rättsfaktum)
- effekten av ett beslut om nedskärning, omorganisation etc (rättsfaktum)
- samlingsbeteckning på uppsägningsgrunder som har det gemensamt att de inte bottnar i arbetstagares personliga förhållanden.

a) Arbetsbrist som rekvisit

I gällande lagstiftning förekommer termen ”arbetsbrist” på åtskilliga ställen.⁵⁸ Här skall endast refereras de som återfinns i centrala arbetsrättsliga lagar.

Den (formellt) äldsta av nu gällande centrala arbetsrättsliga lagar vari termen arbetsbrist förekommer är 1974 års förtroendemannalag. Här återfinns ”arbetsbrist” i regler som skapar ett särskilt rättsskydd för fackliga förtroendemän i samband med driftsinskränkningar:

⁵⁷ En analys av gällande rätt innebär många gånger just en nogsam begreppsbestämning. Arbetsbristbegreppet i denna mening definieras således inte här.

⁵⁸ I huvudsak samma begrepp kan förekomma under annan beteckning på annat håll än de som nedan presenteras. Här är det emellertid *termen* ”arbetsbrist” som står i förgrunden.

8 § 1 st förtroendemannalagen (1974:358)

Vid uppsägning på grund av **arbetsbrist** och vid permittering skall facklig förtroendeman, utan hinder av 22 § lagen (1982:80) om anställningsskydd, ges företräde till fortsatt arbete, om det är av särskild betydelse för den fackliga verksamheten på arbetsplatsen. Kan förtroendemannen endast efter omplacering beredas fortsatt arbete, gäller som förutsättning för att han skall ges företräde att han har tillräckliga kvalifikationer för detta arbete.

I samband med de lagändringar som genomfördes i syfte att uppfylla EG-direktiven om kollektiva uppsägningar och anställningsskyddet vid företagsöverlåtelser gjordes vissa förändringar i MBL, vilka bl a innefattade att arbetsbristtermen numera även förekommer i denna lag. Arbetsbristtermen förekommer i två av lagens paragrafer:

13 § medbestämmandelagen (1976:580)

Om en fråga särskilt angår arbets- eller anställningsförhållandena för arbetstagarare som tillhör en arbetstagarorganisation i förhållande till vilken arbetsgivaren inte är bunden av kollektivavtal, är arbetsgivaren skyldig att förhandla enligt 11 och 12 §§ med den organisationen.

Om arbetsgivaren inte är bunden av något kollektivavtal alls, är arbetsgivaren skyldig att förhandla enligt 11 § med alla berörda arbetstagarorganisationer i frågor som rör uppsägning på grund av **arbetsbrist** eller en sådan övergång av ett företag, en verksamhet eller en del av en verksamhet som omfattas av 6 b § lagen (1982:80) om anställningsskydd. Detta gäller dock inte om arbetsgivaren endast tillfälligt inte är bunden av något kollektivavtal.

15 § 2 st Medbestämmandelagen

En arbetsgivare skall i samband med förhandling inför beslut om uppsägning på grund av **arbetsbrist** i god tid skriftligen underrätta motparten om

1. skälen till de planerade uppsägningarna,
2. antalet arbetstagarare som avses bli uppsagda och vilka kategorier de tillhör,
3. antalet arbetstagarare som normalt sysselsätts och vilka kategorier de tillhör,
4. den tidsperiod under vilken uppsägningarna är avsedda att verkställas, och
5. beräkningsmetoden för eventuella ersättningar utöver vad som följer av lag eller kollektivavtal vid uppsägning.

Arbetsgivaren skall också lämna motparten en kopia av de varsel som har lämnats till länsarbetsnämnden enligt 2 a § första och andra styckena lagen (1974:13) om vissa anställningsfrämjande åtgärder.

I den i sammanhanget mest centrala arbetsrättsliga lagen, 1982 års anställningsskyddslag, förekommer termen arbetsbrist på flera ställen.⁵⁹

⁵⁹ Om man ser arbetsbrist och personliga förhållanden som ett begreppspar av intresse i sammanhanget kan följande bestämmelser i LAS lyftas fram.

Termen förekommer här i de regler som jag i ett senare avsnitt behandlar under rubriken ”skyddsreglernas begränsning”.⁶⁰

22 § 1 st LAS

Vid uppsägning på grund av **arbetsbrist** skall arbetsgivaren iaktta följande turordningsregler.

25 § 1 st LAS

Arbetstagare som har sagts upp på grund av **arbetsbrist** har företrädesrätt till återanställning i den verksamhet där de tidigare har varit sysselsatta. Detsamma gäller arbetstagare som har anställts för begränsad tid enligt 5 § och som på grund av **arbetsbrist** inte har fått fortsatt anställning. En förutsättning för företrädesrätt är dock att arbetstagaren har varit anställd hos arbetsgivaren sammanlagt mer än tolv eller, när det gäller företrädesrätt till ny säsonganställning för en tidigare säsonganställd arbetstagare, sex månader under de senaste två åren och att arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för den nya anställningen.

29 § LAS

I fråga om en arbetsgivares skyldighet att förhandla före beslut om uppsägning på grund av **arbetsbrist**, permittering eller återintagning efter permittering gäller 11-14 §§ lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.

I samtliga refererade regler är det tydligt att begreppet 'arbetsbrist'⁶¹ utgör ett rekvisit i ovan angivna mening. För att de rättsföljder respektive regel påbjuder skall inträda skall aktuella rättsfakta kunna subsumeras under rekvisitet 'arbetsbrist'. I dessa stadganden utgör 'arbetsbrist' ett juridiskt/tekniskt begrepp där det i rättstillämpningen finns anledning att ge det ett annat innehåll än vad som följer av den vardagsspråkliga betydelsen av termen ”arbetsbrist”.

a) Den s k månadsfristen i 7 § 4 st är endast tillämplig om ”uppsägningen beror på förhållanden som hänför sig till arbetstagaren personligen”.

b) Skyldigheten enligt 8 § att i uppsägningsbeskedet ange huruvida företrädesrätt föreligger förutsätter normalt ett ställningstagande till vilken principiell uppsägningsgrund som åberopas.

c) Skyldigheten enligt 16 § att i beskedet om att en tidsbegränsad anställning inte kommer att förlängas ange huruvida företrädesrätt föreligger förutsätter ett ställningstagande till varför fortsatt anställning ej erbjuds.

d) Turordningsreglerna vid uppsägning i 22 § är enbart tillämpliga vid arbetsbrist.

e) Företrädesrätt enligt 25 § förutsätter att anställningen upphört p g a arbetsbrist.

f) Enligt 29 § skall förhandlingar ske enligt MBL före beslut om uppsägning p g a arbetsbrist.

g) Vid uppsägning p g a personliga förhållanden skall underrättelse ske enligt 30 §.

⁶⁰ Nedan 4.2. För den fortsatta framställningen är det av stort intresse att redan här konstatera att ”arbetsbrist” inte förekommer i 7 § LAS.

⁶¹ Egentligen begreppet 'uppsägning på grund av arbetsbrist' eller motsvarande.

b) som oäkta rekvisit i 7 § LAS

Något motsvarande rekvisit 'arbetsbrist' finns däremot inte i 7 § 1 st LAS. Enligt detta stadgande skall en uppsägning vara *sakligt grundad*. Om det överhuvudtaget är relevant att tala i termer av rekvisit när vi rör oss med en regel av detta slag då är det 'saklig grund' som är rekvisitet. Att avgöra huruvida saklig grund föreligger låter sig inte göras med enkel subsumtion.⁶²

Min analys av rättskällornas hantering av frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund visar dock att argumentationen ofta sker på sådant sätt att det blir tydligt att 'arbetsbrist' uppfattas som ett rekvisit även vid tillämpningen av 7 § 1 st LAS. Detta tar sig uttryck i att man ser det som ett nödvändigt inslag i argumentationen – eller det juridiska rättfärdigandet – att försöka få in en faktiskt föreliggande omständighet under det språkliga uttrycket "arbetsbrist" även när tvisten rör huruvida uppsägningen är sakligt grundad. Och när man väl lyckats härmed förefaller frågan om sakligheten av uppsägningen också vara avgjord.⁶³ Detta innebär att man använder sig av sedvanligt subsumtionslogiskt resonemang vilket möjliggörs av att den regel – eller snarare saklig grund-definition – man applicerar i realiteten lyder 'arbetsbrist är saklig grund för uppsägning'. En av förklaringarna härtill är att motiven använder termen "arbetsbrist" på ett sätt som kan ge anledning till missförstånd. Som jag berört inledningsvis kommer arbetsbristbegreppet vid användningen som rekvisit i 7 § att ges olika definitioner. Dels utifrån uppfattningen om att vi laborerar med en äkta dikotomi i betydelsen icke-personliga förhållanden, dvs vad jag kallar ett kontradiktoriskt arbetsbristbegrepp, dels i den ungefärliga betydelsen verksamhetsrelaterade uppsägningsgrunder vilket svarar mot ett oppositionellt arbetsbristbegrepp i tudelningen mellan personliga förhållanden och arbetsbrist.

c) i betydelsen brist på arbetsuppgifter, effekten av företagsledningsbeslut etc

Den vardagspråkliga innebörden av termen "arbetsbrist", dvs att det föreligger brist på arbetsuppgifter, kontrasterad mot det sätt varpå den används juridiskt/tekniskt, förklarar den upprördhet människor kan känna över att bli uppsagda på grund av arbetsbrist när de i själva verket är överhopade av arbete och inte hinner med det de är satta att göra. Detta

⁶² Detta hindrar förvisso inte att det skulle kunna finnas anledning att tala om rättsfakta men då i en delvis annan mening än vad som följer av ovanstående definitioner. Att det finns faktiska omständigheter som utan vidare är av relevans vid bedömningen av huruvida saklig grund för uppsägning föreligger är en självklarhet.

⁶³ Bortsett från frågan om omplaceringsskyldigheten fullgjorts där den är aktuell.

är nu inget argument i sak mot domstolens syn på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund. Däremot kan det ses som en kritik mot valet av terminologi i rättskällorna. Vad som är mera intressant är att man även i rättsliga sammanhang använder termen "arbetsbrist" i den vardagliga betydelsen brist på arbetsuppgifter. Och när det i motivens exemplifieringar av konkreta förhållanden som kan eller inte kan utgöra saklig grund bl a nämns arbetsbrist, används termen i en nära den vardagsspråkliga liggande betydelse när det inledningsvis talas om att en arbetsgivare inte är skyldig att hålla verksamheten igång bara för att tillgodose de anställdas anställningstrygghet. Härefter glider man över till att använda den i en annan betydelse när det slås fast att det ytterst är arbetsgivarens bedömning som är avgörande för frågan om "arbetsbrist skall anses föreligga".⁶⁴ Här betyder "arbetsbrist" ungefär 'om det är företagsekonomiskt motiverat att säga upp anställda'. Den sistnämnda användningen sammanhänger i sin tur med att man till synes omedvetet med arbetsbrist som uppsägningsgrund kan avse både externt föranledd arbetsbrist och effekten av ett företagsledningsbeslut. Det är detta sätt att använda arbetsbristtermen som också implicerar ett rekvisittänkande. När termen används som ett sorts argumentatoriskt mellanled synes det nämligen bygga på föreställningen att en till verksamhetens förhållanden relaterad uppsägningsgrund skall kunna betecknas med termen "arbetsbrist".

Denna användning av termen arbetsbrist skall sedan kopplas samman med de regler vari 'arbetsbrist' utgör ett äkta rekvisit. I dessa regler synes nämligen föreställningen om en normativt relevant tudelning mellan arbetsbrist och personliga förhållanden ha viss bäring. Vad man sedan gör är således att man överför den 'arbetsbrist' som i egenskap av ett sorts potentiellt rättsfaktum används som exemplifiering av ett förhållande som normalt utgör saklig grund för uppsägning in i den i ett annat sammanhang relevanta tudelningen mellan arbetsbrist och personliga förhållanden och får därigenom fram en rättsats med innebörden att arbetsbrist i betydelsen icke-personliga förhållanden utgör saklig grund för uppsägning.⁶⁵

⁶⁴ Se återgivandet av motivuttalandena nedan avsnitt 3.3.5.2.

⁶⁵ Dessa tankegångar utvecklas successivt nedan i avsnitt 3.4 och tydliggörs i det sammanfattande avsnitt 3.5.

d) "Arbetsbrist" som samlingsbeteckning

I pedagogiska syften används ofta termen "arbetsbrist" som samlingsbeteckning på sådana uppsägningsgrunder som har det gemensamt att de är att hänföra till verksamheten. Det är således vanligt att det i läroböcker görs en uppdelning mellan arbetsbrist och personliga förhållanden när saklig grund-begreppet behandlas. Även i detta sammanhang kan vi tala om ett oppositionellt arbetsbristbegrepp.

Utöver vad här lyfts fram finns det en rad varianter som skulle kunna sägas vara särskilda begrepp. Jag ser emellertid intet skäl att här vidareutveckla detta. Terminologianvändningen är en av de faktorer som är föremål för huvudanalysen nedan.

Som redan framhållits menar jag att det är det förhållandet att termen arbetsbrist betecknar flera olika begrepp som också är en av förklaringarna till ett schabloniserat synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund. Termen används således både för att beteckna rekvisit och potentiella rättsfakta.⁶⁶ När en domstol konstaterar att arbetsbrist föreligger, är det inte alltid klart om den därvid anser ett rättsfaktum vara bevisat eller menar att ett rekvisit är uppfyllt.

Evers' "dolda fackuttryck" svarar mot vad som beträffande arbetsbristbegreppet brukar betecknas "lagteknisk innebörd". Att i lagstiftningssammanhang arbeta med båda dessa⁶⁷ kategorier samtidigt är oprofessionellt och förklarar i stor utsträckning de problem som uppkommer vid termens användning i olika, egentligen helt disparata, sammanhang.

⁶⁶ Ett tidigare relevant rättsfaktum för rekvisitet arbetsbrist i 22 och 25 §§ LAS har nu gjorts till rekvisit i 7 §, företagsövergång, se nya tredje stycket.

⁶⁷ 1a och 1b i Evers uppställning, se ovan 3.2.4.

3.3 Arbetsbristuppsägningar och 7 § LAS – ett distinkt avstamp⁶⁸

3.3.1 Inledning

I syfte att undvika allt för många upprepningar i framställningen av rättskällornas syn på arbetsbristuppsägningar nedan kommer jag i detta avsnitt att analysera 7 §:s uppbyggnad och hur synen på arbetsbristuppsägningar kommer till uttryck i lagens förarbeten. Som kommer att framgå är det nämligen åtskilligt som tillskrivs förarbetena. När det gäller flertalet uttryck för de olika synsätten framställs de i regel inte som självständiga normativa ställningstaganden utan som en beskrivning av förarbetena eller lagens uppbyggnad. Genom att redan här analysera och beskriva 7 § och dess förarbeten kan hänvisningar i analysen göras till detta avsnitt.

Här behandlas följaktligen i allt väsentligt endast 1974 års lag och dess förarbeten. Skälet är att vad som här sägs blott är tänkt att utgöra ett avstamp inför den djupare analysen av hur arbetsbristproblematiken behandlats i rättskällorna. Med hänsyn till att 7 § inte genomgått någon i här relevanta avseenden förändring vare sig genom den nya lagen 1982 eller senare får de motivuttalanden som gjorts i samband med den nya lagens införande eller senare ändringar också enligt min uppfattning en annan rättskällestatus än den som enligt rådande föreställningar tillkommer lagförarbeten.⁶⁹ Förarbetena till 1982 års lag och till de lagändringar som därefter gjorts kommer därför att behandlas i anslutning till genomgången av rättskällorna nedan, och då på de ställen där de kronologiskt hör hemma. De behandlas således som en del i den kommunikativa kunskapsprocessen. En särställning i sammanhanget intar det nya tredje stycket som direkt berör en viss typ av arbetsbristuppsägning men där det samtidigt anges att förbudet mot uppsägningar i anledning av företagsöverlåtelse i sig inte hindrar uppsägningar på grund av ”ekonomiska, tekniska eller organisatoriska” skäl. Bestämmelsen är emellertid, dels en direkt avskrift av ett EG-direktiv, dels tillkommen

⁶⁸ Titeln inspirerad av Wittgensteins distinktionsmetod, se Fann Ludwig Wittgenstein 1993 s 60.

⁶⁹ Jfr den debatt som fördes med anledning av metoden att genom nytt SFS-nummer söka få till stånd förändringar i tillämpningen av vissa typer av personliga uppsägningsgrunder utan att den tillämpliga regelns lydelse ändrades. Detta berörde dock inte så mycket arbetsbristuppsägningar. De uttalanden som gjordes i motiven till 1982 års lag rörande 7 §:s systematik, vad som utgör saklig grund i dessa sammanhang etc skulle därför kunna sägas sakna normativa avsikter och får istället betraktas som beskrivningar av rättsläget. Se nedan 3.4.6.

efter det att det utvecklats ett schabloniserat synsätt på frågan om arbetsbrist och saklig grund i praxis och doktrin. Därmed kommer lagändringen inte att påverka analysens hållbarhet.

7 § LAS hade ursprungligen följande lydelse:

Uppsägning från arbetsgivarens sida skall vara sakligt grundad.

Saklig grund föreligger ej, om det skäligen kan krävas att arbetsgivaren bereder arbetstagaren annat arbete hos sig.

Beror uppsägningen på förhållande som hänför sig till arbetstagaren personligen, får uppsägningen icke grundas enbart på omständighet som arbetsgivaren har känt till mer än en månad innan varsel eller underrättelse enligt 31 § andra stycket lämnades om uppsägningen.

3.3.2 Är 7 § LAS tillämplig på s k arbetsbristuppsägningar?

Rubrikens frågeställning kan i förstone te sig märklig. Betraktar man emellertid exempelvis den officiella sammanfattningen av AD 1994: 122 beskrivs den relevanta rättsfrågan på följande sätt:

”Fråga huruvida uppsägningen med hänsyn till omständigheterna skall anses ha utgjort en uppsägning på grund av arbetsbrist eller på grund av förhållanden som varit hänförliga till arbetstagaren personligen (personliga skäl). Då det senare finnes vara fallet, fråga huruvida uppsägningen varit sakligt grundad eller ej.”⁷⁰

Av formuleringen får man intryck av att kravet på saklig grund inte skulle gälla om uppsägningen befanns ha sin grund i arbetsbrist. Citatet och andra uttryck för ett schabloniserat eller formalistiskt synsätt på frågan om saklig grund kräver att några ord inledningsvis sägs om det principiella tillämpningsområdet för 7 § LAS.

Av 4 § LAS följer att en tillsvidareanställning kan bringas att upphöra genom uppsägning. Av 7 § 1 st följer att en uppsägning från arbetsgivarens sida skall vara sakligt grundad. Någon åtskillnad mellan olika typer av uppsägningsgrunder görs varken i detta eller i det följande stycket. Detta andra stycke preciserar generellt innebörden av begreppet saklig grund såtillvida att saklig grund inte föreligger om det är skäligen att kräva att arbetsgivaren bereder arbetstagaren annat arbete hos sig. Av

⁷⁰ I AD-aktuellt var beskrivningen av rättsfrågan i målet (A 248/93) kanske än tydligare från nu berörda utgångspunkter: ”Fråga huruvida uppsägningen är att bedöma som en uppsägning av personliga skäl eller som en uppsägning på grund av 'arbetsbrist' (observera citationstecknen, min anmärkning) i anställningsskyddslagens mening. I det förra fallet fråga huruvida uppsägningen varit sakligt grundad.” (Min kursivering.)

tredje stycket⁷¹ följer att en arbetsgivare vid personliga förhållanden inte enbart får grunda en uppsägning på förhållanden han känt till i mer än en månad. Detta stadgande gör således åtskillnad mellan olika uppsägningsgrunder, dock utan att det är fråga om någon tudelning.⁷² Själva framhållandet av att just detta stycke, som utgör en precisering av den i första stycket angivna generella normen, endast avser personliga förhållanden bekräftar att regeln om saklig grund är generell tillämplig på samtliga uppsägningar från arbetsgivares sida. I motiven behandlas också arbetsbrist som exempel på vad som kan utgöra saklig grund; det är inte tal om att regeln inte skulle vara principiellt tillämplig. När departementschefen således i inledningen av allmänmotiveringen till 1974 års lag i allmänna termer uttalar sig om innebörden av begreppet saklig grund sker detta också före exemplifieringen av uppsägningsgrunder där bl a arbetsbrist och olika former av personliga förhållanden penetreras.⁷³ När han därefter går in och just exemplifierar med driftsinskränkningar och i anslutning därtill talar om arbetsbrist blir det uppenbart att stadgandet också äger tillämpning på uppsägningar som inte bottnar i arbetstagens personliga förhållanden. Att man sedan menar att merparten av de icke-personliga förhållanden som är relaterade till verksamheten som regel skall anses utgöra saklig grund för uppsägning är en annan sak.

Till skillnad från vad som var fallet med motsvarande reglering i huvudavtalet är och har LAS alltid varit tillämplig på alla uppsägningar av anställningsavtal.⁷⁴ Huvudavtalet undantog, som vi erinrar oss,⁷⁵ arbetsbristuppsägningar. Det är t o m så numer att den enda konkretiseringen av vad som *inte* utgör saklig grund i paragrafens nya tredje stycke utgörs av en situation som tidigare föll in under beteckningen arbetsbrist.

⁷¹ Numera fjärde stycket, och med delvis ändrat innehåll. Månadsfristen blev en tvåmånadersfrist, med möjligheter att komma undan fristen om synnerliga skäl föreligger, genom Bildt-regeringens skyndsamma lagändringar hösten 1993. Observera att denna regel var den enda som inte återställdes av den socialdemokratiska regeringen per den 1 januari 1995.

⁷² Huruvida detta allmänt innebär att 7 § innefattar en rättslig åtskillnad mellan personliga och icke-personliga uppsägningsgrunder återkommer jag strax till.

⁷³ Prop 1973:129 s 122.

⁷⁴ Här bortses från undantagskretsen i 1 §.

⁷⁵ Se ovan avsnitt 2.2.6.

3.3.3 Spelar det någon roll om regeln är tillämplig eller inte?

Nu är det väl knappast heller någon som på allvar påstår att 7 § inte skulle vara tillämplig vid s k arbetsbrist.⁷⁶ Däremot synes uppfattningen vara att allt som kan definieras som arbetsbrist, ofta i betydelsen icke-personliga förhållanden, utgör saklig grund för uppsägning.⁷⁷

Om vi då för ett ögonblick accepterar synsättet att allt som inte är personliga förhållanden kan betecknas arbetsbrist och utgör saklig grund, kan det finnas anledning att ställa sig frågan om det är någon skillnad mellan att regeln inte är tillämplig, dvs att saklig grund inte behövs, och att regeln i och för sig är tillämplig men att allt som inte utgör personliga förhållanden är saklig grund?

På rättsföljdssidan innebär regelns tillämplighet att den särskilda ogiltighetsregeln i 34 § är tillämplig även i sådana fall där arbetsgivaren angivit att arbetsbrist utgjort grunden för uppsägningen och arbetstagsidan hävdad att uppsägningen inte varit sakligt grundad, utan att ens göra gällande att det skulle röra sig om fingerad arbetsbrist eller motsvarande.⁷⁸ Det är vidare klart att andra stycket om arbetsgivarens s k omplaceringsskyldighet är tillämpligt. Det skulle det emellertid kunna vara även om första stycket endast gällde personliga förhållanden.

Det förefaller inte ha någon avgörande betydelse ur anställningsskyddssynpunkt om regeln är tillämplig eller inte. Nu har vi emellertid konstaterat, och detta förutsätter jag principiellt kommer att vara oemotsagt, att regeln är tillämplig. Då bör detta rimligen innebära något annat än att domstolen endast har att ta ställning till om en uppsägning juridiskt/tekniskt skall betraktas som grundad på icke-personliga förhållanden och eventuellt ta ställning till påståenden från arbetstagsidan om att uppsägningen egentligen är föranledd av personliga förhållanden.

En utgångspunkt för det fortsatta resonemanget är således att redan det faktum att regeln är tillämplig på s k arbetsbristuppsägningar är ett avgörande argument mot ett synsätt som innefattar att man primärt

⁷⁶ Tvärt om. I inledningen till avsnittet om 7 § uttrycker sig således Lunning på följande sätt: "Kravet på saklig grund skall vara uppfyllt både då en uppsägning sker till följd av en driftsinskränkning eller organisationsförändring (arbetsbrist) och då uppsägningen föranleds av förhållanden som hänför sig till den enskilde arbetstagaren personligen." (Anställningsskydd 1989 s 178.)

⁷⁷ Jag återkommer med närmare analys. Här räcker det att konstatera approximativ rättslägesuppfattning.

⁷⁸ IAD 1977:64 gjorde arbetsgivaren invändningen att vid tvist om rätt till lön under den tid anställningen enligt stadgandet skulle bestå, ogiltighetsregeln inte kunde äga tillämpning eftersom arbetsbrist var saklig grund. För denna ståndpunkt vann arbetsgivaren emellertid inget gehör.

ställer sig frågan om uppsägningen i juridisk/teknisk mening är föranledd av arbetsbrist eller personliga förhållanden och först om svaret därpå blir personliga förhållanden menar en saklig grund-prövning vara relevant.

Det bör påpekas att en ordning som innebär att kravet på saklig grund endast skulle gälla personliga förhållanden ingalunda innebär att de anställda är helt utlämnade vid uppsägningar p g a arbetsbrist. Här kan skyddet istället bestå i regler om förhandlingsskyldighet, turordning och företrädesrätt till återanställning. De som förfäktar synsättet att allt som inte utgör personliga förhållanden är saklig grund kan ju luta sig tillbaka mot att vi har ett skydd mot godtycke i just dessa regler. I den s k återställarpropositionen⁷⁹ anför departementschefen just frånvaron av möjligheten till prövning av arbetsbristuppsägningar som ett väsentligt skäl till att återställa turordningsreglerna till dess ursprungliga skick.⁸⁰ Man skulle således kunna tänka sig en ordning med en saklig grund-regel som, liksom i Huvudavtalet, endast gäller personliga förhållanden och låta skyddet vid arbetsbristuppsägningar bestå i turordningsregler etc. Anställningsskyddet skulle då vara väsentligen detsamma som om saklig grund-regeln i och för sig var tillämplig men att allt som inte är personliga förhållanden är saklig grund. Mot bakgrund av den rättstillämpning arbetsdomstolen kom in på redan i slutet av trettio-talet och som innebar att regler om turordning i sig innebar ett generellt krav på godtagbara skäl⁸¹ även för personligt relaterade uppsägningar⁸² stärks uppfattningen om att kravet på saklig grund i LAS är ett reellt krav även såvitt angår arbetsbristuppsägningar. Annars hade inte ens en regel om saklig grund krävts; det hade räckt med att införa generella turordningsregler.⁸³

Vid en diskussion om saklig grund-regelns tillämpningsområde måste vi också ha i åtanke att det avtal, som får antas ha tjänat som utgångspunkt för anställningsskyddslagen, innehöll en saklig grund-regel som endast var tillämplig på personliga förhållanden.⁸⁴ Vid arbetsbristuppsägningar tillhandahöll Saltsjöbadsavtalet, efter 1964 år april-

⁷⁹ Prop 1994/95:76. Den kom att kallas återställarpropositionen eftersom syftet var att återställa LAS till det innehåll den hade före Bildt-regeringens lagändringar.

⁸⁰ Prop 1994/95:76 s 17-18. Jag återkommer med kritik kring det synsätt på saklig grund-problematiken som detta departementschefens uttalande ger uttryck för nedan.

⁸¹ Se ovan avsnitt 2.5.4.

⁸² Observera att kravet även gällde uppsägningsgrunder hänförliga till verksamheten, se ovan avsnitt 2.5.4.

⁸³ Jfr uttalandena i äldrelagpropositionen, se ovan avsnitt 2.4.6.

⁸⁴ Se ovan avsnitt 2.2.6.

uppgörelse, endast (begränsade) turordningsregler. Det är därför också rimligt att utgå från att en generellt utformad saklig grund-regel kombinerad med turordningsregler bör innefatta större möjligheter att pröva sakligheten i en ”arbetsbristuppsägning” än ett avtal där saklig grund-regeln alls inte gäller denna typ av uppsägningar utan endast i dessa hänseenden tillhandahåller ett arbetstagar skydd bestående i turordningsregler.

3.3.4 Påbjuder 7 § eller dess motiv en normativt relevant tudelning mellan 'arbetsbrist' och 'personliga förhållanden'?

3.3.4.1 Inledning

Som kommer att framgå i huvudavsnittet nedan finns åtskilliga uttalanden i litteraturen och i praxis där det anges att uppsägningen skall behandlas som en uppsägning p g a arbetsbrist och detta trots att rättsfrågan är om saklig grund föreligger eller ej. Även om dessa uttalanden nedan skall behandlas efterhand som de framställs kräver systematiken att jag redan här kommenterar dem något. Gör således lagen eller dess motiv någon principiell åtskillnad mellan uppsägningar p g a arbetsbrist eller personliga förhållanden såvitt angår tillämpningen av 7 §:s allmänna regel om att en uppsägning skall vara sakligt grundad?⁸⁵

3.3.4.2 Rekvisit? Månadsregelns betydelse i sammanhanget.

Det finns olika sätt att angripa denna frågeställning. Vi kan först fråga oss om 'arbetsbrist' eller något motsvarande begrepp utgör rekvisit i 7 §. Om vi med ”rekvisit” avser en i en regel uttryckt förutsättning för inträdet av angivna rättsföljder⁸⁶ står det klart att 'arbetsbrist' inte utgör något rekvisit i 7 § LAS; ingen av de regler som där kommer till uttryck innehåller något sådant (uttryckligt) arbetsbristrekvisit. Lagtexten som sådan ger således inte stöd för att betrakta 'arbetsbrist' som ett rent juridiskt/tekniskt begrepp vid tillämpningen av regeln om saklig grund i 7

⁸⁵ Observera att man i 1964 års apriluppgörelse hade en sorts negativ definition av arbetsbrist eftersom man skilde på personliga förhållanden och ”andra skäl” än personliga förhållanden. Men, återigen, skälet var att olika regler skulle gälla beroende på uppsägningsgrund och detta är inte fallet i 7 § LAS och då behövs heller vare sig en tudelning eller en kontradiktorisk dikotomi. Apriluppgörelsens utformning förefaller för övrigt bygga på att man inte kunde föreställa sig icke-personliga förhållanden som inte rörde verksamheten, vilket är ytterligare ett skäl till att inte denna utgör något argument för att LAS skall innehålla eller bygga på samma brist.

⁸⁶ Jfr ovan 3.2.5.

§.⁸⁷ Nu är det emellertid så, och det är här en väsentlig del av min kritik mot ett formalistiskt synsätt på s k arbetsbristuppsägningar ligger, att det finns en benägenhet att under senare tid behandla termerna "arbetsbrist" och "icke-personliga förhållanden" som synonymer (även) vid tillämpningen av 7 §. Denna sammanblandning mellan opposition och kontradiktion⁸⁸ framgår exempelvis i AD 1987:34, där det sägs att med "arbetsbrist avses alla de grunder för en uppsägning som inte är hänförliga till arbetstagarens person".⁸⁹ Med en sådan bestämning av arbetsbristbegreppet skulle det ju s a s motsatsvis utgöra rekvisit i regler där 'personliga förhållanden' är ett uttryckligt rekvisit.⁹⁰ Ett sådant rekvisit 'personliga förhållanden' finns som redan nämnts i det ursprungliga tredje stycket i 7 §. Den begränsning av uppsägningsrätten som består i den s k månadsfristen gäller således endast vid uppsägningsgrunder som är relaterade till arbetstagarens person. Vid en tvist om månadsfristens tillämplighet kan det således bli aktuellt att i juridisk/teknisk mening ta ställning till vad "icke-personliga förhållanden" innebär.⁹¹ Om detta då är synonymt med "arbetsbrist" kan således 'arbetsbrist' anses utgöra ett relevant juridiskt/tekniskt begrepp i 7 §, i vart fall såvitt angår månadsregeln. En fråga som inställer sig är då om månadsfristen och dess tillämplighet på enbart personliga förhållanden implicerar att stadgandet i dess helhet bygger på någon form av tudelning av de uppsägningsgrunder som kan förekomma? Varför är månadsfristen endast tillämplig vid personliga förhållanden? För besvarandet av dessa frågor finns det anledning att studera de motiv som föranlett införandet av regeln.

⁸⁷ Regelbegreppet är som ovan antytts ingalunda okontroversiellt. Med hänvisning till rättstillämpningen kan det visst finnas utrymme för att påstå att det finns en i rättspraxis uttryckt regel som säger att arbetsbrist (i juridisk/teknisk mening) är saklig grund för uppsägning. Här är det tillräckligt att konstatera att en sådan regel inte har något direkt stöd i 7 §:s utformning. Men även med utgångspunkt i förhållandena 1974 skulle den med ett vidsträckt regelbegrepp kunna hävdas att det fanns en regelinspirant i form av ett motivuttalande med denna innebörd. Detta vore emellertid att helt tunna ut rekvisitbegreppet.

⁸⁸ Se härom ovan 3.2.3.

⁸⁹ Se nedan avsnitt 3.4.9 vid behandlingen av domen.

⁹⁰ Jfr Nouisianen Rättens system och kvinnans vardag s 319ff med hänvisning till Jackson och Greimas.

⁹¹ Någon sådan tvist har mig veterligt inte förekommit. Tvister om månadsfristen har istället rört om den är tillämplig på bestående (personliga) förhållanden och vilken tidpunkt som är relevant som utgångspunkt för när fristen börjar löpa. Se en översikt av praxis, Lunning Anställningsskydd 1989 s 274ff.

En regel om en veckas preskriptionsfrist vid avskedande återfanns redan i 15 § 2 st i 1944 års hembiträdeslag.⁹² I lagen infördes en uppsägningstid för tillsvidareanställningar om fjorton dagar.⁹³ Främst med avseende på tidsbestämda anställningar infördes regler i nyssnämnda stadgande om rätt att, under vissa förutsättningar, uppsäga avtalet till omedelbart upphörande.⁹⁴ Enligt stadgandet fick omedelbart skiljande ”dock ej ske, om till grund därför uteslutande åberopas förhållande, varom arbetsgivaren ägt vetskap mera än en vecka före uppsägningen.”⁹⁵

Veckofristen gällde även för hembiträdets omedelbara frånträde från anställningen.⁹⁶ Hembiträdesutredningens⁹⁷ förslag till den aktuella veckofristen, mot vilka departementschefen inte synes ha haft något att invända, motiverades sålunda:

”Utredningen har föreslagit vissa preskriptionsbestämmelser i syfte att förebygga ett otillbörligt utnyttjande av uppsägningsreglerna. Sålunda har föreslagits att, där uppsägningsgrunden är ett väsentligt åsidosättande från andra partens sida av parten åvilande skyldigheter enligt avtalet, denna grund icke må åberopas sedan längre tid än en vecka förflutit från det den förfördelade erhöll kännedom om förhållandet. Sedan viss tid förflutit utan att vederbörande begagnat sin uppsägningsrätt, måste man nämligen anse, att den timade händelsen icke tillmätts sådan betydelse, att avtalsförhållandet bör upplösas, eller att den förfördelade i allt fall avstått från rätten att på den grund uppsäga avtalet.”⁹⁸

Viktigt är här att regeln, bortsett från tidsfristen som sådan, är identisk med den ursprungliga utformningen i 7 § 3 st LAS av 1974 års modell. Utredningsförslaget innehöll en absolut preskriptionsfrist men efter påtalande från en remissinstans⁹⁹ gjordes denna omformulering,¹⁰⁰ som - i

⁹² SFS 1944:461. I stadgandets första stycke preciserades under vilka förutsättningar ”uppsägning” med omedelbar verkan kunde ske. Förutom vid väsentligt åsidosättande av skyldigheter kunde så ske ”om hembiträdet befinnes lida av tuberkulos eller av könsjukdom i smittsamt skede”. I jämlikhetens namn infördes i 16 § en motsvarande rätt för hembiträdet att omedelbart frånträda anställningen på dessa grunder.

⁹³ 5 § 2 st.

⁹⁴ Se prop 1944:217 s 113. Såsom regeln formulerades ägde den emellertid tillämpning även på tillsvidareanställningar.

⁹⁵ Precis som i äldrelagen talas det om ”uppsägning” utan uppsägningstid.

⁹⁶ 16 § 2 st.

⁹⁷ 1933 års utredning lade fram sitt förslag till hembiträdeslag den 28 februari 1939, se prop 1944:217 s 7.

⁹⁸ Citerat ur utdraget ur propositionen, prop 1944:217 s 109.

⁹⁹ Statens arbetsmarknadskommission, se utdrag i prop 1944:217 s 111 f.

¹⁰⁰ Genom att ange ”uteslutande”.

likhet med den nu gällande - tillåter kumulation av tidigare inträffade händelser med sådant som måste ha hänt inom fristen.¹⁰¹

Hembiträdesutredningen synes i sin tur ha fått idén till en preskriptionsfrist från Kommitténs angående privatanställda förslag till lag om arbetsavtal från 1935.¹⁰² Här föreslogs, både i reglerna om arbetsgivares och arbetstagares rätt att utan uppsägningstid häva avtalet, en frist om en vecka, varefter möjligheten att till grund för hävning åberopa de i stadgandena angivna hävningsförutsättningarna skulle upphöra.¹⁰³ Undantag från veckofristen gjordes bl a för arbetsgivares rätt att häva p g a uppenbar oskicklighet. Motiven för veckofristen utvecklades enligt följande:¹⁰⁴

”Till förekommande av missbruk torde en viss preskriptionstid för begagnande av den föreslagna hävningsrätten vara nödvändig. Låter arbetsgivaren med kännedom om det faktum, som utgör hävningsgrund, en längre tid förflyta utan att begagna sin rätt, har arbetstagaren giltig anledning att anse, att arbetsgivaren ej tillmätt förhållandet i fråga den betydelse, att avtalsförhållandet bör upplösas. Den föreslagna preskriptionstiden skall dock ej äga tillämpning å de i punkterna 6) och 8) upptagna fall. Att en arbetsgivare låter en veterligen oduglig arbetstagare kvarstå i tjänsten i hopp om att han så småningom skall förbättras, bör ej betaga honom hävningsrätten.”¹⁰⁵

Månadsregeln¹⁰⁶ återfanns ursprungligen i 3 § i den s k äldrelagen.¹⁰⁷ I denna provisoriska lagstiftning infördes främst regler om lagstadgad uppsägningstid och återanställningsrätt för äldre arbetstagare. Någon uttrycklig regel om saklig grund för uppsägning fanns emellertid inte.¹⁰⁸ Regeln om uppsägningstid behövde förses med ett undantag¹⁰⁹

¹⁰¹ Det kan förefalla märkligt att man kunde ”kumulera fram” till väsentligt åsidosättande, men så var uppenbarligen fallet, se prop 1944:217 s 113.

¹⁰² SOU 1935:18.

¹⁰³ 33 och 34 §§, se SOU 1935:18 s 20-21.

¹⁰⁴ SOU 1935:18 s 186.

¹⁰⁵ Här i undantaget finns idén om vad som senare skulle komma att kallas ”bestående förhållanden”.

¹⁰⁶ Av ”LAS-typ”.

¹⁰⁷ Lag 1971:199 om anställningsskydd för vissa arbetstagare. Se ovan avsnitt 2.4.6.

¹⁰⁸ Att reglerna om återanställningsrätt däremot indirekt får betydelse för frågan om uppsägningsrätten uppmärksammades i motiven, se ovan avsnitt 2.4.6. Som framgått ovan (avsnitt 2.4.3.) var detta en princip som arbetsdomstolen i ett antal domar slog fast vid trettioalets slut då tvister uppstod om innebörden av kollektivavtal med företrädesrättsregler. Det skulle ha varit allt för lätt för en arbetsgivare att blott påstå att uppsägningen var betingad av personliga förhållanden, för vilka någon begränsning av uppsägningsrätten inte fanns.

¹⁰⁹ Se Den äldre arbetskraftens anställningstrygghet, Stencil In 1971:1 s 83-84.

för det vi idag kallar avskedandesituationer.¹¹⁰ Det var i denna undantagsregel som det infördes en restriktion bestående i att hävning inte fick grundas ”enbart på förhållande som arbetsgivaren känt till mer än en månad..”¹¹¹ I promemorieförslaget stannade man med hänvisning till ”en allmän arbetsrättslig grundsats”¹¹² och till den ordning som gällde enligt 1970 års lag om husligt arbete¹¹³ för en frist om endast en vecka.¹¹⁴ Den grundsats de menar att lagen om husligt arbete baseras på säges¹¹⁵ innefatta ”att arbetsgivare inte får som grund för uppsägning åberopa förhållande som har inträffat långt tidigare och som arbetsgivaren då inte har reagerat mot”.¹¹⁶ Remissinstanserna var kritiska mot den korta tidsfrist som föreslagits i promemorian och departementschefen tog intryck härav då han accepterade den av SAF föreslagna fristen om en månad.¹¹⁷

Beträffande motivet till motsvarande stadgande i LAS sägs i utredningen endast att stadgandet ”ger - i likhet med 3 § i 1971 års lag - uttryck för tanken att arbetsgivaren i förekommande fall måste svara med uppsägning relativt omgående och att det, om tidigare händelser åberopas, måste ha tillkommit något ytterligare i själva uppsägningssituationen”.¹¹⁸ Någon närmare utläggning kring frågan görs heller inte i propositionens allmänmotivering. Departementschefen konstaterar kort, efter att ha framhållit att förslaget ”godtagits av det stora flertalet remissinstanser”, att han ansluter sig till utredningens förslag.¹¹⁹ Av betydelse för den fråga som här är av intresse är emellertid att månadsfristen av departementschefen inte behandlas som en generell regel för personliga förhållanden. Frågan behandlas mitt i genomgången av olika personliga förhållanden, nämligen direkt efter sådant som kan betecknas förseelser från arbetstagarens sida och före sådana förhållanden som sjukdom, ålder etc. Detta indirekta uttryck för månadsfristens begränsade tillämplighet förstärks av utläggningen härom i specialmotiveringen:

¹¹⁰ I lagen talas om uppsägning utan iakttagande av uppsägningstid.

¹¹¹ 3 § andra meningen.

¹¹² In 1971:1 s 84.

¹¹³ SFS 1970:943. 12 § 3 st.

¹¹⁴ Se prop 1970:150 s 57 (hänvisning från In 1971:1 s 84).

¹¹⁵ Med hänvisning till AD 1965:34. Jfr AD 1933:27.

¹¹⁶ In 1971:1 s 84.

¹¹⁷ Prop 1971:107 s 111.

¹¹⁸ SOU 1973:7 s 180.

¹¹⁹ Prop 1973:129 s 125-26.

”Det kan vidare tänkas att arbetstagaren visar misskötsamhet av fortlöpande karaktär, t. ex. svår alkoholism eller ständig ovillighet att fullgöra sina arbetsuppgifter. Den omständigheten att arbetsgivaren sedan mer än en månad har känt till ett sådant förhållande medför inte att han därefter skulle vara förhindrad att åberopa missförhållandet som en självständig uppsägningsgrund.”¹²⁰

I AD 1977:18 uttolkar och utvecklar arbetsdomstolen det citerade motivuttalandet sålunda:¹²¹

”Det anförda torde vara att uppfatta på det sättet att förhållandet får åberopas även om det inte under en månad före varseltidpunkten har inträffat någon särskild omständighet som utgör ett mera påtagligt uttryck för ett missförhållande. Arbetsgivaren skulle alltså vid förhållanden av fortlöpande karaktär inte vara nödgad att knyta varslet och den följande uppsägningen till någon 'utlösande' händelse.

Arbetsdomstolen delar i princip ett sådant synsätt. Det är dock viktigt att framhålla att frågeställningen endast gäller ett förhållande som i verklig mening är av fortlöpande natur, dvs vad som också skulle kunna kallas ett bestående tillstånd, till skillnad från en serie händelser. Som exempel på den förra situationen torde kunna åberopas fall av bristande lämplighet eller oförmåga till samarbete och på den senare upprepad olovlig utevaro eller flera på varandra följande fall av vägran att utföra ålagt arbete. Har i fall av det senare slaget samtliga händelser inträffat tidigare än en månad före varslet, leder månadsregeln till att ingen av dem får åberopas. Gränsen mellan vad som är att anse som ett förhållande av fortlöpande karaktär och vad som bör betraktas som en serie händelser torde ibland kunna vara svår att dra. Omständigheterna i det enskilda fallet blir ofta avgörande för en sådan gränsdragning. Det bör tilläggas att om ett avbrott eller annan ändring sker i vad som anges vara ett bestående förhållande situationen kan vara sådan att månadsregeln får tillämpning.”

Även om domstolen är försiktig i sina formuleringar är det tveklöst så att den anlägger ett mer restriktivt synsätt på när månadsfristen inte är tillämplig jämfört med vad som kommer till uttryck i departementschefens ovan citerade motivuttalande.¹²² Helt klart är emellertid att månads-

¹²⁰ Prop 1973:129 s 243.

¹²¹ Jfr Lunning som (på s 276 i 7:e uppl 1989 av sitt verk Anställningsskydd) i allt väsentligt ordagrant återger delar av nedanstående citat. I samtliga möjliga upplagor av Lunnings verk anges emellertid AD 1977:87 som stöd för dessa ståndpunkter. Detta är en felskrivning som är försvarlig och det är också förklarligt att den hängt med i de följande upplagorna. När arbetsrättsutredningen i SOU 1993:32 s 366 redogör för ”bestående förhållanden” hänvisas det emellertid inte blott till AD 1977:18 utan också till (”jämför”) målet AD 1977:87. Målet rör fråga om skadestånd för brott mot ett kollektivavtals övertidsregler.

¹²² I AD 1989:42 förstärks domstolens restriktiva synsätt. Här hade arbetsgivaren invänt att månadsfristen inte var tillämplig eftersom statusen hos den anställde som en säkerhetsrisk var ett bestående förhållande. Domstolen tillämpade emellertid månads-

fristen inte äger tillämplighet på samtliga fall av uppsägningar som är att hänföra till arbetstagares personliga förhållanden; vad som kan be-tecknas (verkliga) ”bestående förhållanden” faller utanför.

Det är intressant att betrakta dessa till arbetstagares person relaterade ”bestående förhållanden” och jämföra dem med s k arbetsbristuppsägningar. Här finns gemensamma drag.¹²³ Det är knappast relevant att i normalfallet tala om att uppsägningsgrunder som kan hänföras till kategorin arbetsbrist består i enskilda, utlösande händelser. I vart fall där uppsägningsgrunden är ekonomiska förhållanden är det tvärtom i högsta grad relevant att tala om ”bestående förhållanden” och i detta avseende dra paralleller med personliga uppsägningsgrunder av typen sjukdom, nedsatt arbetsförmåga etc.

Det faktum att månadsregeln endast gäller personliga förhållanden har därför inga som helst implikationer för frågan om 7 § baseras på föreställningen om en normativt relevant tudelning. För det första är regeln utan närmare reflektioner överförd från en bestämmelse i äldrelagen som endast var tillämplig på avsked. Om man således vid LAS tillkomst ograverat övertog en bestämmelse som var avsedd för avskedandesituationer¹²⁴ får vi direkt förklaringen till varför den endast äger tillämpning på personliga förhållanden. Avsked kan knappast någonsin bli aktuellt då det rör sig om ”bestående förhållanden”, varför det kan hävdas att själva formuleringen ”personliga förhållanden” är olämplig. Den ger sken av att göra en distinktion och att gentemot icke-personliga förhållanden utpeka vissa karaktäristika. Med hänsyn till att arbetsbrist mycket sällan torde kunna ha sin grund i urskiljbara konkreta händelser hade rekvisitet 'personliga förhållanden', med smärre justeringar av formuleringarna i övrigt, mycket väl helt kunnat strykas ur regeln. Vad

fristen och tog då utgångspunkt i tidpunkten när arbetsgivaren fått del av uppgifterna från rikspolisstyrelsens säkerhetsregister och framhöll: ”Om regeln ges den tillämpning som bolaget förespråkar medför detta att en arbetsgivare, trots att det kan konstateras att han vid en viss tidpunkt erhållit kunskap om omständigheter som kan överblickas och som enligt arbetsgivarens mening utgör saklig grund för uppsägning, efter eget gottfinnande kan avgöra när han vill tillgripa en uppsägning med anledning av den kunskap som sålunda kommit honom till del. En sådan tillämpning står i direkt strid med lagregelns syfte. Man kan närmast jämföra den i målet aktuella situationen med den då en arbetsgivare till stöd för en uppsägning vill åberopa att arbetstagaren dömts för visst brott”. (Kanske det var just detta fall man hade i åtanke när man införde bestämmelsen om synnerliga skäl i det nya fjärde stycket.)

¹²³ Att den grundläggande skillnaden består i att problemet vid personliga förhållanden endast kan lösas genom uppsägningen av just den aktuella individen hindrar inte att jämförelser kan göras över kategorigränserna.

¹²⁴ Månadsfristen (tvåmånadersfristen numera) gäller förstås även i anslutning till reglerna om avskedande i 18 § LAS.

som är än mer intressant är att den precisering som skett i både motiven och praxis av månadsregelns tillämplighet i själva verket innebär att åtskilliga fall hänförliga till kategorin personliga förhållanden jämföras med uppsägningsgrunder som inte har sin grund i sådana personliga förhållanden. I vissa avseenden ger således månadsregeln uttryck för att det är större likheter mellan arbetsbrist och sjukdom än vad det är mellan sjukdom och misskötsamhet. Min slutsats av genomgången av månadsregeln blir att den istället för att bekräfta riktigheten av en juridisk/teknisk tudelning av uppsägningsgrunder i 7 § inte bara förhåller sig neutral härtill utan jämväl förstärker min uppfattning om det onyanserade, inte bara i ett formalistiskt utan dessutom i ett schabloniserat synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund.

3.3.4.3 Varför inte rekvisit?

Det finns uppenbarligen många som är av den uppfattningen att motiven direkt ger stöd för att hävda att arbetsbrist, t o m negativt definierat som icke-personliga förhållanden, alltid skulle vara saklig grund för uppsägning.

Om nu detta också var lagstiftarens uppfattning finns det all anledning att ställa sig frågan varför detta inte angavs direkt i lagtexten? Det kan inte försvaras med att omplaceringsskyldigheten annars inte skulle ha gällt. Hade det i första stycket preciserats att arbetsbrist utgör saklig grund hade detta inte påverkat tillämpningen av omplaceringsskyldigheten i andra stycket. Vad som är av större intresse är att det faktiskt nog samt, såväl i utredningsförslaget¹²⁵ som i propositionen¹²⁶ reflekterades över möjligheten att direkt i lagtexten precisera vad som skall utgöra saklig grund men att man stannade för att inte göra så.¹²⁷ Efter att ha redogjort för utredningens förslag om en generellt uttryckt norm samt refererat några av de omständigheter som enligt utredningen ”bör kunna utgöra saklig grund”,¹²⁸ utvecklar departementschefen sin syn på hur regeln lämpligen bör utformas:

”För egen del finner jag önskemålet om en närmare precisering av vad som skall anses som saklig grund för uppsägning naturligt. Förhållandena inom ar-

¹²⁵ SOU 1973:7 s 147-48.

¹²⁶ Prop 1973:129 s 119-120.

¹²⁷ Man har heller inte enbart övertagit ett på arbetsmarknaden etablerat begrepp utan närmare överväganden. Det framhålls också att innebörden i begreppet saklig grund inte är detsamma som i motsvarande i kollektivavtal framvuxna begrepp, SOU 1973:7 s 148. Jfr prop 1973:129 s 122.

¹²⁸ Varvid arbetsbrist nämns tillsammans med bl a grov misskötsamhet.

betslivet växlar emellertid i utomordentligt stor utsträckning beroende bl. a. på förhållandena i branschen, på arbetsplatsen och på vilket slags anställning det är fråga om. Vad som i ett fall kan anses utgöra saklig grund för en uppsägning behöver inte i andra fall godtas som sådan grund. Uppsägningsfallen är så olika och förhållandena på arbetsplatserna så varierande att det inte är möjligt att generellt slå fast vad som kan betraktas som saklig grund. *Det är alltid nödvändigt att ta hänsyn till de särskilda omständigheterna i det individuella fallet.*¹²⁹ I likhet med utredningen anser jag därför att det inte är möjligt att i lagtexten uppställa generella regler om vad som skall anses utgöra saklig grund. I varje fall är det inte möjligt att göra några närmare preciseringar härvidlag. Vissa allmänna riktlinjer skulle möjligen kunna uppställas, men bestämmelserna härom skulle i så fall få göras så vaga att de egentligen inte skulle ge någon närmare ledning utöver vad som följer av den generella bestämmelsen att uppsägning skall vara sakligt grundad. Man kan dessutom inte utesluta att rättsutvecklingen skulle kunna komma att bindas på ett olyckligt sätt om lagtexten innehöll närmare preciseringar på denna punkt. Jag ansluter mig därför till utredningens uppfattning att lagen inte bör innehålla några regler som preciserar vad som skall anses utgöra saklig grund.”¹³⁰

Även om detta ställningstagande är generellt hållet och inte explicit gällde arbetsbrist menar jag ändå att det ger uttryck för att man inte ens beträffande de s k arbetsbristfallen var så säker att man ”vågade” precisera lagtextens krav på saklig grund. Som strax skall visas är nämligen inte motivuttalandena rörande just arbetsbristuppsägningarna fullt så kategoriska som beskrivningen av dem i praxis och i litteraturen ofta ger intryck av. Citatet ovan är också det främsta uttrycket för att regeln om saklig grund är en intresseavvägningsnorm.¹³¹ Strax innan exemplifieringen av olika tänkbara konkreta uppsägningsgrunder kommenterar departementschefen saklig grund-begreppet i kollektivavtalen och framhåller i förhållande till dessa:

”Allmänt kan sägas att vad som skall anses utgöra saklig grund är beroende av utvecklingen och ändringar i rådande värderingar. Det är fullt tänkbart att utvecklingen kan komma att medföra att utrymmet för uppsägningar med tiden blir allt mindre”.¹³²

Uttalandet är också ett starkt argument mot att i rättstillämpningen försöka ”kringgå” det medvetna avståndstagandet från preciseringar av begreppet saklig grund i motiven och skapa egna sådana schabloner.

¹²⁹ Min kursivering.

¹³⁰ Prop 1973:129 s 120. Direkt härefter görs dock ett undantag för omplaceringsskyldigheten.

¹³¹ Jag återkommer till detta tema nedan avsnitt 4.4.

¹³² Prop 1973:129 s 122.

Det kan naturligtvis hävdas att det både i utredningen och propositionen görs en distinktion mellan arbetsbrist och personliga förhållanden i det att de behandlas var för sig vid diskussionen om vad som kan eller bör utgöra saklig grund. Det ligger emellertid inte något normativt ställningstagande i sig bakom denna behandling. Och det presenteras definitivt inte som om 7 § i någon rättsligt relevant mening skulle göra en åtskillnad mellan de båda kategorierna.

Som en inledning till behandlingen av omplaceringsskyldigheten görs i propositionen således en sorts tudelning när det talas om att en "uppsägning kan ha sin grund i arbetstagarens personliga förhållanden. Den kan också bero på att arbetsgivaren vill minska arbetsstyrkan".¹³³ Redan av uttalandets placering följer att några normativa avsikter - med tudelningen som sådan - inte kan utläsas; omplaceringsskyldigheten är generellt tillämplig och det saknar betydelse för tillämpningen därav hur en uppsägningsgrund i någon juridisk/teknisk mening skall klassificeras.¹³⁴

I 1992 års arbetsrättskommittés förslag till ny anställningsskyddslag¹³⁵ återfinns ett förslag till en väsentligt omskriven saklig grund-regel, i vars andra stycke utredningen i punktform valt att uttryckligen precisera vad som skall anses utgöra saklig grund. Enligt den första punkten föreligger saklig grund "när det råder brist på arbete hos arbetsgivaren". Enligt specialmotiveringen är detta "något som hittills bara har framgått indirekt av lagtexten".¹³⁶ Hur detta indirekt skulle ha kunnat utläsas ur lagtexten är svårt att se. Emellertid, att byta ut termen "arbetsbrist" mot "brist på arbete" innebar inte någon ändring i sak. Det skulle fortfarande röra sig om, som det uttrycks, "en teknisk term" och preciseringen i lagtexten avsåg inte att skapa någon ändring i gällande rätt.¹³⁷ Att byta ut en etablerad term mot en variant på denna synes mig i högsta grad olämpligt när man inte samtidigt har för avsikt att förändra det begrepp som betecknas. Termen "brist på arbete" knyter dessutom enligt min uppfattning i högre grad an till något som kan betecknas vardagsspråket än termen "arbetsbrist". Härtill kommer att om man vill ge begreppet en rent juridisk/teknisk innebörd är det väl också lämpligt att använda samma term som återkommer i regler om turordning och företrädesrätt. I dessa bestämmelser använder kommittén det gamla uttrycket "arbetsbrist".¹³⁸ Emellertid skulle ett genomförande av kommitténs förslag ha inneburit¹³⁹ att man gjort "brist på arbete" till ett rekvisit i 7 §.

¹³³ Prop 1973:129 s 120.

¹³⁴ Se Zethraeus, Omplacering och annan omreglering av anställningsvillkoren 1984 s 2, som använder dessa uttalanden till stöd för en normativt relevant tudelning.

¹³⁵ SOU 1993:32.

¹³⁶ SOU 1993:32 s 780.

¹³⁷ SOU 1993:32 s 780.

¹³⁸ Se bl a §§ 25 och 29 i utredningens förslag.

3.3.4.4 Betydelsen i sammanhanget av andra bestämmelser i lagen vari 'arbetsbrist' och 'personliga förhållanden' utgör rekvisit

Som kommer att framgå nedan förekommer i rättskällorna ofta, även vid behandlingen av saklig grundregeln i 7 §, uttalanden om att lagen utgår från en tudelning mellan uppsägningar p g a arbetsbrist respektive personliga förhållanden. Vad man här förmodligen har i åtanke, eller kanske snarare vad som kan förklara sådana uttryckssätt, är de regler i lagen vari arbetsbrist och/eller personliga förhållanden utgör rekvisit. Det utmärkande för dessa bestämmelser är att rättsverkningarna eller de handlingar reglerna påbjuder är olika beroende på hur uppsägningsgrunden juridiskt/tekniskt skall klassificeras.¹⁴⁰ De viktigaste reglerna i sammanhanget är de om turordning, företrädesrätt till återanställning och bestämmelserna om förhandlingar och varsel.

Vid ikraftträdandet av 1974 års anställningsskyddslag var det som sedermera skulle komma att bli medbestämmandelagen ännu under utredning. Bestämmelser om arbetstagarinflytande i samband med uppsägningar reglerades därför under de första åren exklusivt i LAS.¹⁴¹ Dessa bestämmelser är kanske det starkaste argumentet om man vill göra gällande att lagen bygger på en åtskillnad mellan uppsägningar p g a personliga förhållanden respektive arbetsbrist. Med hänsyn till reglernas allmänna syfte, att ”göra det möjligt för arbetstagersidan att påverka arbetsgivaren innan denne fattar slutlig ståndpunkt i den fråga som varslet avser”,¹⁴² att det i det aktuella stadgandet gjordes en åtskillnad vad avsåg varseltidens längd mellan uppsägningar p g a personliga förhållanden¹⁴³ respektive arbetsbrist¹⁴⁴ samt, slutligen, att det i sammanhanget inte talas om några andra uppsägningsgrunder är det också rimligt att anta att avsikten var att samtliga uppsägningsgrunder skulle kunna inrymmas under den ena eller andra kategorin.

Det väsentliga med varselreglerna var den rätt till överläggning inför beslutet som tillkom den varselberättigade.¹⁴⁵ Överläggningsreglerna gjorde inte någon åtskillnad mellan olika typer av uppsägningar eller andra åtgärder som medförde varselskyldighet. Den enda skillnad som gjordes i LAS-74 i dessa avseenden mellan uppsägningar p g a person-

¹³⁹ Eller innebära, om vi uppfattar det som ett liggande förslag.

¹⁴⁰ Definitionsmässigt menar jag således att innebörden i ett rekvisit är juridiskt/tekniskt.

¹⁴¹ Se kring detta bl a DsA 1981:6 s 146ff.

¹⁴² Prop 1973:129 s 170.

¹⁴³ Punkt 1 i 29 §, minst två veckors varsel.

¹⁴⁴ Punkt 3 i 29 §, minst en månads varsel.

¹⁴⁵ 32 §.

liga förhållanden respektive arbetsbrist var därför varseltidens längd. I övrigt var således procedurreglerna och dess syften desamma; att göra det möjligt för arbetstagersidan att påverka arbetsgivaren att inte fatta beslut om uppsägning respektive att begränsa omfattningen av tilltänkta uppsägningar. *Detta visar att den form av inflytande detta innefattar inte är ett surrogat för möjligheten till rättslig prövning av uppsägningars saklighet.* Ingen ifrågasätter väl att det är möjligt att rättsligt angripa de skäl som åberopas till stöd för personligt relaterade uppsägningar. Man kan därför tona ned varsel- eller numera förhandlingsskyldighetens funktion som skyddsregel just för arbetsbristuppsägningar.¹⁴⁶

Nu kan säkert någon hävda att det faktum att det trots allt görs en åtskillnad när det gäller varseltidens längd mellan de båda uppsägningskategorierna i sig också innebär att distinktionen är relevant även i 7 §. Inför en uppsägning måste nämligen arbetsgivaren ta ställning till vad som är principiell uppsägningsgrund för att kunna veta vilka regler han skall tillämpa. Mot en sådan synpunkt kan då, vid sidan av att det endast är i yttersta undantagsfall som det kan råda någon tveksamhet rörande frågan om en uppsägning skall hänföras till personliga förhållanden eller arbetsbrist, framhållas att frågan endast kunde skapa ett problem om en arbetsgivare sade upp någon med tillämpning av varselreglerna för personliga förhållanden medan uppsägningsgrunden i själva verket juridiskt/tekniskt skulle hänföras till arbetsbrist. Situationen är i högsta grad hypotetisk men det förhållandet är i och för sig inte någon hållbar invändning i sak mot en sådan ståndpunkt. Det tyngsta argumentet är istället helt enkelt att vi talar om olika regler och att rättsverkningarna vid brott mot dem också är olika. Beroende på vad som blir utgången i frågan om saklig grund föreligger eller inte anpassas också följdtyrkandena till hur uppsägningen därefter skall klassificeras. Det är således exempelvis vanligt att arbetstagersidan i första hand gör gällande att en med hänvisning till arbetsbrist företagen uppsägning av en eller annan anledning inte är sakligt grundad och, för den händelse den skulle vara sakligt grundad och juridiskt/tekniskt hänförlig till arbetsbrist, i andra hand yrkar skadestånd för brott mot turordningsreglerna.

När det gäller andra regler vari arbetsbrist eller personliga förhållanden utgör rekvisit är tudelningen alls inte lika tydlig som i fallet med varselreglerna. De sistnämnda är uppenbarligen avsedda att täcka in allt. Däremot är inte reglerna om turordning eller företrädesrätt till återanställning av det slaget. Reglerna är avsedda att äga tillämpning i arbetsbristsituationer; de har inte tillkommit för att *inte* gälla vid personliga

¹⁴⁶ Jfr nedan avsnitt 4.2.

förhållanden. I varselreglerna är begreppsparet en äkta dikotomi.¹⁴⁷ Så är inte nödvändigtvis fallet beträffande turordnings- och företrädesrättsreglerna.¹⁴⁸ Det kan därför också mycket väl tänkas att turordnings- och företrädesrättsreglerna inte är avsedda att täcka alla situationer av icke-personliga förhållanden.

Det bör vidare framhållas att de regler vari distinktionen mellan de båda kategorierna förekommer rimligen utgår från att rättsverkningarna enbart är aktuella för *sakligt grundade* uppsägningar.¹⁴⁹ En sådan begränsning av ”tillämpliga” uppsägningsgrunder kan naturligen inte ske i anslutning till själva den regel som ligger till grund för prövningen av om en uppsägning är saklig. *Det är följaktligen olika delar av verkligheten som delas upp* och då är det också rimligt att verktygen är olika.

Slutligen skall framhållas att den emellanåt framhållna lagtolkningsregel, som innebär att samma term på olika ställen i samma lag bör tolkas lika¹⁵⁰ saknar relevans i sammanhanget eftersom termen ”arbetsbrist” inte förekommer i 7 § LAS.

3.3.5 Ger 7 § eller dess motiv stöd för ett schabloniserat synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund?

3.3.5.1 Motivens deskriptiva inslag

När det talas om lagmotiv som rättskälla är det primärt de normativa ställningstagandena i motiven som tilldrar sig intresse. Ny lagstiftning sker emellertid aldrig i ett vakuum. Vare sig det tidigare funnits motsvarande regler eller om det rör sig på av lagstiftaren eller t o m rättstillämparen obruten mark är det därför av intresse att försöka utröna den syn på den rättsliga utgångspunkten för den föreslagna regleringen som kommer till uttryck i motiven. Jag kommer att koncentrera mig enbart på sådana uttalanden som är av relevans för frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund.

I SOU 1973:7 görs under redogörelsen för gällande rätt bl a en genomgång av uppsägningsgrunder i tidigare AD-praxis. Flera av de mål som där behandlas har emellertid inte rört frågan om uppsägningsgrunder i denna mening. För att ett påstående om att arbetsbrist be-

¹⁴⁷ Jfr ovan 3.2.3.

¹⁴⁸ Utrymmet för att skapa synonymer genom att negera motsatsen föreligger inte här.

¹⁴⁹ Även om det inte är någon formell förutsättning för reglernas tillämplighet.

¹⁵⁰ Se Peczenik Juridikens metodproblem 1974 s 71.

dömts utgöra en godtagbar grund för uppsägning skall ha något intresse måste tvisten ha avsett en författning eller ett avtal som innefattar begränsningar i uppsägningsrätten och att det också är denna fråga som prövats. Så förefaller inte vara fallet beträffande flera av de mål som utredningen åberopar till stöd för sin uppfattning om gällande rätt. Så här uttrycker sig utredningen nämligen:

”*Arbetsbrist* har för hela arbetsmarknaden med undantag i huvudsak för offentliganställda tjänstemän med fullmakt eller konstitutiorial erkänts som en godtagbar grund för uppsägning (AD 1933 nr 19, 1934 nr 54, 1939 nr 76 och 1948 nr 38). En av ekonomiska skäl betingad omläggning av driften har också godtagits som grund för uppsägning (AD 1931 nr 131, 1934 nr 78, 1939 nr 72, 1940 nr 51 och 1945 nr 31).”¹⁵¹

För den som har historikavsnittet i färskt minne framstår detta påstående som förvånande. En genomgång av de av utredningen åberopade rättsfallen ger också ett något märkligt resultat.¹⁵²

AD 1933:19. Målet rör ifrågasatt föreningsrättskränkning i strid med kollektivavtal. Arbetsgivaren var genom avtalet tillförsäkrad fri uppsägningsrätt. I målet hade arbetsgivaren p g a arbetsbrist sagt upp ett flertal organiserade arbetstagare. Domstolen konstaterade att frågan om arbetsbrist var ostridig, att arbetsgivaren var tillförsäkrad en fri uppsägningsrätt och att arbetsgivaren inte var skyldig att iaktta turordningsregler och fann ”tillräcklig grund icke föreligga för antagande, att samma avskedanden inneburit en kränkning av föreningsrätten”. Målet kan således inte läggas till grund för ett påstående om att arbetsbrist är godtagbar grund för uppsägning.

AD 1934:54. Även detta mål rör ifrågasatt föreningsrättskränkning där arbetsgivaren gör gällande arbetsbrist som uppsägningsgrund. Arbetsgivaren var genom kollektivavtalet tillförsäkrad fri uppsägningsrätt, med undantag för föreningsrättsklausul. Domstolen, som fann påståendet om föreningsrättskränkande motiv sannolika, fann det inte styrkt att arbetsbrist förelegat, varför arbetsgivaren förpliktades återanställa den uppsagde arbetstagaren. Inte heller detta mål kan läggas till grund för ett uttalande om att arbetsbrist är en godtagbar uppsägningsgrund. I domskälen framhåller förvisso domstolen att det förhållandet att det gjorts sannolikt att avskedandet haft ett föreningsrättskränkande syfte, innebar att det måste ”åligga bolaget att visa, att annan giltig grund för avskedandet förelegat”. Att domstolen inte fann det styrkt talar förvisso för att den menar att det varit en giltig grund om arbetsgivaren lyckats styrka det. Faktum kvarstår emellertid att domstolen överhuvudtaget inte gör några allmänna normativa utläggningar i frågan och att arbetsgivaren faktiskt förlorar målet.

¹⁵¹ SOU 1973:7 s 102.

¹⁵² Flera av de mål som här refereras har behandlats i avdelning 2 ovan.

AD 1939:76. I målet gjorde arbetstagersidan gällande att det verkliga skälet för en uppsägning inte varit - som arbetsgivaren påstått - arbetsbrist utan att den anställda tagit hjälp av sin organisation i en lönetvist, dvs en föreningsrättskränkning. På arbetsplatsen gällde sedvanligt avtal om fri uppsägningsrätt¹⁵³ och domstolen konstaterade utan att över huvud tala i termer av godtagbara skäl att arbetstagersidan ”emellertid ej velat bestrida, att arbetstillgången ... i och för sig motiverat avskedande av en där anställd arbetare” och kom därför fram till att vad förbundet ”åberopat icke berättiga till antagande” att avskedandet utgjort ett angrepp på föreningsrätten.

AD 1948:38. I målet befanns det föreligga ”skäl för antagande” att en anställd skilts från sin anställning ”på grund av dennes åtgöranden för att organisera arbetarna”, dvs föreningsrättskränkning. Domstolens majoritet fann emellertid att arbetstagen anställdes för viss syssla och att arbete inte längre kunde beredas. Att arbetstagen inte beretts fortsatt anställning ”är därför icke något bevis för att (arbetsgivaren), därest organisationsfrågan ej mellankommit, haft för avsikt att bereda (arbetstagen) fortsatt anställning”. Även om fallet således rör föreningsrättskränkning och de särskilda bevisregler som där tillämpas talar domstolen överhuvud inte i termer av ”objektivt godtagbara skäl” eller motsvarande utan endast i termer om vad som skall anses bevisat.

AD 1931:131. Rättsfrågan i målet var huruvida uppsägningar av två arbetare utgjort ett brott mot kollektivavtalets föreningsrättsregler. Vad avser uppsägningsrätten innehöll kollektivavtalet på området sedvanlig bestämmelse om ömsesidig fri uppsägningsrätt. AD uttalade:

”Av utredningen i målet måste anses framgå, att uppsägningen av Pettersén och Svensson i juni månad varit betingad av deras anslutning till förbundet och att nämnda omständighet även sedermera föranlett en viss ovilja mot dem från föreningens ledning. Under sådana omständigheter måste det ankomma på föreningen att visa, att uppsägningen i september varit grundad på ett skäl, som icke kan uppfattas såsom en föreningsrättskränkning.

I detta avseende har uppgivits, att uppsägningen skett för att åstadkomma en omläggning och ekonomisering av driften genom användande av kvinnlig föreståndare med kvinnlig personal, och det har också visats att en sådan omläggning sedermera ägt rum. Denna åtgärd kan icke anses såsom ett brott mot det upprättade kollektivavtalet, och en uppsägning av manliga organiserade arbetare för att genomföra omläggningen kan därför ej heller i och för sig betraktas såsom en föreningsrättskränkning.”

Domstolen talar alls inte om godtagbara skäl eller motsvarande utan endast om ”ett skäl, som icke kan uppfattas såsom en föreningsrättskränkning”.¹⁵⁴

¹⁵³ Kompletterad av en bestämmelse om turordning vid uppsägning p g a arbetsbrist.

¹⁵⁴ Vid denna tid hade domstolen för övrigt ännu inte formulerat den särskilda bevisprincipen i föreningsrättsmål.

AD 1934:78 rörde också ifrågasatt föreningsrättskränkning. Kollektivavtalet innehöll § 23 samt föreningsrättsklausul. Arbetstagarsidan gjorde gällande att en arbetstagare avskedats p g a att han vägrat lämna sin organisation. Efter att domstolen konstaterat att vissa förhållanden pekade i denna riktning fortsatte den:

”Det saknas dock anledning antaga, att uppsägningen av (arbetstagaren) i detta fall föranletts därav att (arbetstagaren) icke velat lämna organisationen. Arbetsdomstolen finner nämligen omständigheterna i målet giva stöd för riktigheten av föreningens påstående, att (arbetstagarens) avskedande varit betingat av önskan att nedbringa kostnaderna för mejeriet genom indragning av den maskinist-syssla (arbetstagaren) tidigare beklätt och överlåtande av de därmed förenade göromålen åt mejeriföreståndaren och ett åt honom anställt lägre avlönat biträde. Det är icke heller visat annat förhållande än att denna anordning, genom vilken lönekostnaderna i icke oväsentlig grad nedbringats, också vidtagits efter det (arbetstagarens) anställning upphört. Giltigt skäl för (arbetstagarens) avskedande måste sålunda hava ådagalagts.”

Även om domstolen här talar om giltigt skäl ger framställningen ändå intryck av att domstolen funnit det antagligt att det varit besparingsåtgärderna som förestavat uppsägningen.

AD 1939:72. En arbetstagare hade sagts upp sedan han p g a inträde i avtalslutande organisation ägt rätt till avtalsenlig lön, vilket arbetsgivaren inte ansåg sig ha råd att betala. Domstolen fann att föreningsrättskränkning förelåg men gjorde i anslutning härtill uttalanden om att även ”om det under särskilda omständigheter icke kan anses innebära kränkning av föreningsrätten att på grund av ekonomiska orsaker från anställningen skilja en arbetare, som till följd av medlemskap i en organisation blivit berättigad till lön av viss norm.. kan dock allenast vad Appel åberopat till stöd uppsägningen av Karlsson icke antagas utgöra sådan anledning till entledigande, som må åberopas mot riksavtalets föreningsrättsklausul.” Däremot talar dissidenterna om att det icke kan ”antagas, att entledigandet av Karlsson inneburit en kränkning av föreningsrätten utan endast en av ekonomiska skäl betingad åtgärd för att förbilliga Appels omkostnader.”

Även *AD 1945:31* rör påstådd föreningsrättskränkning. En arbetsgivare hade sagt upp två anställda sedan de p g a fackligt medlemskap kommit i åtnjutande av högre lön, vilket arbetsgivaren inte ansåg sig ha råd att bära. Han hade också sålt två bilar och endast haft kvar en, som han avsåg att köra själv. I målet uttalar domstolen att det inte kan ”anses innefatta en föreningsrättskränkning, att en arbetsgivare - om vissa av hans arbetare inträda i en fackorganisation och denna åtgärd för arbetsgivaren medför vissa ofördelaktiga ekonomiska konsekvenser - omlägger sin verksamhet på sådant sätt, att de berörda arbetarna icke längre bliva behövliga.” Något tal om godtagbara skäl eller motsvarande är det inte.

Det fjärde åberopade målet under den andra kategorin, *AD 1940:51*, rör tillämpningen av en forumbestämmelse i semesterlagen.

Resultatet av genomgången av de av kommittén, för påståendet om att arbetsbrist och ekonomiskt betingade omläggningar av driften utgjort godtagbara skäl för uppsägning, åberopade målen gör att det finns anledning att ifrågasätta hur den kunnat komma fram till ett sådant påstående. Såväl uppdelningen i två typer som de rättsfall kommittén åberopar under respektive typ företer påtagliga likheter med en kategorisering under rubriken ”objektivt godtagbart skäl för uppsägning i föreningsrättsmål” som återfinns i Geijer/Schmidts arbete ”Arbetsgivare och fackföreningsledare i domarsäte” från 1958 av följande lydelse:

”En genomgång av de *föreningsrättsmål där objektivt godtagbart skäl ansetts föreligga* visar att skälen kan uppdelas i sådana som hänför sig till företagets verksamhet och sådana som hänför sig till arbetstagarens person. De kan närmare specificeras på följande sätt:

- 1) *arbetsbrist* (1933 nr 19, 1934 nr 54, 1948 nr 38);
- 2) *omläggning av driften av ekonomiska skäl* (1931 nr 131, 1934 nr 78, 1939 nr 72, 1940 nr 5, 1945 nr 31); -----¹⁵⁵

Under redogörelsen för gällande rätt i propositionen, närmare bestämt redovisningen av praxis rörande tillämpningen av kollektivavtal med regler om saklig grund, sägs följande:

”Arbetsbrist har erkänts som en godtagbar grund för uppsägning. En av ekonomiska skäl betingad omläggning av driften har också godtagits som grund för uppsägning.”¹⁵⁶

Det framgår inte uttryckligen på vilka källor detta uttalande bygger. Mot bakgrund av att ordalydelsen är i det närmaste identisk med utredningens motsvarande återgivning finns det dock anledning att anta att det inte inom departementet gjorts någon egen utredning i frågan utan att man bygger på kommitténs uttalanden.

Det hela tycks mynna ut i att det underlag som låg till grund för lagen om anställningsskydd i här relevanta delar, var undermåligt. Ett sådant konstaterande bör ha viss relevans när man har att ta ställning till hur en bestämmelse skall uppfattas.

Härtill kommer att *det enda ”arbetsbristmål” som redovisas i utredningen och som rör frågan om tillämpningen av en klausul som ansågs*

¹⁵⁵ Geijer/Schmidt 1958 s 61. Detta förklarar möjligen den ensidiga inriktningen på föreningsrättsmål. Vi får härifrån också klart för oss att det ovan angivna semesterålet, 1940:51, i själva verket skall vara AD 1940:5, som också rör ett föreningsrättsmål. Inte heller här ansågs arbetsgivaren ha kunnat styrka annat skäl. Mot bakgrund av hur domstolen behandlat frågan i flertalet av de aktuella fallen kommer den kritik jag riktat mot kommittén också att drabba Geijers framställning, jfr ovan avsnitt 2.5.5.

¹⁵⁶ Prop 1973:129 s 31.

innefatta krav på objektivt godtagbara skäl för uppsägning fick en utgång av innebörd att objektivt godtagbara skäl inte förelåg.¹⁵⁷ Och detta mål presenteras som undantaget. Den kritik som här framförts innebär inte att jag är av den uppfattningen att arbetsbrist inte skulle ha utgjort saklig grund före LAS. Frågan har emellertid inte varit föremål för prövning i de fall varpå motiven bygger sina uttalanden utom i ett fall och där kom domstolen fram till att grund för uppsägning inte förelåg.

Även om motivförfattarna påverkats av Geijer/Schmidts kategorisering är det av stort intresse att notera att man inte sätter likhetstecken mellan arbetsbrist och verksamhetsrelaterade förhållanden. Arbetsbrist framställs som en uppsägningsgrund, ekonomiskt betingade omläggningar av driften som en annan. Här förstärks således argumentet om att motiven i vart fall inte ger stöd för en normativt relevant tudelning.

3.3.5.2 Normativa ställningstaganden till frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund

Jag kommer i detta delavsnitt att återge och belysa (främst) de konkreta uttalanden som görs i lagförarbetena rörande frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund. Något försök till ändamålstolkning blir det således inte fråga om. Skälet till att jag väsentligen inriktar mig på konkreta normativa ställningstaganden är att det huvudsakligen är dessa som åberopas i praxis och doktrin när det hävdas att arbetsbrist alltid är saklig grund för uppsägning eller motsvarande.

I Åmanutredningens förslag återfinns under allmänmotiveringen följande utläggning under rubriken ”Regeln om saklig grund m.m.”:

”Arbetsbrist torde enligt hittillsvarande praxis utgöra saklig grund för uppsägning. Det anses nämligen inte kunna krävas av en arbetsgivare att verksamheten hålls igång för att tillgodose arbetstagarnas anställningstrygghet. Inte heller utredningens förslag innehåller någon sådan skyldighet. Givet är emellertid att arbetsgivaren, då han lägger om driften eller inskränker verksamheten, alltid bör ha arbetstagarnas anställningstrygghet inför ögonen, så att kortsiktiga ekonomiska motiv inte får föranleda angrepp på denna trygghet. Naturlig avgång eller successiv avveckling bör ofta kunna ersätta drastiska friställningar. Motsvarande synsätt gör sig gällande även inom den offentliga sektorn, låt vara att de ekonomiska aspekterna där i allmänhet ersätts av de offentliga organens beslut rörande inriktningen av den offentliga verksamheten. Med kraft måste understrykas det sociala ansvar gentemot de anställda som åvilar dem, som driver en-

¹⁵⁷ AD 1938:95, anføres i utredningen s 102 omedelbart efter ovanstående citat om arbetsbrist och kravet på godtagbara skäl. Målet har behandlats i avsnitt 2.5.4 ovan.

skild eller offentlig verksamhet i dagens samhälle. Arbetstagaren bör i de fall, som nu avses, i görligaste mån beredas fortsatt anställning. Mot denna bakgrund har utredningen i 10 § föreslagit, att uppsägning inte får ske från arbetsgivarens sida utan att denne, där så skäligen kan krävas, erbjudit arbetstagaren annan anställning hos arbetsgivaren.

Vid en driftsinskränkning bör därjämte kunna krävas av arbetsgivaren att han visar att det förelegat befogad anledning för just en sådan åtgärd och att driftsinskränningen således inte varit motiverad av intresset att få bort en viss arbetstagare. Det bör således inte vara möjligt att vidta så kallade rationaliseringsåtgärder i den dolda avsikten att göra sig fri från en arbetstagare, för vars skiljande från anställningen eljest inte förelegat tillräckliga skäl. Det nu berörda förfarandet försvaras dessutom av de regler om företrädesrätt till ny anställning, som utredningen föreslår i 20 §.¹⁵⁸

I utredningens specialmotivering till regeln om saklig grund¹⁵⁹ sägs i relevanta delar följande:

”Driftsinskränkningar, som inte har ett otillbörligt syfte, får även i fortsättningen anses utgöra saklig grund för uppsägning. Kan inskränkningen genomföras på annat sätt än genom uppsägning av en grupp arbetstagare, t ex genom naturlig avgång eller genom en successiv avveckling, bör det däremot kunna krävas av arbetsgivaren, att uppsägningsåtgärderna inte görs mera omfattande än som betingas av omständigheterna. Det förhållandet att arbetsbrist i princip antagits utgöra saklig grund för uppsägning innebär dock inte att uppsägningsrätten i dessa fall skall anses som fri. Arbetsgivaren är enligt 26 och 29 §§ skyldig att varsla om åtgärden och på begäran träda i överläggning med närmast berörd arbetstagarorganisation härom. Särskild turordning skall enligt 17-19 §§ tillämpas i situationer, då det kan bli ett val mellan flera arbetstagare. Arbetsgivaren kan enligt 10 § vara skyldig att sörja för omplacering av vissa berörda arbetstagare. Slutligen föreligger också ett visst skydd i återanställningsrätten enligt 20 §, vilken bl a är avsedd att motverka uppsägning på grund av fingerad arbetsbrist.”¹⁶⁰

I propositionens allmänmotivering utvecklar departementschefen frågan om arbetsbrist och saklig grund enligt följande:

”Till de omständigheter som enligt hittillsvarande praxis har godtagits som grund för uppsägning hör i första hand arbetsbrist. Det kan givetvis inte krävas av en arbetsgivare att han håller i gång verksamheten i oförändrad utsträckning enbart för att tillgodose arbetstagarnas anställningstrygghet. Uppenbarligen måste denna princip gälla även i fortsättningen. Ett effektivt fungerande näringsliv är en nödvändig förutsättning för att vi skall få en fortsatt ekonomisk

¹⁵⁸ SOU 1973:17 s 148.

¹⁵⁹ 9 § i förslaget.

¹⁶⁰ SOU 1973:7 s 178.

tillväxt och därmed det behövliga utrymmet för reformarbetet. Den pågående strukturomvandlingen kommer att fortsätta. Detta innebär att vi även i framtiden måste acceptera att företag läggs ned och att driften inskränks eller läggs om. Dessa driftsförändringar i företagen måste i vissa fall kunna genomföras även om åtgärderna leder till att arbetstagare måste sägas upp från sina anställningar på grund av arbetsbrist. Naturligen måste det dock krävas av arbetsgivaren att han överväger alla de möjligheter som står till buds för att genomföra driftsförändringen utan att arbetstagare behöver sägas upp, såsom genom omplacering naturlig avgång eller successiv avveckling. Arbetsgivaren och de anställda har oftast ett gemensamt intresse av att ta till vara dessa och andra möjligheter att hindra att driftsförändringen onödigtvis går ut över arbetstagarnas anställningstrygghet. Det är naturligt att frågor av detta slag diskuteras vid överläggningar med de berörda fackliga organisationerna sedan dessa varslats om att arbetskraft kan komma att friställas. Erfarenheten visar att det ej sällan har varit möjligt att vid sådana överläggningar komma fram till lösningar som innebär att tillämnade uppsägningar kunnat undvikas, begränsas eller uppskjutas utan att företagets vitala intressen behövt åsidosättas. Givetvis är det i hög grad önskvärt att sådana överläggningar sker. Ytterst måste det emellertid vara arbetsgivarens bedömning av behovet av att genomföra en driftsinskränkning och dennas återverkningar på arbetsstyrkan som får bli avgörande för huruvida arbetsbrist skall anses föreligga. Det kan i princip inte vara en ändamålsenlig ordning att domstol i det särskilda fallet skulle ha att gå in på frågor om det berättigade från företagsekonomisk synpunkt i att över huvud taget genomföra en driftsförändring eller att genomföra den på det sätt som företaget har kommit fram till. En helt annan sak är att ett av arbetsgivaren framfört påstående om att arbetsbrist utgjort grunden för uppsägning självfallet inte kan godtas, om arbetsgivaren i själva verket haft andra motiv för uppsägningen. Tillåtligheten av uppsägningen får i sådant fall prövas med hänsyn till den verkliga grunden för denna.”¹⁶¹

I specialmotiveringen är departementschefen mycket kortfattad men uttrycker sig i relevanta avseenden sålunda:

”I enlighet med vad jag har anfört (ovan) får driftsinskränkningar som inte har ett otillbörligt syfte anses utgöra saklig grund för uppsägning.”¹⁶²

I direkt anslutning härtill betonas turordningsregler mm och dess betydelse i sammanhanget.

I specialmotiveringen till 4 § görs mera i förbigående ett uttalande om att det vid företagsöverlåtelser förekommer att överlåtaren säger upp de anställda varvid följande konstaterande görs:

¹⁶¹ Prop 1973:129 s 123.

¹⁶² Prop 1973:129 s 242.

”Uppsägningen motiveras då av att arbetsgivaren gör sig av med sitt företag och får därför i och för sig godtas som förenlig med 7 §”.¹⁶³

Vi noterar att det här inte talas om arbetsbrist. Uppsägningsgrunden är att arbetsgivaren gör sig av med sitt företag. Det är för övrigt intressant att notera att ett av de få konkreta uttalanden i motiven om en verksamhetsrelaterad företeelse som saklig grund utgörs av företagsöverlåtelse, som efter 1995 års ändringar inte längre utgör saklig grund för uppsägning.

Det av ovan citerade uttalanden som synes ha tillmätts störst vikt är departementschefens uttalande, att ”(y)tterst måste det emellertid vara arbetsgivarens bedömning av behovet av att genomföra en driftsinskränkning och dennas återverkningar på arbetsstyrkan som får bli avgörande för huruvida arbetsbrist skall anses föreligga”. Uttalandet kan i förstone synas ge mycket begränsat utrymme för en reell prövning av om saklig grund föreligger när en arbetsgivare beslutat om uppsägningar på icke-personliga förhållanden. Departementschefen är också tydligare på denna punkt än vad utredningen är. Både i utredningen och i propositionen är det dock i allt väsentligt *driftsinskränkningar* det talas om, vilket också understryks av betoningen på just dessa i de knapphändiga uttalandena i specialmotiveringen. Exemplet med driftsinskränkningar har ju också som ingång att det inte kan krävas att arbetsgivare håller igång verksamheten enbart för att tillgodose intresset av anställningstrygghet, något som framstår som alldeles uppenbart men som heller inte har något gemensamt med de situationer synsättet sedermera appliceras på. Det talas således inte om arbetsbrist i någon juridisk/teknisk mening utan det är konkreta sakförhållanden som utgör exemplen på vad som normalt skall utgöra saklig grund. Med den arbetsbristdefinition som förekommer i praxis och doktrin, och som innebär att termen betyder verksamhetsrelaterade eller t o m ”icke-personliga förhållanden”, är det emellertid åtskilligt annat än driftsinskränkningar som inryms därunder. Flera av de mål som rör arbetsbrist och kravet på saklig grund under senare år har heller inte handlat om driftsinskränkningar utan bl a om genomförande av besparingsbeslut i form av förslag om sänkning av löner, indragning av anställningsförmåner mm. Visst kan man ta hjälp av departementschefens kategoriska uttalanden om driftsinskränkningar för att justifiera att det även i dessa situationer bör föreligga saklig grund men påstår man att uttalandet direkt pekar ut svaret i tvister av detta slag går man utanför gränserna för vad som kan betraktas som en rimlig språklig tolkning. Även den rättstillämpare som känner en stark bundenhet till förarbetsuttalanden har nämligen möj-

¹⁶³ Prop 1973:129 s 235.

lighet att komma fram till att det i tvister av nämnt slag inte är saklig grund. Härtill kommer att det finns uttalanden både i utredningens betänkande och i propositionen som klart anger att det ställs höga krav på en arbetsgivare att försöka lösa problem utan uppsägningar om så är möjligt. Man uttrycker sig, som framgått, dessutom på ett sätt som får ett schabloniserat synsätt att framstå som tämligen avlägset när man inledningsvis knyter ihop strukturomvandlingen med anställningsskyddslagen genom att framhålla att de driftsförändringar som kan bli en följd härav ”måste i vissa fall kunna genomföras även om åtgärderna leder till att arbetstagare måste sägas upp”. Som framgått av citaten ovan betonas således också att det ”naturligen” måste krävas att arbetsgivaren ”överväger alla de möjligheter som står till buds” för att försöka genomföra förändringarna utan att behöva ta till uppsägningar. Här exemplifieras sedan med att arbetsgivaren – vid sidan av den s k omplaceringsskyldigheten – skall överväga möjligheten av successiv avveckling och naturlig avgång. Dessa uttalanden kan inte uppfattas som att det skulle röra sig om rena intressefrågor i anslutning till överläggningar eller medbestämmandeförhandlingar. Motiven ger således utrymme för att ställa höga krav på en arbetsgivare, något som endast kan ske om det görs en reell saklig grund-prövning mot bakgrund av förhållandena i det enskilda fallet.

Även inrikesutskottet gör vissa uttalanden av intresse i sammanhanget. Under rubriken ”inledande synpunkter” görs följande allmänna uttalanden om lagen och dess syften:

”På en lagstiftning om anställningstrygghet måste i första hand ställas krav att den skyddar arbetstagarna mot *obefogade*¹⁶⁴ uppsägningar. Som framgår av uttrycket *obefogade* uppsägningar är det nödvändigt att i vissa fall acceptera att anställda måste lämna sina arbeten. Det praktiskt viktigaste fallet är arbetsbrist. Den ekonomiska utvecklingen och därmed sammanhängande strukturomvandling ställer krav på en viss rörlighet hos arbetskraften. Den otrygghet och de påfrestningar som detta kan medföra för de enskilda människorna har både företag och samhälle ansvar för. Socialförsäkringar och arbetsmarknadspolitiska medel har här viktiga uppgifter att fylla, men även trygghetslagar av föreslagen typ har stor betydelse. Propositionen innebär att arbetsgivare vid nödvändiga omställningar skall ta ett större ansvar genom att i första hand söka omplacera arbetskraften och i andra hand ta på sig ökat ekonomiskt ansvar vid friställning av arbetskraft. Särskilda skyddsregler föreslås för äldre och handikappade arbetstagare. Ett system av detta slag leder till att företagen måste ha en långsiktig personalplanering, vilket från trygghetssynpunkt i sig är en fördel för arbetskraften.

¹⁶⁴ Min kursivering.

De föreslagna lagarna¹⁶⁵ bygger på ovan angivna principer men innehåller därutöver viktiga regler om turordning i samband med uppsägning och permittering, återanställningsrätt, inflytande för fackliga organisationer och arbetsmarknadsmyndigheter etc.”¹⁶⁶

Det är att notera att utskottet talar om att en anställningsskyddsreglering skall skydda mot *obefogade* uppsägningar. Detta ger helt andra signaler än att tala om godtycke.¹⁶⁷

Utskottet lyfter sedan fram arbetsbrist som ett exempel på befogade uppsägningar. Det görs emellertid i en kontext som överensstämmer med propositionens och notabelt är att man talar om ”nödvändiga omställningar”. Betraktas de citerade uttalandena i dess helhet ger det intryck av att det ställs höga krav på arbetsgivare vid verksamhetsförändringar och det finns knappast stöd för att med utgångspunkt i dessa uttalanden hävda att arbetsgivare själv fritt avgör när han med åberopande av ”arbetsbrist” skall få säga upp anställda. Det är också av intresse att notera att utskottet placerar turordningsregler, företrädesrätt etc ”utanför” de grundläggande principer varpå lagen bygger, vilket också ger stöd för att skyddet för uppsägningar i arbetsbristsituationer inte enbart var avsett att bestå i turordnings-, företrädesrätts- och förhandlingsregler.

När utskottet härefter kommer in på lagens olika bestämmelser görs endast ställningstaganden med anledning av de motioner¹⁶⁸ som framlagts och utskottet hänvisar i övrigt till ”departementschefens syn på vilka fall som bör innefattas under begreppet saklig grund”.¹⁶⁹

Även om motiven sammanfattningsvis kan anses ge uttryck för att en arbetsgivare måste ges stor frihet vid bedrivandet av sin verksamhet även om det skulle leda till att anställda behöver sägas upp framgår det ändå enligt min uppfattning att domstol trots allt måste göra en saklig grundbedömning i varje enskilt fall. En annan sak är att en sådan inte i sig

¹⁶⁵ Förutom anställningsskyddslagen framlades samtidigt förslag till lag om vissa anställningsfrämjande åtgärder.

¹⁶⁶ InU 1973:36 s 26.

¹⁶⁷ Se strax här nedan.

¹⁶⁸ Vänsterpartiet kommunisterna hade i en partimotion (1973:2030) uttryckt sig allmänt kritiskt mot propositionens framställning av begreppet saklig grund, bl a mot uttalandet om att en arbetsgivare ensidigt får avgöra när arbetsbrist skall anses föreligga. Något närmare bemötande just härav görs inte i betänkandet, vilket möjligen får ses mot bakgrund av att det vpk föreslog var att uppsägningar generellt skulle kräva fackligt tillstånd.

¹⁶⁹ InU 1973:36 s 31, varvid hänvisning sker till propositionen s 120-129, som innefattar de ovan citerade utdragen om arbetsbrist samt sådant som rör arbetstagares personliga förhållanden.

nödvändigtvis behöver innefatta djuplodade företagsekonomiska analyser.

Vad gäller frågan i detta avsnitts rubrik, nämligen om motiven ger stöd för ett schabloniserat synsätt är svaret därför egentligen både ja och nej. Ja, i den meningen att motiven kan sägas ge stöd för att flertalet ekonomiskt, organisatoriskt etc betingade skäl som regel utgör saklig grund för uppsägning. Nej, i den meningen att de krav som uppställs är sådana att de kräver att domstol i varje enskilt fall gör en bedömning av åtgärdernas "nödvändighet" mot bakgrund av de uttalanden om övervägande av alternativa lösningar, arbetsgivarens sociala ansvar etc som kommer till uttryck i de ovan återgivna delarna av lagförarbetena. De frågeställningar som här penetrerats kommer att belysas mer genomgripande nedan. Jag vill här särskilt peka på att jag anser att kravet på att överväga alternativ till uppsägningar inte enbart är en fråga om tillämpning av regeln om omplaceringsskyldighet i andra stycket. Vi ser ju också att det görs en åtskillnad mellan driftsförändringar och genomförandet. Som nedan kommer att utvecklas finns det ingen motsättning i sig mot att låta företagen bestämma över verksamhetens omfattning, organisation etc samtidigt som begränsningar upprätthålls vad avser friheten att som ett led i genomförandet säga upp personal.

I de fall där det finns konkreta motivuttalanden i de frågor som är föremål för tvist finns det i regel ingen anledning att gå till de mer övergripande syften som en lag uttryckligen eller underförstått bygger på. Även i sådana fall kan dock de mer övergripande ändamålen vara till hjälp vid bedömningen av en tvistefråga. Allmänna, mer eller mindre genomtänkta, uttryck för en lagstiftnings ändamål bör nämligen läsas i ljuset av de konkreta regler som finns i lagen och de konkreta motivuttalanden som kan ha gjorts i anslutning till dessa. Källström¹⁷⁰ lyfter fram ett par i motiven nämnda syften med lagstiftningen som dess utgångspunkt¹⁷¹ när han återger ett uttalande av departementschefen¹⁷² om att syftet är att skapa ett "effektivt skydd mot godtycke och att skapa en grund för fackligt inflytande över personalfrågorna".¹⁷³ Källström framhåller i anslutning till detta att enligt hans mening "har reglerna i LAS om saklig grund vid uppsägning som huvudändamål att skapa en garanti för att den anställde inte skall bli utsatt för arbetsgivarens god-

¹⁷⁰ I anmälan av Hennings avhandling, SvJT 1986 s 445.

¹⁷¹ Som jag ser det för att förklara domstolens generösa tillämpning av reglerna om tidsbegränsad anställning. Se Hennings svar på Källströms kritik i SvJT 1987 s 388.

¹⁷² I prop 1973:129 s 114.

¹⁷³ Källströms egen återgivning i SvJT 1986 s 448.

tycke.” Om saklig grund betyder detsamma som icke-godtyckligt¹⁷⁴ och godtycke endast kan bestå i orättfärdig behandling av enskilda individer p g a personliga förhållanden är det klart att regeln om saklig grund inte kan ha någon egentlig innebörd då det rör sig om verksamhetsrelaterade förhållanden. Det är heller inte så att reglernas syfte generellt i rättstillämpningen uppfattats så att de skall motverka godtyckliga uppsägningar. Som nyligen framhållits talar inrikesutskottet om *obefogade* uppsägningar, inte godtyckliga. Med all önskvärd tydlighet har också arbetsdomstolen i sin praxis rörande uppsägningar p g a personliga förhållanden visat att en arbetsgivare inte behöver vara godtycklig för att en uppsägning skall ogiltigförklaras såsom icke sakligt grundad. Det kan därför inte heller vara tillräckligt att arbetsgivaren kan påvisa att de skäl som styrkt hans handlande inte bottnat i någon eller några arbetstagares personliga förhållanden. Kravet på saklighet måste innebära att en arbetsgivare behandlar sina anställda värdigt och inte tar för lätt på frågan om uppsägningar, det må vara på vilken grund som helst. Metoden för att fastställa detta får aldrig bli schabloniserad och än mindre rent formalistisk. Anställningsskyddsregleringen måste ses i ljuset av den tilltagande strukturomvandlingen i näringslivet vid tiden ifråga och det kan i det sammanhanget finnas anledning att lyfta fram ett annat uttalande av departementschefen om att en av utgångspunkterna för lagstiftningen är att ”det företagsekonomiska lönsamhetstänkandet som marknadshushållningen bygger på utgör inte ett tillräckligt värn för de enskilda arbetstagarna.”¹⁷⁵

Oavsett vilken uppfattning man vill tillskriva motivuttalandena i de frågor som nu berörts innebär det inte att rättstillämparen saknar handlingsfrihet. Inom ramen för det rättsligt möjliga och med insikt om rättstillämpningens funktion enligt såväl rättsrealistiska som värdeobjektivistiska läror är det nödvändigt att rättstillämparen med utgångspunkt i det konkreta fallet tar sitt ”normativa ansvar”.

3.3.6 Något om arbetsbristtermen i motiven

Som redan poängterats ovan vid behandlingen av motivens beskrivning av gällande rätt vid tidpunkten för anställningsskyddslagens tillkomst¹⁷⁶

¹⁷⁴ Jfr också Malmberg Anställningsavtalet 1997 s 351.

¹⁷⁵ Prop 1973:129 s 109. Det var det förhållandet att Henning påstods fästa för stor vikt vid dessa ”slagordsmässiga uttalanden” som föranledde Källström att lyfta fram det han uppfattar som huvudsyftet. Se Källström i SvJT 1986 s 448.

¹⁷⁶ Se avsnitt 3.3.5.1 ovan.

görs där en åtskillnad mellan arbetsbrist och ekonomiskt betingade omläggningar av driften. Termen ”arbetsbrist” synes här användas i betydelsen brist på arbetsuppgifter. Oavsett vad man lägger in i termen står det under alla förhållanden klart att den inte används i någon juridisk/teknisk mening; det talas om arbetsbrist som ett exempel på faktiska förhållanden som utgjort godtagbar grund för uppsägning. Detta är emellertid inte det enda sätt varpå termen ”arbetsbrist” används i motiven. Särskilt i det under föregående avsnitt¹⁷⁷ diskuterade uttalandet om att det ytterst måste ”vara arbetsgivarens bedömning av behovet av att genomföra en driftsinskränkning och dennas återverkningar på arbetsstyrkan som får bli avgörande för huruvida *arbetsbrist* skall anses föreligga”¹⁷⁸ är det tydligt att det är ett annat begrepp som termen ”arbetsbrist” betecknar. Satsen ”huruvida arbetsbrist skall anses föreligga” synes betyda 'anledning eller behov finns av att säga upp anställda' eller motsvarande.¹⁷⁹ Den terminologiska förvirring som jag menar är en väsentlig förklaring främst till föreställningen om en normativt relevant tudelning men också till ett schabloniserat synsätt är således inte helt utan förankring i lagmotiven.

3.3.7 Några avslutande reflektioner och preciseringar inför fortsättningen

Av den av Sverige ratificerade ILO-konventionen från 1982¹⁸⁰ följer att en uppsägning för att vara i överensstämmelse med konventionen skall kunna hänföras antingen till förhållanden hänförliga till den anställdes person eller till verksamheten.¹⁸¹ Detta skulle kunna sägas utgöra stöd för att en rättslig klassificering vid tillämpningen av 7§ ändå är av relevans. I själva verket förhåller det sig precis tvärtom. En förklaring till föreställningen om en normativt relevant tudelning är att man blandar

¹⁷⁷ 3.3.5.2.

¹⁷⁸ Prop 1973:129 s 123. Min kursivering.

¹⁷⁹ Kanske det istället bör uttolkas ”saklig grund”, jfr nedan avsnitt 3.4.3 under behandlingen av AD 1977:64.

¹⁸⁰ Konvention nr 158 om uppsägning av anställningsavtal på arbetsgivarens initiativ, 1982: ”En arbetstagare får inte sägas upp annat än om det finns ett giltigt skäl för uppsägning som beror av arbetstagarens duglighet eller uppförande eller som har sin grund i hänsynen till verksamhetens behöriga gång i företaget eller förvaltningen.” Citerat från Göransson Internationella rättsakter 1997 s 62.

¹⁸¹ Som vi ser görs heller inte någon skarp tudelning. Det är när man läser texten med svenska normativa föreställningar som man kan få det till att det talas om personliga förhållanden respektive arbetsbrist.

ihop kategorin 'sakliga uppsägningsgrunder' med kategorin 'uppsägningsgrunder'. Konventionen talar endast om de sakliga. I den meningen skulle inte tudelningen men väl kategorierna arbetsbrist och personliga förhållanden ha viss betydelse vid saklig grund-bedömningen. Om nämligen en konkret uppsägningsgrund varken kan hänföras till den ena eller andra kategorin skulle uppsägningen redan på grund härav anses ha företagits utan saklig grund.¹⁸² Detta – i och för sig mer tilltalande – tillvägagångssätt är emellertid endast en annan form av juridisk/teknisk bestämning.¹⁸³ Det avgörande enligt lagen är alltså om en uppsägning är sakligt grundad eller inte, och det är således endast den frågan domstolen skall ställa sig.

Jag hävdar vidare att det är en väsentlig skillnad mellan att påstå att LAS bygger på en uppdelning av uppsägningsfallen i personliga förhållanden respektive arbetsbrist och att hävda att 7 § gör det. Betraktar vi LAS som helhet finns det åtskilliga regler för vars tillämpning det är relevant att skilja mellan arbetsbrist och personliga förhållanden eftersom dessa svarar mot rekvisit i reglerna. *Så är emellertid inte fallet beträffande 7 §.* Nu är det naturligtvis intet som hindrar att rättstillämpningen utvecklar motiven och skapar egna metodologiska riktlinjer. Här riktar sig dock min kritik mot att det i förevarande sammanhang inte rör sig om ett självständigt ställningstagande vad avser distinktionen personliga förhållanden-arbetsbrist. Den rättsliga tudelningen tillskrivs nämligen ofta lagen som sådan.

Det är möjligt att det förhåller sig så att alla sakliga uppsägningsgrunder skulle kunna passa in i dikotomin personliga förhållanden/arbetsbrist. Detta är emellertid inte något argument för att tillmäta dikotomin normativ relevans vid tillämpningen av 7 §.¹⁸⁴ Det är först när saklig grund-prövningen gjorts¹⁸⁵ som det är intressant att ställa sig frågan om uppsägningsgrunden skall klassificeras i termer av arbetsbrist eller personliga förhållanden. Oftast är det inte heller då av något rättsligt intresse om inte tvist också föreligger angående tillämpningen av någon regel vari arbetsbrist eller personliga förhållanden utgör rekvisit.

Med stöd av ILO-konventionen skulle det således kunna göras gällande att om en uppsägning varken är relaterad till arbetstagarens person (duglighet eller uppförande) eller till verksamheten, så är den inte

¹⁸² Jfr den reflektion domstolen gör i AD 1982:107.

¹⁸³ Vi skulle exempelvis få problem med uppsägningar i syfte att bereda plats för familjemedlemmar.

¹⁸⁴ Annat än i den meningen att ett förhållande som inte kan inpassas i någon de båda kategorierna redan av det skälet skulle vara osakligt.

¹⁸⁵ Eller när den frågan inte är tvistig men väl "rekvisitregler".

sakligt grundad. Men detta är inte detsamma som att alla uppsägningsgrunder skall kunna placeras in under respektive kategori, endast de sakliga. Vi får då tre kategorier;

- 1) personliga förhållanden, vilket inrymmer både sakliga och osakliga
- 2) verksamhetsrelaterade, vilket också inrymmer både sakliga och osakliga
- 3) övriga fall, endast osakliga.

Det är genom att leva i föreställningen om att endast två kategorier kan förekomma och att beträffande verksamhetsfallen utgå från att de utgör saklig grund som det är möjligt att komma fram till att alla icke-personliga fall också utgör saklig grund per definition.

3.4 Kritiken framställd

3.4.1 Tidig praxispåverkad litteratur

Mellan tiden för anställningsskyddslagens tillkomst och de första domarna i arbetsdomstolen hann det utkomma flera arbetsrättsliga verk av skiftande omfång och ambitionsnivå. Jag har valt att här koncentrera mig på att återge mina analyser av sådan litteratur som med någon omfattning behandlar den aktuella problematiken *och* samtidigt får anses besitta rättskällestatus. Denna urvalsmetod innebär att endast två författare behandlas, Lunning och Schmidt, varav den förstnämnde hann utkomma med två upplagor av Anställningsskydd innan något i sammanhanget relevant mål kommit under arbetsdomstolens prövning.¹⁸⁶ Med hänsyn till Lunnings position i lagstiftningsarbetet¹⁸⁷ är det av särskilt intresse att se hur dennes ställningstaganden förändras som en följd av tillkomsten av nya rättskällor. Lunnings inställning i ämnet kommer därför att följas genom referat och analys av senare upplagor av dennes verk Anställningsskydd.

Lunning, Anställningsskydd

I första upplagan av Lunnings Anställningsskydd¹⁸⁸ framhålls inledningsvis under 7 §:

”Kravet på saklig grund gäller såväl då uppsägning sker till följd av driftinskränkning, organisationsförändringar etc. som då uppsägningen föranleds av förhållanden som hänför sig till den enskilde arbetstagaren personligen.”¹⁸⁹

Lunning konstaterar här uttryckligen att saklig grund-regeln är generellt tillämplig. Vi noterar också att han här inte ens använder termen ”arbetsbrist” utan istället en uppräknande exemplifiering av ett par av de olika uppsägningsgrunder som brukar hänföras till kategorin arbets-

¹⁸⁶ Före den första AD-domen kan härutöver följande litteratur nämnas. Adlercreutz Svensk arbetsrätt 1975, SAF Anställningsskydd och anställningsfrämjande åtgärder 1974, Gustafsson Trygghet i anställningen 1974, Junesjö Anställningstrygghet? 1975.

¹⁸⁷ Och i rättstillämpningen. Jfr polemiken kring detta mellan Flodgren och Lunning i Lag & avtal 1980; Flodgren Boken är bra men.. Lunning är inte lagen, nr 5 1980 s 24f, Lunning Det handlar om individer inte om roller, nr 6 s 37f och Flodgren Nej, det handlar om en grundlagsfäst princip - inte om personliga egenskaper, nr 7 s 32f.

¹⁸⁸ Daterad juni 1974, dvs före lagens ikraftträdande.

¹⁸⁹ Lunning 1974 s 47. Uttalandet återkommer med samma placering i andra upplagan 1975 s 65.

bristuppsägningar. När Lunning allmänt karakteriserar saklig grundregeln betonar han att lagtexten¹⁹⁰ inte preciserar vad som utgör saklig grund och fortsätter:

”Situationerna inom arbetslivet växlar nämligen i stor utsträckning beroende bla. på förhållandena i branschen, på arbetsplatsen och på vilket slags anställning det är fråga om. Vad som i ett fall kan anses utgöra saklig grund för en uppsägning behöver inte i andra fall godtas som sådan grund. Uppsägningsfallen är så olika och förhållandena på arbetsplatserna så varierande att det inte har ansetts möjligt att generellt slå fast vad som kan betraktas som saklig grund. Det är alltid nödvändigt att ta hänsyn till de särskilda omständigheterna i det individuella fallet.”¹⁹¹

Liksom motsvarande uttalanden i propositionen¹⁹² görs dessa uttalanden innan Lunning kommer in på de konkreta uppsägningsgrunderna. De tar således inte enbart sikte på personligt relaterade uppsägningsgrunder. Som en inledning till problematiken kring konkurrerande uppsägningsgrunder anger Lunning sedan att lagen gör ”skillnad mellan å ena sidan *arbetsbrist* och å andra sidan uppsägningar som har sin grund i *personliga förhållanden*”.¹⁹³ Härfter anges de olika rättsverkningar i form av företrädesrätt, varsel etc som är knutna till respektive kategori. Lunning påpekar med anledning härav att även om ”såväl arbetsbrist som personliga omständigheter kan åberopas för en uppsägning, vill det synas som om det inte skulle vara möjligt att åberopa båda dessa grunder samtidigt med hänsyn till den åtskillnad som i lagen görs mellan arbetsbristfallen och övriga uppsägningsfall”. Efter att åter ha angivit vissa bestämmelser som är knutna till principiell uppsägningsgrund framhåller Lunning härfter att ”(a)rbetsgivaren får således, innan uppsägning vidtas, välja vilken typ av grund som åberopas”.¹⁹⁴

Lunning talar om att det är ”lagen” och inte 7 § som bygger på denna tudelning och den fortsatta redogörelsen för konkurrerande uppsägningsgrunder pekar i riktning mot att Lunning inte menar att det vid tillämpningen av 7 § är fråga om en normativt relevant dikotomi. Tu-

¹⁹⁰ Med undantag för omplaceringsskyldigheten.

¹⁹¹ Lunning 1974 s 49-50. Uttalandet återkommer med samma placering i andra upplagan 1975 s 67.

¹⁹² Prop 1973:129 s 120, se ovan avsnitt 3.3.5.2.

¹⁹³ Lunning 1974 s 51.

¹⁹⁴ Lunning 1974 s 51.

delningen framstår här istället snarast som en pedagogisk utgångspunkt för den fortsatta framställningen.¹⁹⁵

Under den egentliga redogörelsen för uppsägningsgrunder sägs om arbetsbrist:

”Vad först gäller *arbetsbrist* eller, som det ibland kallas, *driftsförändringar* eller *organisationsomläggningar*¹⁹⁶ gäller som huvudregel, att detta godtas som saklig grund för uppsägning. I förarbetena anförs, att den ekonomiska utvecklingen och därmed sammanhängande strukturomvandling måste kunna ställa krav på en viss rörlighet hos arbetskraften. Företag måste kunna läggas ned och driftsförändringar genomföras även om åtgärderna leder till att arbetstagare måste sägas upp. Det framhålls dock att arbetsgivaren bör överväga alla de möjligheter som står till buds för att genomföra driftsförändringar utan att arbetstagare behöver sägas upp, såsom genom omplacering, naturlig avgång eller successiv avveckling. Det torde också kunna krävas av arbetsgivaren att uppsägningsåtgärderna inte görs mera omfattande än som betingas av omständigheterna. För att hindra överdrivna beslut har lagen tillförts regler om varsel m.m., såväl i förhållande till de fackliga organisationerna på arbetsplatsen som till länsarbetsnämnden (se kommentaren till 29 och 30 §§). Ytterst är det emellertid arbetsgivarens bedömning av behovet att genomföra en driftsinskränkning och dennas återverkningar på arbetsstyrkan som får bli avgörande för frågan huruvida arbetsbrist skall anses föreligga. Domstolen torde inte kunna gå in på frågor om det berättigade från företagsekonomisk synpunkt i att över huvud taget genomföra en driftsförändring eller att genomföra den på det sätt som företaget har kommit fram till. I princip bestämmer alltså arbetsgivaren ensam när arbetsbrist skall anses föreligga. Situationen kan dock bli en annan då medinflytandefrågorna har fått sin lösning. Dessa frågor behandlas f.n. av arbetsrättskommittén.

I fråga om arbetsbristfallen finns det anledning att uppmärksamma att sådana uppsägningar inte alltid behöver vara av kollektiv natur. Uppsägning på grund av arbetsbrist kan avse även en enstaka arbetstagare även om motsatsen ligger närmast till hands. Häri ligger samtidigt en risk att arbetsbrist eller s.k. rationaliseringsåtgärder anförs som motiv för en uppsägning då uppsägningen i själva verket har varit motiverad av intresset att få bort en arbetstagare, för vars skiljande från anställningen eljest inte har förelegat tillräckliga skäl, dvs. *fingerad arbetsbrist*. Tillåtligheten av uppsägningen får i sådant fall prövas med hänsyn till den verkliga grunden för denna. Förmodligen finns det anledning att med särskild uppmärksamhet pröva organisatoriska åtgärder, som endast tar sikte på en enstaka arbetstagare. Enligt gällande rätt skulle det i dessa fall vara arbetsta-

¹⁹⁵ Samtidigt visar det problematiken i att ha en tudelning vad avser rättsverkningar vari det är adekvat att betrakta respektive kategori juridiskt/tekniskt samtidigt som man använder samma term för att beskriva en konkret uppsägningsgrund.

¹⁹⁶ Redan i andra upplagan försvann den i inledningsmeningen gjorda preciseringen av ”arbetsbrist”: ”som det ibland kallas, *driftsförändringar* eller *organisationsomläggningar*..”

garen som har att visa att en annan grund har förelegat för uppsägningen än den uppgivna (jfr AD 1973 nr 22). Det kan dock finnas anledning att för detta fall anta samma principer för bevisbördans fördelning som bl.a. har antagits i mål om föreningsrättskränkning, dvs. har arbetstagaren gjort sannolikt att uppsägningen har betingats av personliga orsaker, får det ankomma på arbetsgivaren att styrka att åtgärden har förestavats av organisatoriska skäl (jfr prop. 1973:129 s 278). Ett visst skydd mot omotiverade driftsinskränkningar och därmed jämförliga fall ligger i att arbetsgivaren vid påstådd arbetsbrist har företrädesrätt till återanställning enligt 25 §.¹⁹⁷

Här ges de inledningsvis citerade raderna viss substans såvitt angår arbetsbristuppsägningarna. Lunning framhåller att anställningsskyddslagen innebär ett ansvar och en begränsning i friheten för arbetsgivare även då det rör sig om arbetsbristuppsägningar. Samtidigt lyfter han förvisso fram motivens uttalanden om att det ytterst är arbetsgivarens bedömning av behovet som är avgörande. Även om uttalandena här är långtgående är det motivens driftsinskränkingskontext Lunning rör sig i.

Arbetsbristtermen används i citatet på lite olika sätt. Den förekommer som samlingsbeteckning på ett par verksamhetsrelaterade uppsägningsgrunder men också som alternativ till andra sådana - heller icke heltäckande - beteckningar. Men Lunning använder den också, liksom i motiven, i den ungefärliga betydelsen ”om det finns anledning att säga upp anställda”, när han säger att det i princip är arbetsgivaren ”som bestämmer när arbetsbrist skall anses föreligga”.

Utöver dessa mer allmänt inriktade anmärkningar finns det anledning att redan här fästa uppmärksamheten på att Lunning rekommenderar en bevisbörderegler av det slag som gällt för föreningsrättskränkningar i situationer då enstaka arbetstagare sägs upp under återopande av arbetsbrist.¹⁹⁸

Schmidt, Arbetsrätt II

Andra upplagan¹⁹⁹ av Schmidts verk *Arbetsrätt II*²⁰⁰ är föranledd av bl a anställningsskyddslagen tillkomst. Schmidt är den som på detta stadium

¹⁹⁷ Lunning 1974 s 52-54.

¹⁹⁸ Jag återkommer med kommentarer härtill när jag nedan (i anslutning till analysen av AD 1976:26 i avsnitt 3.4.2) redogör för domstolens utveckling av bevisbördan vid s k fingerad arbetsbrist.

¹⁹⁹ Förordet är daterat januari 1975 och av detta framgår att ny lagstiftning ”skall ha beaktats fram till den 31 dec.1974”. Boken anges emellertid vara tryckt 1974.

²⁰⁰ Det verk som ursprungligen bar titeln *Tjänsteavtalet* och som efter att i ett par upplagor burit titeln *Arbetsrätt II* från 1978 går under beteckningen *Löntagar rätt*.

synes gå längst vad gäller kategoriska uttalanden om arbetsbrist och kravet på saklig grund. Schmidt behandlar de olika uppsägningsgrunderna under olika rubriker, ”uppsägning på grund av personliga förhållanden”²⁰¹ respektive ”uppsägning på grund av arbetsbrist”.²⁰² Under inledningen till avsnittet om personliga förhållanden förklaras detta med att ”(m)an kan urskilja två huvudfall, nämligen uppsägning på grund av personliga förhållanden och uppsägning på grund av arbetsbrist. Rättsläget är något olika i det ena och det andra huvudfallet”.²⁰³ Detta påstående exemplifieras sedan väsentligen – han nämner också månadsregeln – med de olika förfaranderegler etc som gäller för respektive typfall. Det visar sig således att tudelningen primärt bygger på regler i vilka 'arbetsbrist' respektive 'personliga förhållanden' utgör rekvisit. Den fortsatta behandlingen under rubriken personliga förhållanden är därefter inriktad på olika typer av uppsägningsorsaker medan det följande avsnittet om arbetsbrist, bortsett från några inledande anmärkningar om arbetsbrist och saklig grund, vilka strax närmare skall granskas, huvudsakligen är inriktad på de särskilda regler som gäller då en uppsägning skall anses ha skett på grund av arbetsbrist. Någon tydlig åtskillnad mellan 'arbetsbrist' och 'personliga förhållanden' som pedagogisk utgångspunkt för en framställning av vad som kan utgöra saklig grund för uppsägning respektive 'arbetsbrist' och 'personliga förhållanden' som rekvisit görs inte av Schmidt. Han tar dock ett exempel när han inleder framställningen om personliga uppsägningsgrunder:

”Givetvis skall de personliga förhållandena hänföra sig till arbetstagaren och inte till arbetsgivaren. Antag att ett företag har en privatchaufför för att köra direktörsbilen och att den nye direktören vill säga upp chauffören därför att direktören själv kör bil. Det föreligger här ett fall av uppsägning på grund av arbetsbrist.”²⁰⁴

Att detta inleder avsnittet om en framställning kring saklig grund implicerar att Schmidt menar att tudelningen är normativt relevant vid bedömningen av vad som utgör saklig grund.

När Schmidt övergår till behandlingen av arbetsbristuppsägningar ger han starkt stöd för ett schabloniserat synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund:

”När det gäller uppsägning på grund av personliga förhållanden bygger LAS på principen att arbetsgivarens beslut skall vara objektivt grundat. Vid tvist över-

²⁰¹ Schmidt 1974 s 94ff.

²⁰² Schmidt 1974 s 99 ff.

²⁰³ Schmidt 1974 s 95.

²⁰⁴ Schmidt 1974 s 96.

prövas beslutet av domstol och domstolens bedömning blir avgörande för frågan huruvida anställningen skall bestå. Vid uppsägning på grund av arbetsbrist är arbetsgivarens bedömning ensam utslagsgivande i frågan om arbete finns eller inte. Det krävs inte att arbetsgivaren håller verksamheten igång i oförändrad utsträckning enbart för att tillgodose arbetstagarnas anställningstrygghet.²⁰⁵ Arbetsgivaren har full rätt att inskränka driften även om driften skulle vara ekonomiskt lönande. Lagstiftaren begränsar sig till kravet, att arbetsgivaren skall varsla till länsarbetsnämnd och till den lokala fackföreningen och ge arbetsmarknadsmyndigheterna och facket tillfälle till överläggningar innan han går till uppsägning av enskilda arbetstagare. Det bör tilläggas att domstol äger pröva den verkliga grunden för en uppsägning. Påstår arbetstagarsidan att en uppsägning på grund av arbetsbrist i verkligheten varit betingad av att arbetsgivaren ville bli av med en arbetare och visas så vara förhållandet, skall domstol underkänna uppsägningen. Arbetsgivaren avgör ensam när arbetsbrist föreligger, men han bestämmer däremot inte valet mellan dem som kan tänkas bli överflödiga. Avgörande skall i stället vara en turordning enligt de grunder som angivits i LAS eller som fastställts i kollektivavtal med facket.

Arbetsbrist kan även tänkas bero på konflikt. Vår rättsordning torde bygga på uppfattningen att arbetsgivaren både vid lovlig och olovlig konflikt har rätt att säga upp strejkande, om syftet är att ersätta dem med andra för att hålla driften igång.”²⁰⁶

Schmidt lyfter endast fram de delar av motiven som ger stöd för ett schabloniserat synsätt och nämner ingenting om att det faktiskt med viss kraft framhålls att arbetsgivaren skall göra vad som står i hans makt för att genomföra förändringarna i verksamheten utan att anställda skall behöva sägas upp. Han förstärker dem dessutom med egna tillägg. Uttalet om att arbetsgivare äger inskränka verksamheten även om den är lönsam förekommer således inte, såvitt jag kunnat finna, i motiven.²⁰⁷ Inte heller sammankopplingen mellan arbetsbrist och fackliga konflikter förefaller ha stöd i motiven.²⁰⁸ Schmidts ståndpunkt här var knappast okontroversiell.²⁰⁹

²⁰⁵ Här hänvisar Schmidt till prop 1973:129 s 123.

²⁰⁶ Schmidt 1974 s 99-100. Beträffande påståendena i sista stycket hänvisar Schmidt till AD 1956:43 och 1972:11.

²⁰⁷ Ställningstagandet är dock i och för sig rimligt om man menar att alla verksamhetsrelaterade uppsägningsgrunder, där inga bakomliggande illegitima motiv finns, också utgör saklig grund.

²⁰⁸ Frågan berördes dock i utskottsbetänkandet, InU 1973:36 s 34, varvid framhölls:

”Utskottet delar uppfattningen att deltagande i arbetskonflikter normalt inte är giltig anledning till uppsägning. Detta gäller naturligtvis i utpräglad grad vid lovliga konflikter. I vissa undantagsfall har enligt hittillsvarande praxis arbetsgivaren ansetts ha rätt att säga upp arbetstagare även i samband med lovliga konflikter. Det har gällt fall där arbetsnedläggelsen leder till att företaget avvecklar en verksamhet eller vid punkt-

Att Schmidt verkligen uppfattar rättsläget på det sätt han beskriver det blir än tydligare i det att han vid upprepade tillfällen gör kopplingar till varsel- och turordningsregler etc när han framhåller att det är arbetsgivaren som avgör när arbetsbrist skall anses föreligga; underförstått består arbetstagarnas skydd i dessa regler när uppsägning skett på grund av arbetsbrist.

Arbetsbristtermen används i flera olika betydelser av Schmidt. Uppenbart är att det används i någon överförd mening när han säger att "arbetsbrist kan också tänkas bero på konflikt". Liksom i motiven talar Schmidt om att arbetsgivaren bestämmer när "arbetsbrist föreligger".²¹⁰

Sammanfattningsvis ger denna första LAS-relaterade Schmidtutgåva ett klart uttryck för ett schabloniserat synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund; det ankommer inte på domstol att bedöma sakligheten när uppsägningen är betingad av verksamhetsrelaterade orsaker. Det finns också tendenser till att Schmidt menar att tudelningen personliga förhållanden/arbetsbrist är normativt relevant vid tillämpningen av 7 §.

Det är intressant att notera att Lunning, som deltagit i lagstiftningsarbetet, förefaller ha en mer nyanserad syn på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund än Folke Schmidt.

Lunning, andra upplagan

I andra upplagan av Lunnings Anställningsskydd²¹¹ har ytterligare något tillkommit, främst fler exempel på förhållanden som utgör saklig grund. Efter konstaterandet att arbetsgivaren i princip själv bestämmer när arbetsbrist skall anses föreligga, följer i den nya upplagan:

"Att t.ex. statsmakterna eller andra anslagsgivande organ beslutar att inte längre anslå medel eller inskränka anslagen till en viss verksamhet och detta leder till att medel saknas för fortsatt avlöning av vissa tjänster, s.k. *medelsbrist*, kan även utgöra saklig grund för uppsägning i den mån omplacering inte kan ske av de berörda arbetstagarna. I vissa fall kan särskilda bestämmelser dock ha utfär-

aktioner från en grupp arbetstagare som representerar en liten organisation på arbetsplatsen. Hur man skall se på dessa speciella situationer övervägs inom arbetsrättskommittén."

²⁰⁹ Jfr Lunning 1974 s 61. Observera att Lunning behandlar dessa situationer tillsammans med personliga förhållanden.

²¹⁰ Här är det snarast i betydelsen 'om det finns anledning att säga upp anställda' (jfr Lunning ovan) termen används men i övrigt synes Schmidt använda termen som samlingsbeteckning på verksamhetsrelaterade uppsägningsgrunder.

²¹¹ Daterad januari 1975.

dats om t.ex. myndigheternas agerande vid medelsbrist (jfr det s.k. trygghetsbrevet för icke-ordinarie lärare). Principen om arbetsgivarens exklusiva bestämmanderätt över driftsinskränkningar kommer dock att genombrytas kraftigt, när arbetsrättskommitténs förslag leder till lagstiftning.”²¹²

Härefter följer ett helt nytt stycke där mig veterligen första gången det numera klassiska exemplet med deltid/heltid kommer upp:²¹³

”Det bör anmärkas att man med *begreppet arbetsbrist* inte bara avser fall då driften eller verksamheten inskränks eller avvecklas. Arbetsbrist föreligger även då t.ex. driftsförändringar, omorganisation etc. leder till att en arbetstagare inte längre kan erbjudas de arbetsuppgifter som han tidigare har haft. Med de nu berörda fallen torde t.o.m. få jämföras situationer, då arbetsgivaren på grund av verksamhetens utökning inte kan erbjuda samma arbete som förut. Som exempel kan tas det fallet att en kontorsbefattning behöver utvidgas från deltid till heltid och att några andra deltidsbefattningar inte står till buds för den tidigare befattningshavaren, för vilken deltidstjänstgöring är en nödvändig förutsättning. Här rör det sig alltså om ett fall där man knappast kan tala om brist på arbete men väl på sådant arbete som anställningsavtalet har avsett. Kan arbetsgivaren inte erbjuda fortsatt deltidsarbete, har han alltså rätt att säga upp den anställda på grund av arbetsbrist med de särskilda rättsverkningar, bl.a. i fråga om företrädesrätt till bl.a. ny deltidsanställning, som det innebär.”²¹⁴

I denna andra upplaga börjar vi se tecken till att arbetsbriststermen ges en självständig funktion. Här bemödar sig Lunning om att försöka få in olika företeelser så att de språkligt kan accepteras som arbetsbrist. Det är att notera att Lunning inte åberopar något rättskällestöd för sin ståndpunkt och sina nya exempel. Vad som inträffat mellan första och andra upplagan är främst att nya regler införts för offentliganställda och att arbetsrättskommittén lagt fram sitt betänkande.²¹⁵ En förklaring till exemplet med heltid/deltid skulle kunna vara diskussioner kring begreppet viktigare förändring i den blivande MBL. Det är ingalunda helt tydligt i vilken betydelse Lunning här använder arbetsbriststermen men mitt intryck är att han menar sådant som också i regel kan anses utgöra saklig grund för uppsägning. I det första här ovan citerade stycket talar han ju om att medelsbrist utgör saklig grund. Tolkat i sin kontext, där avsnittet om arbetsbrist inleds med att påståendet att arbetsbrist som huvudregel utgör saklig grund, att det i princip är arbetsgivarens bedömning som

²¹² Lunning 1975 s 71. Lunning hänvisar här till ”SOU 1975:1 s 325 ff.; jfr dock s. 638 ff”.

²¹³ Det skulle dröja drygt tio år innan exemplet kom till användning i arbetsdomstolen, se AD 1986:60.

²¹⁴ Lunning 1975 s 71.

²¹⁵ SOU 1975:1.

avgör ”när arbetsbrist skall anses föreligga” och att begreppet sedan utvidgas till att omfatta en rad verksamhetsrelaterade åtgärder, ger den nya upplagan intryck av att 'arbetsbrist' närmast utgör ett rekvisit (även) vid tillämpningen av 7 §. Varför skulle det annars finnas anledning att tala om att de andra uppsägningsgrunderna också utgör ”arbetsbrist”?

3.4.2 De första AD-målen

Under de två första åren efter anställningsskyddslagens ikraftträdande återfinns vi flera mål i arbetsdomstolen där arbetstagare sagts upp under åberopande av arbetsbrist och där arbetstagersidan på olika grunder gjort gällande att uppsägningarna inte varit sakligt grundade. Vid sidan av att domstolens ställningstagande till frågan om bevisbördan vid fingerad arbetsbrist kan tyckas vara baserad på ett schabloniserat synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund, är ändå den dominerande bilden av domstolens förhållningssätt under dessa år att den de facto prövar sakligheten och inte nöjer sig med att relatera argumentationen till något arbetsbristbegrepp. Detta leder till att domstolen ogiltigförklarar flera uppsägningar utan att för den skull ha kommit fram till att det varit dolda motiv bakom. Även i mål där arbetstagersidans talan ogillas återfinns obiter dictum eller formuleras rättssatser som innebär långtgående krav på arbetsgivare.

Bevisbördan vid fingerad arbetsbrist

AD 1976:26 Kolmårdenfallet

I den första dom, AD 1976:26, vari frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund var föremål för mer principiell prövning²¹⁶ hade en verkmästare sagts upp med hänvisning till att dennes tjänst av företagsekonomiska skäl skulle dras in. Arbetstagersidan ansåg detta vara ett svepskäl och att den verkliga uppsägningsgrunden var personliga motsättningar mellan den anställda och bolagets chef. Dessa motsättningar menade man inte utgjorde saklig grund för uppsägning och yrkade därför i första hand ogiltigförklaring. I andra hand yrkades skadestånd för

²¹⁶ I AD 1975:38 antyddes problematiken men här hade arbetsgivaren till stöd för uppsägningen åberopat både personliga förhållanden och verksamhetsrelaterade. Mot bakgrund av det sätt varpå arbetsgivaren fört sin talan menar jag att målet saknar principiellt intresse. Lunning har hävdade att målet ger uttryck för att en uppsägning, i fall där omständigheter av båda slagen åberopas, skall anses bero på ”personliga omständigheter i den mån det inte blivit styrkt att uppsägningen berodde på arbetsbrist”. Lunning (bl a) 1989 s 185. Jfr ovan avsnitt 2.4.3.

brott mot turordningsreglerna. Det framfördes en rad omständigheter till stöd för att indragningen av tjänsten föranletts av att arbetsgivaren velat bli av med den anställde av personliga skäl. Arbetsgivaren presenterade å sin sida en omfattande utredning angående bakgrunden till sina ekonomiska problem och konkluderade med att framhålla att han menade sig ha saklig grund för uppsägningen.²¹⁷ Arbetsgivaren förnekade att personliga motsättningar skulle ha haft någon betydelse i sammanhanget. Mot denna bakgrund gjorde domstolen inledningsvis följande principiellt färgade uttalanden om hur ett problem av föreliggande slag skall hanteras:

”En av företagsekonomiska skäl motiverad begränsning eller omläggning av en arbetsgivares verksamhet kan i princip genomföras utan hinder av anställningskyddslagens bestämmelser, även om förändringen av verksamheten i sista hand leder till att arbetstagare måste sägas upp från sin anställning. I allmänhet blir det också arbetsgivarens bedömning från företagsekonomisk synpunkt av behovet att genomföra förändringen av verksamheten eller av sättet för åtgärdens genomförande som får bli avgörande för om sådan arbetstagare, som inte kan omplaceras, skall kunna sägas upp. Emellertid är det givet att ett av arbetsgivaren framfört påstående att arbetsbrist eller rationaliseringshänsyn föranlett uppsägning inte kan godtas, om arbetsgivaren i själva verket haft annan grund för åtgärden. Uppsägningen får i sådant fall prövas med hänsyn till denna senare grund.

Den bevisprövning som skall ske när arbetsgivaren som grund för uppsägning åberopar arbetsbrist eller liknande och arbetstagaren påstår att annan ovidkommande grund i själva verket varit bestämmande för arbetsgivarens handlande får särskild karaktär i sådant fall då förändringen av verksamheten tar sikte på enstaka arbetstagare. Detta beror på att i sådant fall styrkan av de skäl av företagsekonomisk natur som arbetsgivaren åberopar ofta är betydligt svårare att bestämma än om det exempelvis är fråga om en omfattande driftsinskränkning. För att bevissvårigheter inte skall hindra arbetstagaren från att med framgång angripa en uppsägning, där påstådd arbetsbrist endast utgör en täckmantel för annan omständighet, bör en mera nyanserad bevisbedömning göras i fall av detta slag än annars. Ju sannolikare det framstår - på grundval av den bevisning som avser arbetstagarens påstående - att en uppsägning orsakats av annan omständighet än den som arbetsgivaren 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. Inom ramen för denna prövning kan det under särskilda omständigheter vara anledning att granska de uppgivna företagsekonomiska skälen för åtgärden betydligt mera ingående än som annars sker. Kvarstår i ett sådant fall ovisshet, om upp-

²¹⁷ Man påstår således inte att det är arbetsbrist utan saklig grund.

sägningen skulle ha skett om den ovidkommande omständligheten inte förelagat, bör detta gå ut över arbetsgivaren.”

Härefter prövade domstolen de omständigheter arbetstagarparten framhållit och de företagsekonomiska förhållanden arbetsgivarsidan åberopat och konkluderade:

”Med hänsyn till det nu anförda finner arbetsdomstolen även med beaktande av de synpunkter som i det föregående har anförts rörande bevisprövningen i en tvist av detta slag att uppsägningen av Pettersson var sakligt grundad och skall betraktas som en uppsägning på grund av arbetsbrist i anställningsskyddslagens mening.”²¹⁸

Med indirekt stöd av motivuttalanden och med all sannolikhet under påverkan av Lunnings ovan framhållna rekommendation konstruerar här arbetsdomstolen en särskild bevisregel för s k fingerad arbetsbrist. Skälet till att jag här ämnar säga några ord om bevisfrågorna är att jag bestämt menar att hanteringen av dessa implicerar ett schabloniserat synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund. Själva utgångspunkten för domstolen när den formulerar bevisregeln är det förhållandet att den menar att arbetsgivare utan hinder av anställningsskyddslagen har rätt att genomföra företagsekonomiskt betingade omläggningar, nedskärningar etc även om de medför att anställda behöver sägas upp. Redan här uttrycker således domstolen, med stöd i motiven bör väl tilläggas, ett synsätt som innebär att verksamhetsrelaterade skäl som utgångspunkt är saklig grund för uppsägning.

Någon för alla situationer tillämplig princip om bevisbördans fördelning eller om beviskrav föreligger inte och är väl heller inte eftersträvansvärd.²¹⁹ Här är det därför upp till rättstillämpningen²²⁰ att för olika förhållanden konstruera och tillämpa olika principer efter vad som kan vara ändamålsenligt.²²¹ Att det är arbetsgivaren som har bevis-

²¹⁸ Domen var enhällig med Hans Stark som ordförande.

²¹⁹ Jfr Bolding Bevisbörda och beviskrav 1983 och Beviskravet 1989 s 111.

²²⁰ I den mån inte lagstiftaren reglerat frågan, jfr anmärkningen härom i Boman Bevisbörda och civilrätt 1993 s 69-70.

²²¹ Beträffande denna fråga se bl a Olivecrona Bevisbördan och den materiella rätten 1930, bl a s 10-11 och 157, Boman Bevisbördan 1990, Bevisbörda och civilrätt 1993 och Zahle Bevisteorin og retsteori 1978.

bördan för de faktiska omständigheter²²² han lägger till grund för en uppsägning förefaller principiellt otvistigt.²²³

Om nu arbetstagersidan påstår att det egentligen är personliga förhållanden som är grunden för uppsägningen kan detta inte uppfattas som att den i och för sig accepterar de av arbetsgivaren anförda förhållandena. Påståendet om att personliga förhållanden är det verkliga skälet till en uppsägning bör därför i regel uppfattas som ett förnekande av de rättsfakta motparten åberopar i kombination med åberopandet av ett motfaktum. Bevisbördan för ett sådant motfaktum ligger på arbetstagersidan men det bör inte krävas vare sig motfaktum eller bevisning därom så länge inte arbetsgivaren förmått styrka²²⁴ de förhållanden han menar ligga till grund för uppsägningen.²²⁵ Den bevisregel arbetsdomstolen formulerar och som framställs som arbetstagarvänlig visar sig därigenom i praktiken inte vara det.²²⁶ Även om vi måste skilja mellan att styrka de förhållanden som åberopas och bevisbördan för vad som utgjort verklig uppsägningsgrund är det ju så att det arbetsgivaren åberopar till stöd för en uppsägning enligt processrättsliga principer läggs till grund för prövningen i den mån det inte förnekas eller annat påstås. Det är uppenbart att det här blir en skillnad jämfört med när arbetsgivaren åberopar personliga förhållanden. Även om arbetstagersidan i sådana fall inte förnekar de faktiska förhållandena kommer dessa att bli föremål för en reell saklig grund-prövning.²²⁷ En förklaring till hur bevisre-

²²² Det bör poängteras att arbetsgivaren inte har att styrka att saklig grund föreligger. Problemet med en saklig-grund regel är att den inte innehåller några egentliga rekvisit under vilka rättsfakta kan subsumeras.

²²³ Det förhållandet att det är arbetstagersidan som har processbördan gör emellertid detta mer problematiskt. Jfr Bylund, Bevisbörda och bevisregler 1970 s 185 och Bevisbörderegeln som överlevde sig själv 1977, som också diskuterar hur den processuella gången skulle kunna te sig.

²²⁴ Jag använder ordet neutralt i förhållanden till dess användning i beviskravssammanhang.

²²⁵ Jfr Malmberg Anställningsavtalet 1997 s 348 m hänv om oäkta eller falsk bevisbörda.

²²⁶ Det bör framhållas att domstolen inte explicit anger att arbetsgivaren inte skulle ha bevisbördan när han påstår att arbetsbrist föreligger och att detta föranlett uppsägningen. Det måste rimligen enligt domstolen ha krävts mer för att bevisregeln överhuvud skulle ha aktualiserats än att arbetsgivaren påstått att arbetsbrist föreläggat. Att det inte är nödvändigt att arbetstagersidan påstår att personliga förhållanden legat bakom en uppsägning för att domstolen över huvud skall pröva de omständigheter arbetsgivaren lägger till grund för uppsägningen och om de är sakliga framgår i vart fall av senare praxis, vartill jag återkommer. Jfr också nedan under behandlingen av AD 1980:133.

²²⁷ Det bör nämnas att om förklaringen till bevisregeln *inte* står att finna i föreställningen om fri uppsägningsrätt i verksamhetsrelaterade situationer utan i att parterna har olika uppfattningar om vad som utgjort verklig uppsägningsgrund och det problem som

geln framställs står att finna i att den rättsliga kontext från vilken den är hämtad var en helt annan än dagens. Lunning framhöll, med hänvisning till ”gällande rätt”, att arbetstagarsidan har bevisbördan i en situation som den aktuella.²²⁸ Av denna anledning rekommenderade han en lindring av beviskravet i enlighet med de principer som kommit till användning i föreningsrättsmål.²²⁹ Den särskilda bevisbörderegeln växte fram under trettioalets början för att bevisvårigheterna inte skulle göra det omöjligt för arbetstagarsidan att ha framgång i tvister om föreningsrättskränkning. Den rättsliga utgångspunkten då var att arbetsgivaren hade en fri uppsägningsrätt och således överhuvud inte som utgångspunkt hade någon skyldighet att ens redovisa skälen för en uppsägning.²³⁰ Arbetsdomstolen har därför överfört en bevisregel som behövdes i ett system med fri uppsägningsrätt till dagens system där utgångspunkten är den rakt motsatta; ett generellt krav på saklig grund för uppsägning.²³¹

Vad det i övrigt gäller synen på arbetsbrist och kravet på saklig grund samt användningen av termen arbetsbrist föranleder målet följande kommentarer. I den inledning vari domstolen framhåller att en av ”företagsekonomiska skäl motiverad begränsning eller omläggning av en arbetsgivares verksamhet kan i princip genomföras utan hinder av anställningsskyddslagens bestämmelser” osv används överhuvud inte termen arbetsbrist. När domstolen sedan kommer in på bevisfrågan sägs ”när arbetsgivaren som grund för uppsägning åberopar arbetsbrist eller liknande..”. Inte heller här används således termen lagtekniskt.

I konklusionen säger domstolen att uppsägningen ”var sakligt grundad och skall betraktas som en uppsägning på grund av arbetsbrist i anställningsskyddslagens mening”. Med detta sätt att formulera sig visar domstolen att den ser som sin primära uppgift att fastställa huruvida saklig grund föreligger och inte om det i lagteknisk mening utgör arbetsbrist. Att domstolen uttrycker sig på detta sätt, dvs att den överhu-

består i att det endast är arbetsgivaren själv som vet vad som utgör de verkliga skälen, har den samma relevans om det är olika personliga förhållanden parterna påstår ha utgjort den verkliga uppsägningsgrunden.

²²⁸ Se Lunning i föregående avsnitt. Han hänvisade här till ”jfr” AD 1973:22 som just var ett fall där parterna var ense om att uppsägningar som regel var oangripbara i en sådan situation som var aktuell.

²²⁹ Se härom ovan avsnitt 2.4.2.

²³⁰ Jfr Bylund Bevisbörderegeln som överlevde sig själv 1977 s 43.

²³¹ Jag vill poängtera att min kritik av målet här inte har avsett hur domstolens tillämpning av bevisreglerna utföll. Jag hade emellertid inte tyckt det varit särskilt märkligt om domstolen bifallit talan. Det förelåg ju tveklöst personliga motsättningar och arbetsbristätgårderna var riktad så att den kom att drabba just den berörde arbetstagaren.

vud finner anledning att efter konstaterandet av att saklig grund föreligger ange till vilken principiell uppsägningsgrund uppsägningen är att hänföra, hänger sannolikt ihop med andrahandsyrkandet, som baseras på en regel vari 'arbetsbrist' utgör rekvisit.

Enligt min mening har domstolen däremot inte gått in på någon rättslig prövning av huruvida de av arbetsgivaren åberopade grunderna är sakliga i den mening som avses i 7 § LAS; prövningen har inskränkt sig till att fastställa om de av arbetsgivaren åberopade skälen är korrekta.²³² Häri ligger således att domstolen utgår från att uppsägningar på de grunder som var aktuella i målet också är sakliga. Konstaterandet av att de av arbetsgivaren framhållna omständigheterna är korrekta framstår därigenom som en sorts direkt subsumtion under rekvisitet saklig grund. Det sätt varpå domstolen formulerar sig i AD 1976:26 ger dock inte utrymme för att påstå att domstolen menar att allt som inte är personliga förhållanden är saklig grund. Även om de påvisade förhållandena ger uttryck för ett schabloniserat synsätt kan vi inte bortse från att domstolen gör en ingående prövning av de av arbetsgivaren åberopade omständigheterna och det finns därför knappast grund för ett påstående om att den tar för lätt på frågan. Dessutom är det väl så att de av arbetsgivarsidan åberopade förhållandena även av den mest kritiske framstår som sakliga.

Substantiella krav på saklig grund i arbetsbristmål

I en serie mål under 1976 kommer domstolen att ge kravet på saklig grund reell substans även såvitt angår arbetsbristuppsägningar. Det intressanta är samtidigt att det sker på helt olika grunder.

AD 1976:28 Revisorsassistenten Laszlo

I AD 1976:28 hade en revisorsassistent sagts upp med hänvisning till att arbetsgivaren hade för avsikt att av åldersskäl (successivt) avveckla sin verksamhet. Arbetstagaren²³³ gjorde gällande, att verksamheten trots allt fortsatt i viss omfattning efter uppsägningstidens utgång, att arbetsuppgifter således kvarstod och att uppsägningen därmed inte var sakligt

²³² Nu hade i och för sig arbetstagsarsidan inte gjort gällande att de åberopade omständigheterna inte skulle ha utgjort saklig grund om de var korrekta. Tvärt om, man yrkade skadestånd för turordningsbrott i andra hand. Min erfarenhet av arbetsdomstolens sätt att formulera domskäl säger mig emellertid att om den låter utgången vara avhängig av parts sätt att lägga upp sin talan, detta också på ett eller annat sätt kommer fram i domskälen.

²³³ Som själv förde sin talan på att hans organisation, SIF, förklarar sig icke vilja göra detta.

grundad. Han framhöll vidare att det troligen var personliga skäl som föranlett uppsägningen.

Domstolen gör inledningsvis följande principiellt färgade ställningstaganden:

”Av 7 § (LAS) framgår, att uppsägning från arbetsgivarens sida skall vara sakligt grundad. Enligt lagens förarbeten godtages såsom saklig grund för uppsägning inte endast förhållanden som hänför sig till den anställde personligen, utan även arbetsbrist, och för det senare fallet uttalas bl a, att det ytterst 'måste vara arbetsgivarens bedömning av behovet av att genomföra en driftsinskränkning och dennas återverkningar på arbetsstyrkan som får bli avgörande för huruvida arbetsbrist skall anses föreligga' (prop 1973:129 s 123 f).”

Denna beskrivning av motiven är intressant i det att den framhåller att *även* arbetsbrist godtages som saklig grund, vilket ger bestämt intryck av att domstolen betraktar 7 § som en generell begränsning av uppsägningsrätten. Detta intryck förstärks när domstolen, närmast kritiskt mot de av domstolen själv citerade uttalandena i motiven om arbetsgivarens bedömning som det avgörande, i omedelbar anslutning härtill anger premisserna för den fortsatta hanteringen av förhållandena i det aktuella fallet:

”Utredningen i målet ger förvisso inte fog för annat antagande, än att uppsägningen ... föranletts av att (arbetsgivaren) hade för avsikt att avveckla sin verksamhet. För att en uppsägning med sådant syfte skall anses sakligt grundad krävs emellertid att sådan driftsinskränkning verkligen genomföres vilken medför att behov av den uppsagdes arbetskraft ej längre föreligger när uppsägningstiden löper ut.”

Här visar domstolen att den ger substans åt begreppet saklig grund även vid s k arbetsbristuppsägningar. Trots att domstolen slår fast att intet talar emot att den av arbetsgivaren uppgivna uppsägningsorsaken också var den verkliga är detta inte tillräckligt. Domstolen menar sig också ha rätt att vid bedömningen av saklig grund-frågan ta ställning till efter uppsägningen inträffade förhållanden för att kunna bedöma om arbetsgivarens avsikter också förverkligas. Detta är ett självständigt normativt ställningstagande som rimligen bygger på en insikt om de uppenbara kringgåendemöjligheter eller konsekvenser en annan ordning skulle innefatta.²³⁴ Det bör poängteras att detta inte innebär att domstolen blott gör en bevisprövning; det är avsikten att avveckla och inte någon faktisk föreliggande arbetsbrist som är den uppgivna uppsägningsgrunden. Visar det sig att arbetsgivaren inte förverkligar sina avsikter kan

²³⁴ Jfr senare praxis om relevant tidpunkt, där det är möjligt att förhållandena i detta mål skulle betraktas som en fråga om företrädesrätt till återanställning.

detta inte sägas visa att det är styrkt att den uppgivna uppsägningsgrunden inte var korrekt. Med hänsyn till att domstolen i målet uttryckligen utgår från att avsikten var den uppgivna visar detta att den här låter sin prövning styras av lagtextens krav på att en uppsägning skall vara sakligt grundad.

Vid tillämpningen på de konkreta förhållandena av de fastslagna premisserna fann domstolen att vissa klienter och därmed också arbetsuppgifter fanns kvar och att arbetsgivaren dessutom tagit hjälp av tillfälligt anställda för utförandet av dessa uppgifter och konkluderade:

”Det har alltså inte förelegat arbetsbrist i den meningen att (arbetsgivaren) helt saknat arbetsuppgifter i vilka han i och för sig kunnat utnyttja (arbetstagaren).”

Efter att dessutom såsom obestyrkta ha underkänt arbetsgivarens invändning om att den uppsagde inte kunnat användas för dessa arbetsuppgifter p g a kritik från den aktuella klienten,²³⁵ fann domstolen därför uppsägningen icke sakligt grundad.²³⁶

Sammanfattningsvis ger domen uttryck för att domstolen menar att kravet på saklighet är generellt tillämpligt och att det vid bedömningen härav inte är tillräckligt med ett konstaterande av att de uppgivna verksamhetsrelaterade förhållandena är korrekta. Vad gäller arbetsbristermen tycks den i allt väsentligt användas i den närmast vardagliga betydelsen, dvs brist på arbete.

AD 1976:49 Hushållslärarna vid särskolan i Umeå

I AD 1976:49 hade ett antal hushållslärare sagts upp med hänvisning till att arbetsgivaren gjorde den bedömningen att det på grund av sjunkande elevunderlag och tjänstlediga lärares återgång i tjänst inte längre fanns utrymme för samtliga anställda hushållslärare. Arbetstagsidans yrkade i målet ogiltigförklaring av uppsägningarna av två hushållslärare. De var i och för sig inte oense med arbetsgivaren i dennes bedömning när de framhöll att ”det sett från denna synpunkt förelåg en arbetsbristsituation vid uppsägningstillfället”. Men, fortsatte de, ”(s)ett ur

²³⁵ Detta reser en intressant problematik kring vad som skulle kunna betecknas ”individuell arbetsbrist”, vilket jag emellertid inte ämnar fördjupa mig i. Jfr dock även AD 1994:140 och AD 1945:46, ovan avsnitt 2.5.3.

²³⁶ Ordförande var Jan Ljungar. (Av visst intresse bör här vara att Jan Ljungar var expert i Åmanutredningen som låg bakom förslaget till anställningsskyddslag.) Arbetsgivarledamöterna var skiljaktiga beträffande betydelsen av den kritik som riktats mot arbetstagaren från klienten och menade därför att saklig grund förelåg. De var emellertid ense med majoriteten beträffande de ovan relaterade principiella ställningstagandena till hur en arbetsbristuppsägning av det aktuella slaget skall hanteras.

en annan synvinkel förelåg emellertid inte arbetsbrist. Enligt förbundets mening har det nämligen funnits andra arbetsuppgifter än enbart undervisning i hemkunskap som kunnat anförtros hushållslärarna”. Arbetstagar sidan utvecklade sin ståndpunkt med att ange hur de menade att uppsägningarna kunnat undvikas genom omfördelning av undervisningstimmar mellan olika tjänster och även andra åtgärder. Arbetsgivaren menade på olika, främst pedagogiska, grunder, att de av arbetstagar sidan föreslagna åtgärderna inte lämpligen kunde vidtas.

Både parterna och domstolen uppfattar tvisten som en fråga om tillämpningen av ”omplaceringsregeln” i 7 § andra stycket.²³⁷ Även om domstolen således inte ser det som en ordinär saklig grund-fråga är de allmänna uttalanden den gör av sådant intresse att de bör presenteras i ett sammanhang där arbetsdomstolens syn på arbetsbrist och saklig grund står i förgrunden.²³⁸ I de i domskälen allmänt formulerade principerna går domstolen nämligen mycket långt i de krav den menar bör ställas på en arbetsgivare att försöka undvika uppsägningar:

”Arbetsdomstolen konstaterar till en början att prövningen av om det skäligen kan krävas av en arbetsgivare på skolans område att tillgängligt tjänsteunderlag omfördelas för att bereda tillsvidareanställda lärare fortsatt anställning bör innefatta en avvägning mellan de krav som från pedagogiska och andra synpunkter ställs på undervisningen och lärarnas anspråk på anställningstrygghet. Enbart den omständigheten att det kan påvisas att viss uppläggnings av undervisningen är från pedagogiska utgångspunkter överlägsen en annan disposition av det tillgängliga timantalet kan inte få föranleda att det förra alternativet väljs, om detta föranleder att tillsvidareanställda lärare måste skiljas från anställningen. Enligt arbetsdomstolens mening leder bestämmelsen i 7 § anställningsskyddslagen om att saklig grund för uppsägning inte föreligger, om det skäligen kan krävas att arbetsgivaren bereder arbetstagaren annat arbete hos sig, till att utgångspunkten för bedömningen bör vara en annan. Man skall ställa sig frågan huruvida en uppläggnings av undervisningen som ger möjlighet till fortsatt arbete för tillsvidareanställd lärarpersonal för med sig några väsentliga nackdelar från pedagogisk eller annan därmed jämförbar synpunkt. Först om sådana väsentliga nack-

²³⁷ Här bör dock nämnas att en förklaring till att domstolen behandlar det som en fråga om tillämpning av andra stycket helt enkelt är att den menar att utrymme finns för att kräva förändringar av organisationen i syfte att undvika uppsägningar men att detta skulle komma att störa den bild domstolen, även då under Starks ledning, tidigare givit uttryck för i Kolmårdenfallet, nämligen att verksamhetsrelaterade uppsägningsgrunder är sakliga. Genom att hänföra problematiken till andra stycket störs inte bilden.

²³⁸ Enligt min mening finns det emellertid utrymme för att behandla problematiken även som en renodlad fråga huruvida saklig grund över huvud föreligger. Jag återkommer till denna, enligt min mening för tillämpningen av saklig grund-regeln ytterst väsentliga fråga nedan avsnitt 4.5.

delar kan konstateras bör denna uppläggning av undervisningen avvisas och en uppsägning kunna komma ifråga.

Det är ofrånkomligt att prövningen av en tvistefråga av den beskaffenhet som är aktuell i målet i stor utsträckning måste grundas på värderingar som kommer till uttryck i ansvariga myndigheters gällande anvisningar och som eljest framförs från experthåll. En viktig omständighet är också att undervisningens uppläggning inom särskolan enligt vad utredningen visar på ett särskilt sätt måste anpassas till den enskilda elevgruppens speciella förutsättningar. Denna bedömning måste ankomma på vederbörande skolledning, och skolledningens uppfattning om hur tjänsteunderlaget bör disponeras med hänsyn till elevernas undervisningsbehov måste därför tillmätas särskild betydelse.”

Med reservation för att domstolen behandlar det som en fråga om tillämpning av andra stycket och att den mot slutet lyfter fram betydelsen av arbetsgivarens professionella bedömning ger dessa uttalanden ändå starkt stöd för att domstolen ställer höga krav på att en arbetsgivare gör vad som är möjligt för att undvika uppsägningar även i s k arbetsbristfall. Domstolen betonar den avvägning mellan de verksamhetsrelaterade arbetsgivarintressena och arbetstagarnas intresse av anställningsskydd som saklig grund-regeln bygger på även då uppsägningsgrunden inte rör de anställdas personliga förhållanden.²³⁹

Tillämpat på det aktuella fallet fann domstolen att det inte kunde krävas att arbetsgivaren omorganiserade tjänsterna. Härvidlag var det arbetsgivarens bedömning av det rimliga i gällande ordning från pedagogisk synpunkt som fällde avgörandet.²⁴⁰ Det måste emellertid poängteras att detta skedde efter en avvägning mellan parternas intressen. Arbetstagarledamöterna gjorde en annan avvägning och ansåg arbetsgivaren vara skyldig att vidta omdispositioner och därmed att uppsägningen inte var sakligt grundad.

I domskälen förekommer knappast termen arbetsbrist.

AD 1976:111 Syokonsulenten i Överkalix

I AD 1976:111 hade en syokonsulent vid en skola blivit uppsagd med hänvisning till arbetsbrist, närmare bestämt en omorganisation av

²³⁹ I dessa långtgående uttalanden angående arbetsgivarens skyldighet att söka undvika uppsägningar talar domstolen just om skolans område. Något särskilt skäl till att vissa principer bör gälla endast på detta område kan jag dock inte se. Se dock AD 1976:111, strax här nedan, angående skolverksamhetens instabilitet där jag återkommer till frågan.

²⁴⁰ Ordförande var Hans Stark. Arbetstagarledamöterna var skiljaktiga, se strax nedan i texten.

syoverksamheten. Tvist uppstod huruvida saklig grund härför förelegat. Arbetstagsarsidan menade att den påstådda arbetsbristen var konstruerad i syfte att bereda lämpliga arbetsförhållanden för en sedan länge anställd lärare och framhöll att arbetsgivaren inte närmare velat presentera de bedömningar som legat till grund för uppsägningen och heller inte velat diskutera alternativa lösningar. Det är av intresse att poängtera att några personliga förhållanden relaterade till den uppsagde inte fanns med i bilden.²⁴¹ För de syften som här står i förgrunden saknas anledning att närmare ingå på förhållandena i målet. Arbetsdomstolen fann att kommunen inte haft saklig grund²⁴² och de principiella resonemang varpå detta ställningstagande byggde rörde de krav som kan ställas på att en arbetsgivare redovisar grunderna till varför han menar sig behöva säga upp arbetstagare. AD framhöll:

”Uppkommer tvist i frågan 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 arbetstagsarsidan 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 i angivet hänseende som föranlett att uppsägningen enligt arbetsgivarens uppfattning inte kunnat undvikas ävensom det underlag som legat till grund för dessa bedömningar. Av omständigheterna får bero hur omfattande en sådan redovisning bör göras. 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 givetvis följden att uppsägningen redan av det skälet måste underkännas.”²⁴³

²⁴¹ Den uppsägningsgrund man här påstod vara den verkliga synes således vara ett icke-personligt förhållande som inte är relaterat till verksamheten.

²⁴² Domen var enhällig med Hans Stark som ordförande.

²⁴³ Uttalandena gjordes i direkt anslutning till en redogörelse för de speciella förhållandena som råder på skolområdet: ”Skolväsendets organisation är i jämförelse med annan offentlig förvaltning tämligen instabil. Växlande elevunderlag och behovet av anpassning till elevernas val av ämnen och utbildningsinriktning är exempel på faktorer som medför att lärarpersonalen fortlöpande måste kunna utökas eller inskränkas eller om-disponeras. För att på skolans område tillgodose de anställdas berättigade anspråk på trygghet i anställningen måste särskilda krav ställas på arbetsgivaren av innebörd att verksamheten planeras och arbetstimmarna fördelas på sådant sätt att alla föreliggande möjligheter tas till vara för att undvika att arbetstagare måste sägas upp.”

Även i det ovan refererade AD 1976:49 framhålls skolverksamhetens särdrag. Det förefaller märkligt om man menar att kraven på en arbetsgivare skall vara högre i en verksamhet som är instabil och där de anställda är vana vid lösa eller osäkra anställningar. Rimligen borde det vara så att kraven var än högre på annat håll. Under alla förhållanden menar jag att domstolens uttalanden är så principiellt avfattade att de rimligen måste tillmätas betydelse även utanför just skolområdet. Min uppfattning är också att man

Som det här uttrycks handlar de principiella uttalandena om att arbetsgivaren skall göra allt för att undvika uppsägningar. Det rör sig dock inte om den s k omplaceringsskyldigheten.²⁴⁴

De krav domstolen här ställer förefaller vara mycket höga. Om det ifrågasätts, skall arbetsgivaren således redovisa varför han menar att uppsägningen inte kunnat undvikas. Dessa ställningstaganden står väl i överensstämmelse med motivuttalandena om att arbetsgivare skall överväga alla till buds stående möjligheter att försöka genomföra driftsändringar utan att anställda behöver sägas upp.²⁴⁵ Domen ger i den meningen ett klart stöd för att domstolen anser sig behörig att ingå i en reell prövning av möjligheterna att genom olika åtgärder undvika uppsägningar.²⁴⁶

Det rör sig heller inte endast om allmänt uttalade principer. Domstolen tillämpar dem faktiskt också i målet och kommer fram till att uppsägningen inte är sakligt grundad. I den meningen har detta mål större betydelse än AD 1976:49 där domstolen i allmänna termer uttryckte höga krav på arbetsgivaren men sen tillämpade dem så att saklig grund ändå förelåg.

Notabelt är också att domstolen i AD 1976:111 uttryckligen skiljer på frågan om arbetsgivarens bevisbörda för det han påstår och den senare bedömningen av om det föreligger saklig grund.²⁴⁷ Domstolen utgår således inte från att eftersom det uppgivna skälet är icke-personliga förhållanden, det endast skulle vara för arbetsgivaren att faktiskt redovisa sina bedömningar. Förklaringen skulle helt enkelt kunna vara att det rör sig om ett fall av *icke-personliga förhållanden som inte är relaterat till verksamheten*.

lyfter fram fel sak om det är skolverksamheten som är det gemensamma draget i de domar där man ställer höga krav på arbetsgivare i de avseenden som här är aktuella. Det speciella i dessa mål kan lika väl vara att verksamheterna är utsatta för yttre svängningar. Ser man detta som det speciella framstår knappast skolans område som det enda vari sådana förhållanden föreligger. I privat näringsverksamhet är dock förklaringarna och bakgrunden inte lika enkla att ta till sig och situationerna uppstår heller inte med samma regelbundenhet.

²⁴⁴ Jfr kommentar ovan till AD 1976:49.

²⁴⁵ Prop 1973:129 s 123. Citerat ovan avsnitt 3.3.5.2.

²⁴⁶ Det som utgör målets ratio innebär samtidigt att Stark åter - jfr AD 1976:49 - har funnit en väg ut ur det schabloniserade synsättets dilemma. Genom att lägga tonvikten på skyldigheten för arbetsgivare att redovisa sina bedömningar är det alltså möjligt att framställa det schabloniserade synsättet som utgångspunkt.

²⁴⁷ Direkt efter det ovan citerade talar också domstolen uttryckligen om att det i det aktuella fallet ankom på arbetsgivaren att göra en avvägning mellan intresset av att genomföra åtgärderna och den uppsagdes intresse av anställningstrygghet.

Inte heller i detta mål förekommer termen ”arbetsbrist” i domskälen.

AD 1976:128

I AD 1976:128 gjordes från arbetstagarhåll gällande att flera åtgärder från arbetsgivarens sida, bl a uppsägningar av tre anställda, vidtagits i föreningsrättskränkande syfte. Beträffande uppsägningarna hävdades, utan att andra grunder härför åberopades, att de också stod i strid med kravet på saklig grund i 7 § LAS. Från arbetsgivarens sida framhölls att uppsägningarna skett p g a arbetsbrist, närmare bestämt brist på arbetsuppgifter till följd av att man förlorat en stor kund. Domstolen framhöll inledningsvis att tvisten

”hänför sig i denna del till frågan i vilket syfte uppsägningarna har företagits. Vid bedömningen av denna senare fråga skall enligt fast praxis en uppdelning av bevisskyldigheten göras. Det är därvid i första hand förbundets sak att visa sannolika skäl för att uppsägningarna innebar en kränkning av föreningsrätten. Om sådana skäl har framlagts, har arbetsgivarparten att styrka att för uppsägningarna har förelegat skälig orsak oberoende av föreningsrättsfrågan.”²⁴⁸

Mot bakgrund av det nära tidssambandet mellan facklig aktivitet och uppsägningarna och under beaktande av att arbetsgivaren också vid flera tillfällen uttryckt allmänt missnöje med facklig verksamhet fann domstolen, i första stadiet av bevisprövningen, att arbetstagersidan lyckats göra sannolikt att uppsägningarna skett i föreningsrättskränkande syfte.²⁴⁹ Vad härefter gäller arbetsgivarens motbevisning fann domstolen i och för sig inte anledning att ifrågasätta de av arbetsgivaren uppgivna faktiska förhållandena, men ansåg sig

”emellertid inte blivit övertygad om att det redan vid månadsskiftet februari-mars²⁵⁰ stått klart för (arbetsgivaren) att det fordrades en så drastisk åtgärd som att skära ned den i bolagets fabrikslokaler sysselsatta arbetsstyrkan med hälften.”

Domstolen slog därefter fast att den inte ansåg sig kunna ”utgå från att (arbetsgivaren) skulle ha sagt upp (arbetstagararna) *vid ifrågavarande tillfälle*”²⁵¹ även om dessa tre anställda inte hade beslutat kvarstanna i

²⁴⁸ Det är att notera att domstolen anser de bevisregler som tillämpats i föreningsrättsmål också har relevans efter LAS ikraftträdande.

²⁴⁹ Såsom det framställs tar domstolen här enbart hänsyn till de av arbetstagersidan åberopade förhållandena och väger således inte in arbetsgivarens motbevisning.

²⁵⁰ Dvs vid den tidpunkt uppsägningarna ägde rum.

²⁵¹ Min kursivering.

den fackliga organisationen” och biföll talan i denna del med hänvisning till att arbetsgivaren ”inte förmått fullgöra den honom åvilande beviskyldigheten.”^{252 253}

Genom att framhålla betydelsen av när i tiden uppsägning sker, klargör domstolen här en princip, som blir än tydligare i ljuset av två strax dessförinnan avgjorda föreningsrättsmål.²⁵⁴ Det räcker inte med att arbetsgivaren kunnat visa att det föreligger grund för uppsägning av andra skäl, han måste därtill visa att han skulle ha sagt upp de anställda vid den aktuella tidpunkten på just dessa skäl, oberoende, som i detta fall, av föreningsrättsfrågan. Samtliga dessa föreningsrättsmål kan tyckas ge ett bestämt intryck av att domstolen också ger kravet på saklig grund ett substantiellt innehåll även i så kallade arbetsbristfall. Samtidigt bör då framhållas att domstolens restriktiva hållning står i full överensstämmelse med vad som ovan redovisats om hur AD tillämpade principen om objektivt godtagbara skäl i bl a föreningsrättsmål före anställningsskyddslagens tid.²⁵⁵

Domstolen fäster avgörande vikt vid vad som varit den faktiskt utlösande grunden. Att det vid sidan härav hade förelegat saklig grund för uppsägning av andra skäl om dessa också utgjort de verkliga skälen tycks enligt domstolen härvidlag sakna betydelse, vilket är i konsekvens med AD 1976:26. Detta synes också göra diskussioner kring ”huruvida arbetsbrist egentligen förelegat” ointressanta. Att frågan om det faktiskt förelegat ekonomiska problem kan vara av betydelse vid bedömningen av vad som utgjort den verkliga uppsägningsgrunden är en sak,²⁵⁶ men finner man att något annat skäl varit det verkliga, saknar det betydelse att det normalt hade varit saklig grund att säga upp med hänvisning till de ekonomiska eller motsvarande förhållandena.

Arbetsbristtermen synes egentligen alls inte komma till användning i domstolens domskäl i dessa föreningsrättsmål. Istället håller sig domstolen till de av arbetsgivaren konkret uppgivna skälen utan att ta vägen över något arbetsbristbegrepp.

²⁵² Domen var enhällig med Johan Lind som ordförande.

²⁵³ Därefter slår domstolen fast att ”uppsägningarna av de tre anställda måste därför anses ha stått i strid mot arbetstagarnas föreningsrätt” och konstaterar sedan att ”som förbundet framhållit innebär uppsägningarna dessutom ett brott mot bestämmelserna i 7 § lagen om anställningsskydd om saklig grund för uppsägning”.

²⁵⁴ AD 1976:42 och 1976:114.

²⁵⁵ Se ovan avsnitt 2.5.5.

²⁵⁶ Jfr Malmberg Anställningsavtalet 1997 s 349.

3.4.3 Arbetsbristbegreppet styr argumentationen

Under senare delen av sjuttioalet kan man - om man tecknar linjerna grovt - skönja ett nytt stadium i utvecklingen. Arbetsbristbegreppet börjar nu påverka både parternas och arbetsdomstolens argumentation kring frågan om saklig grund och föreställningarna om begreppets relevans styr problemformuleringen. Mot slutet av den aktuella perioden blir det också tydligt att 'arbetsbrist' används som ett sorts rekvisit i 7 §. Det finns ett klart samband mellan behandlingen av 'arbetsbrist' som ett rekvisit och ett schabloniserat synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund och vi kan också under detta skede se tendenser till att konstaterandet av att en uppsägningsgrund är hänförlig till verksamheten samtidigt innefattar ett avgörande av saklig grundfrågan. Dessa förhållanden hindrar inte att domstolen samtidigt upprätthåller substantiella krav på saklig grund, även i sådana mål där arbetsbristbegreppet präglar argumentationen.

Vi återfinner också ett mål som vid ett närstudium visar sig t o m bana vägen för en negativ definition av arbetsbristbegreppet, AD 1977:127. Utan några närmare utläggningar synes domstolen i detta mål slå fast att en uppsägning föranledd av att arbetsgivaren vill ersätta redan anställda med familjemedlemmar och en utökning av sin egen arbetsinsats är sakligt grundad och dessutom beror på "arbetsbrist", trots att någon neddragning av verksamhetens omfattning inte var aktuell.²⁵⁷

Arbetsbristbegreppet börjar påverka argumentationen

1977:64 Civilingenjören Öhrner

I AD 1977:64 hade en arbetstagarare sagts upp med hänvisning till arbetsbrist. Arbetstagersidan gjorde i målet gällande att någon "verklig arbetsbrist" inte förelåg. Till stöd härför anfördes bl a att Öhrners sex

²⁵⁷ I målet gjordes från arbetstagersidan gällande att uppsägningarna skett i föreningsrättskränkande syfte och, utan att några andra grunder åberopades, i strid med 7 § LAS. Sedan domstolen bedömt bevisningen så att det vid sidan av de legitima motiven inte av arbetstagersidan gjorts sannolikt att det funnits något föreningsrättskränkande syfte, avslutade domstolen domskälen med att konstatera att "(o)mständigheterna måste vidare bedömas vara sådana, att det inte har förelegat hinder mot uppsägningarna i anställningsskyddslagens regler", och avlog käromålet. Större uppmärksamhet än så ges inte frågan om saklig grund i de i övrigt mycket omfattande domskälen. Härigenom synes domstolen utan närmare analys ta det för givet att det är saklig grund för uppsägning att en ägare/arbetsgivare säger upp sina anställda i syfte att bereda plats för sig själv och sina familjemedlemmar. Arbetsbristtermens användning är också intressant. Är det inte tillräckligt att konstatera att uppsägningarna föranletts av att ägaren fortsättningsvis ämnar bedriva verksamheten själv med hjälp av sin familj. Behöver det dessutom kallas något annat, som dessutom definitivt inte utgör arbetsbrist i vardaglig mening?

månader långa uppsägningstid förlängts med ytterligare sex månader och att arbetsbördan varit så stor att han t o m haft svårt att ta ut semester. Arbetstagersidan antog istället att

”(e)ftersom någon verklig arbetsbrist enligt förbundets mening inte förelåg och några personliga motsättningar eller anmärkningar mot Öhrner inte åberopats kan det antagas att uppsägningen av Öhrner var en besparingsåtgärd från företagets sida. Öhrner var på grund av sin ålder dyr arbetskraft för företaget. Företaget befann sig vid tiden för uppsägningen i en ekonomiska kris och det var nödvändigt att nedbringa kostnaderna. Detta utgör dock enligt förbundet inte saklig grund för uppsägning”.²⁵⁸

Bolaget redogjorde för sin ekonomiska situation och hänvisade bl a till att den avdelning där personen var anställd lagts ned och att funktionen numera fullgjordes av ett amerikanskt bolag.

Domstolen gjorde inledningsvis följande allmänna uttalanden:

”Lagen om anställningsskydd innebär att arbetsbrist i och för sig godtas som saklig grund för uppsägning. Av förarbetena framgår att det ytterst är arbetsgivarens bedömning av behovet av att genomföra en driftsinskränkning och dennas återverkningar på arbetsstyrkan som är avgörande för huruvida arbetsbrist skall anses föreligga (se prop 1973:129 s 123). Ett av arbetsgivaren framfört påstående om att arbetsbrist utgjort grunden för uppsägning skall dock enligt motiven inte godtas, om arbetsgivaren i själva verket har haft andra skäl för uppsägningen. I sådant fall skall tillåtligheten av uppsägningen prövas med hänsyn till den verkliga grunden för den.”²⁵⁹

Härefter gör domstolen följande avstamp inför redovisningen av hur den bedömt omständigheterna i det aktuella målet:

”Vid prövningen av detta mål har man anledning att först ställa sig frågan huruvida arbetsbrist över huvud taget förelåg när uppsägningen ägde rum.”

Härvid konstaterade domstolen att det av utredningen i målet framgick att bolagets ekonomiska situation starkt försämrats, att det genom ackord lyckats undvika konkurs och att bolaget p g a krav från kreditgi-

²⁵⁸ Arbetstagersidan gjorde vidare gällande att arbetsgivaren haft möjlighet att bereda arbetstagaren annat arbete vid en annan företagets enhet (på annan ort). Jag behandlar dock inte denna fråga här. Även en annan intressant fråga var uppe till bedömning i detta mål. Arbetsgivaren hade nämligen gjort gällande att 34 § LAS om att anställningen består så länge tvist om uppsägningens saklighet föreligger inte var tillämplig då uppsägningsskälens grund var arbetsbrist. Detta underkändes av domstolen. Jfr ovan avsnitt 3.3.3.

²⁵⁹ Med hänvisning till den s k omplaceringsregeln konstaterar domstolen därefter att ”(ä)ven när arbetsbrist föreligger kan situationen vara den att arbetsgivaren inte får säga upp berörda anställda”, varefter den i allmänna termer beskriver omplaceringsregeln.

vare drastiskt skurit ned på personalsidan under de senaste åren.²⁶⁰ Vad beträffar den patentavdelning där den uppsagde arbetade, lades denna ned i samband med uppsägningen. Domstolen fann att detta ”åtminstone delvis” var en följd av kreditgivarnas krav på rationaliseringar men också att en patentingenjör vid avdelningen ungefär samtidigt gick i pension. Domstolen fann det också utrett att huvuddelen av den tidigare patentavdelningens uppgifter numera utfördes av en amerikansk patentbyrå. Konklusionen efter denna genomgång blev:

”De anförda omständigheterna utgör enligt arbetsdomstolens mening stöd för bolagets påstående att arbetsbrist förelåg när (arbetstagaren) sades upp”.

Efter att också ha prövat frågan huruvida omplaceringsskyldigheten fullgjorts kom domstolen sammanfattningsvis fram till

”att uppsägningen av (arbetstagaren) föranleddes av arbetsbrist. Situationen har inte varit sådan att det skäligen kunde krävas av bolaget att det skulle erbjuda (arbetstagaren) annan befattning hos bolaget. Uppsägningen ... har alltså varit sakligt grundad.”²⁶¹

I detta mål blir det enligt min uppfattning tydligt att domstolen börjar använda arbetsbristtermen på ett märkligt sätt.²⁶² När domstolen skall ta ställning till de av arbetsgivaren framförda omständigheterna anges att den skall pröva ”huruvida arbetsbrist faktiskt förelegat”. Formuleringen antyder att domstolen avser att undersöka något faktiskt förhållande, vilket också förstärks av den omständigheten att arbetstagarsidan förnekat att någon faktisk arbetsbrist skulle ha förelegat. När domstolen sedan konkluderar med att stöd finns för att ”arbetsbrist förelåg” blir det emellertid tydligt, mot bakgrund av de omständigheter som ingått i prövningen, att det inte rör sig om någon faktiskt föreliggande brist på arbete. Däremot ger det stöd för att det av ekonomiska skäl var nödvändigt att göra ytterligare nedskärningar i verksamheten. Att arbetsgivaren av olika skäl valde att i detta läge lägga ned patentavdelningen medförde i och för sig övertalighet, eller arbetsbrist om man så vill, beträffande dem som fanns kvar på denna avdelning. Man kan emellertid inte då säga att det var den arbetsbrist som blev effekten av beslutet om att lägga ned avdelningen som är den egentliga grunden. Grunden är istället att arbetsgivaren av ekonomiska skäl befann det vara nödvändigt att göra nedskärningar. Att beslutet fick formen av en nedläggning av patentavdelningen fick emellertid betydelse för vilka som primärt skulle

²⁶⁰ I praktiken rörde det sig om en halvering av antalet anställda.

²⁶¹ Domen var enhällig med Johan Lind som ordförande.

²⁶² Förvisso med visst stöd av motiven.

behöva drabbas av uppsägningsåtgärder. Det är i ljuset av detta det blir intressant att konstatera att domstolen över huvud inte förhåller sig till den av arbetstagersidan framförda synpunkten att det inte varit arbetsbrist i betydelsen brist på arbetsuppgifter utan bolagets önskan om att p g a ekonomiska skäl dra in den uppsagdes befattning som utgjort skälen till uppsägningen. Sättet att formulera domskälen ger emellertid starkt intryck av att domstolen menar att arbetstagersidan har fel eftersom den kom fram till att det fanns stöd för att uppsägningen företagits p g a att arbetsbrist förelegat. I själva verket bekräftar domstolens egen genomgång av de faktiska omständigheterna att arbetstagersidan hade rätt. Nu menar jag emellertid inte att detta skulle behöva ha någon avgörande betydelse för utgången i målet. Det intressanta är istället att domstolen inte beaktar denna skillnad, dvs inte skiljer mellan olika arbetsbristbegrepp. I tydlighetens namn bör det framhållas att när domstolen inledningsvis beskriver målets tvistefråga den formuleras enligt följande:

”Arbetsgivarparterna har gjort gällande att uppsägningen föranletts av arbetsbrist under det att förbundet hävdar att uppsägningen berodde på att bolaget av ekonomiska skäl önskade dra in Öhrners befattning”.

Vi kan vidare se att domstolen går direkt från konstaterandet att den funnit uppsägningen vara föranledd av arbetsbrist till ett konstaterande av att den är sakligt grundad. Det förekommer inget uttalat mellanliggande värderande moment.²⁶³

Här har vi således ett mål där arbetsgivaren åberopat arbetsbrist men där arbetstagersidan förnekar faktisk arbetsbrist samtidigt som det görs gällande att en annan verksamhetsrelaterad uppsägningsgrund varit den verkliga orsaken och att de dessutom menar att denna inte är sakligt grundad. Det var således upplagt för en utläggning om olika typer inom den heterogena kategori som betecknas arbetsbristuppsägningar. Arbetstagersidans talan var också en direkt inbjudan till en mer principiell utläggning kring frågan om kravet på saklig grund då uppsägningen är föranledd av verksamhetsrelaterade skäl. Vad domstolen i realiteten frågar sig är om det funnits något ovidkommande skäl.

Det sätt varpå arbetsbristtermen används är snarast det, varpå det används i det i domskälen återgivna motivuttalandet. Som jag tidigare på-

²⁶³ Det intressanta är att denna värdering istället i praktiken kommer till uttryck i det som framställs som ett fastställande av de faktiska omständigheterna. När domstolen ställer sig frågan huruvida arbetsbrist faktiskt förelegat är det sedan egentligen en annan fråga den besvarar. Denna fråga är ungefär, ”är det antagligt att uppsägningen föranletts av sådana verksamhetsrelaterade skäl som ligger inom ramen för arbetsgivarens bestämmanderätt och som också som regel är saklig grund för uppsägning?”

pekat används termen här snarast i betydelsen ”om det mot bakgrund av de aktuella förhållandena föreligger behov av att säga upp anställda”.²⁶⁴

.....men alltjämt substantiella krav på saklighet

AD 1977:80 Mattförsäljare Björklund på Myntgatan

I AD 1977:80 hade en arbetstagare sagts upp.²⁶⁵ I ett brev till den anställde, som sedermera befanns utgöra uppsägningshandling, hade arbetsgivaren uppgivit att skälet till uppsägningen var att arbetstagaren inte velat stå fast vid en tidigare träffad överenskommelse om bl a anställningsvillkor. Arbetstagaren väckte talan under åberopande av att uppsägningen inte var sakligt grundad. Arbetsgivaren invände att uppsägningen var föranledd av arbetsbrist och därför sakligt grundad.²⁶⁶ Arbetsdomstolen fann det klarlagt att företaget under flera år varit för-
lustbringande och att problemen tilltagit.

”Dessa omständigheter utgör i och för sig stöd för bolagets påstående att uppsägningen...föranleddes av arbetsbrist. I samma riktning talar också det förhållandet att butiken vid Myntgatan avvecklades...”

Domstolen konstaterade mot bakgrund av ovanstående

”att bolaget i och för sig varit berättigat att på grund av arbetsbrist säga upp (arbetstagaren) så att hennes anställning skulle upphöra samtidigt med att butiken ... lades ner..”

²⁶⁴ En alternativ tolkning av termens användning i denna kontext är helt enkelt att det används i betydelsen ”saklig grund”. Inte i den meningen att arbetsgivarens bestämmer att saklig grund föreligger men att domstolen vid sin bedömning av huruvida saklig grund föreligger i princip har att följa de bedömningar arbetsgivaren gjort av behovet att säga upp anställda. Denna tolkning förklarar också det ovan sagda om att det värderande momentet är integrerat i det som domstolen påstår utgör en bedömning av huruvida de uppgivna faktiska omständigheterna är korrekta. Om man således gör denna bedömning redan i detta inledande stadium finns det naturligtvis ingen anledning att göra det en gång till.

²⁶⁵ Målet bär (liksom AD 1977:28) pragmatismens prägel och saknar principiella utläggningar. Genom att finna en medelväg, där båda parter intressen beaktades, kunde domstolen avstå från att ta ställning till vad som utgjorde den verkliga uppsägningsgrunden. Av denna anledning skulle det kunna saknas skäl att tillmäta detta mål något värde från principiell synpunkt. Det sätt varpå domstolen löser frågan är emellertid i sig väsentligt utifrån den allmänna frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund.

²⁶⁶ Tingsrätten tog i allt väsentligt fasta på vad arbetsgivaren givit uttryck för i omför-
mällda brev och ansåg det vara detta och inte arbetsbrist som varit det verkliga skälet till uppsägningen. Sedan rätten funnit dessa förhållanden inte utgöra saklig grund, varvid det framhölls att bolaget heller inte gjort gällande att så skulle ha varit fallet, bifölls talan i denna del.

Nedläggningen skedde dock först några månader efter det att anställningen till följd av uppsägningen upphörde. AD fann att bolaget

”inte haft något objektivt godtagbart skäl att låta (arbetstagarens) anställning upphöra innan butiken... lades ner.”,

och fann att uppsägningen inte varit sakligt grundad.²⁶⁷

De ekonomiska förhållandena var således otvistigt sådana att det fanns skäl att vidta drastiska åtgärder. Med hänsyn till att den uppsagda var den ende anställde i den aktuella butiken, förefaller domstolen mena att den rimliga åtgärden var att besluta om nedläggning av butiken och att säga upp den anställde så att anställningen upphörde i anslutning därtill.²⁶⁸ Arbetsdomstolen gör således en tydlig koppling mellan företagsledningsbeslutet och uppsägningsåtgärden. Uppsägningsbeslutet i arbetsbristfall måste relateras till ett företagsledningsbeslut och verkställas som ett led i genomförandet av detta. Det är inte tillräckligt att arbetsgivaren kan visa att det i och för sig förelegat omständigheter som nödvändiggjort besparingsåtgärder.²⁶⁹ Ratiot i målet blir, med denna tolkning, att arbetsgivaren måste kunna visa ett godtagbart skäl om han inte samordnar företagsledningsbeslutet och uppsägningsåtgärderna.²⁷⁰

Arbetsbristtermen används på ett något udda sätt i domskälen. När domstolen säger att de av arbetsgivaren åberopade ekonomiska förhållandena utgör stöd för att uppsägningen föranleddes av arbetsbrist finns det anledning att fråga sig om denna arbetsbrist är något annat än de ekonomiska förhållandena.²⁷¹ Enligt min mening finns det ingen anled-

²⁶⁷ AD:s dom var enhällig med Johan Lind som ordförande.

²⁶⁸ Det framgår ej av domen vem som drev butiken fram till 1 oktober och vissa förhållanden av vikt är således oklara.

²⁶⁹ På samma sätt måste de domar tolkas, vari AD i sak prövar frågan om relevant tidpunkt. Bara det faktum att domstolen går in och prövar denna fråga måste innebära att domstolen själv är av den uppfattningen att det inte är arbetsgivaren själv som bestämmer om och när arbetsbrist skall anses föreligga. Skulle nämligen så vara fallet är principen om relevant tidpunkt av naturliga skäl meningslös. Se nedan, bl a avsnitt 3.4.8 vid behandlingen av AD 1984:19.

²⁷⁰ Det jag menar vara det pragmatiska i denna dom är att domstolen vid skadeståndsbedömningen tog hänsyn till att arbetsgivaren skulle ha haft rätt att säga upp så att anställningen upphörde i anslutning till att butiken lades ned. Det förhållandet att det synes vara uppenbart redan av de i uppsägningshandlingen uppgivna skälen att uppsägningen föranleddes av andra skäl är i och för sig intet som förtar möjligheterna att ur detta mål utläsa den princip som här diskuterats. Vad de icke godtagbara skälen bestod i saknar ju intresse för principfrågan. Domstolen fann trots allt att uppsägningen inte var sakligt grundad utifrån de av arbetsgivaren i målet uppgivna skälen.

²⁷¹ Det domstolen i realiteten säger är istället att de av arbetsgivaren uppgivna och styrkta ekonomiska förhållandena ger stöd för att dessa också varit de verkliga skälen till uppsägningen.

ning att gå denna väg över något arbetsbristbegrepp. Det förmedlar en felaktig bild kring vad som är den verkliga frågeställningen. Även om domstolen menar att ”arbetsbrist” här innefattar en samlingsbeteckning för verksamhetsrelaterade förhållanden vidhåller jag att det saknas anledning att i andra termer uttrycka samma sak, för såvitt man inte menar att det rör sig om ett normativt ställningstagande, där det har betydelse hur ett handlande i termer av rekvisit skall klassificeras. Någon sådan status har emellertid inte något arbetsbristbegrepp vid tillämpningen av 7 § LAS. Att termen ”arbetsbrist” ofta av arbetsgivare används som *någon sorts förkortning* av de verksamhetsrelaterade skäl som i det enskilda fallet ligger bakom en uppsägning är inget skäl för domstolen att knyta an till denna när den ändå förhållit sig till det för vilket ”arbetsbrist” utgjort en förkortning.

När domstolen sedan slår fast att bolaget ”i och för sig varit berättigat att *på grund av arbetsbrist* säga upp (arbetstagaren) så att hennes anställning skulle upphöra samtidigt med att butiken vid Myntgatan lades ned” blir det också tydligt att det här kursiverade lika väl kan strykas då det inte tillför något i sak. Grunden för uppsägningen är ju under sådana förhållanden att arbetsgivaren p g a ekonomiska skäl beslutat lägga ned verksamheten. Skulle man exempelvis i motsvarande situation säga att arbetsgivaren p g a personliga förhållanden kunnat säga upp p g a ordervägran? Någon principiell skillnad är det inte, men i det sistnämnda exemplet blir tautologin tydlig.

Lunning, tredje upplagan 1977

I tredje upplagan av Lunnings Anställningsskydd från september 1977 finns en del redaktionella förändringar föranledda av MBL:s ikraftträdande. Härtill kommer att avsnittet ”grund för uppsägning” i denna upplaga, före återgivandet av 7 §, inleds med att Lunning konstaterar att

”(n)ågon närmare precisering finns inte i själva lagtexten av vad som utgör saklig grund. Förhållandena inom arbetslivet är så varierande att detta inte har ansetts möjligt. I förarbetena och i arbetsdomstolens praxis behandlas emellertid en rad olika situationer. Man gör där skillnad mellan två typfall, å ena sidan de fall där uppsägningen beror på arbetsbrist och å andra sidan de fall då det är arbetstagarens agerande eller andra förhållanden som hänför sig till honom personligen som har föranlett uppsägningen”.²⁷²

Detta synes vara första gången Lunning gör en tudelning direkt i anslutning till behandling av saklig grundregeln. Det är då för det första av särskilt intresse att den görs först i tredje upplagan men också att det tas upp i ett sammanhang och

²⁷² Lunning 1977 s 83.

formuleras på ett sådant sätt att det knappast ger uttryck för ett normativt ställningstagande till tudelningens relevans i saklig grund-sammanhang.

Inställningen skärps men man släpper inte saklighetsprövningen

AD 1977:215 Tjänstemännen på Brottbymekaniska

I AD 1977:215 hade fyra tjänstemän²⁷³ sagts upp under åberopande av arbetsbrist.²⁷⁴ Uppsägningarna sammanhängde med att arbetsgivaren inte lyckats få igenom sina krav på lönesänkningar och varsel om uppsägningar lämnades i omedelbar anslutning till en förhandling härom. Arbetstagens sida gjorde i målet gällande att uppsägningarna skulle ogiltigförklaras med hänvisning till att arbetsbrist inte förlegat.²⁷⁵ För två av de uppsagda gjordes dessutom gällande att uppsägningarna skett i föreningsrättskränkande syfte. Med hänvisning till att turordning efter anställningstid inte iakttagits yrkades i andra hand skadestånd för brott mot turordningsreglerna.

Arbetsdomstolen fann inledningsvis anledning att göra en längre principiell utläggning om de sanktioner LAS tillhandahåller och om förhållandet mellan uppsägningar p g a personliga förhållanden och sådana förhållanden rörande arbetstagens person som det är tillåtet att beakta vid tillämpningen av turordningsreglerna:

”Frågan vilka sanktioner som enligt anställningsskyddslagen kan följa på en uppsägning som inte är sakligt grundad är beroende på vilka regler som blivit åsidosatta genom uppsägningen.

En uppsägning som inte är sakligt grundad kan sålunda enligt 34 § första stycket första punkten anställningsskyddslagen förklaras ogiltig. Som framgår av andra punkten i samma lagrum gäller detta emellertid inte, om uppsägningen angrips enbart på den grund att den strider mot bestämmelse om turordning. En i en arbetsbristsituation vidtagen uppsägning som strider enbart mot turordningsbestämmelse kan alltså inte ogiltigförklaras. Den enda sanktionen med anledning av en sådan uppsägning är skadestånd.

Problemet kan uppkomma beträffande uppsägning i en arbetsbristsituation att dra gränsen mellan uppsägning som bara utgör turordningsbrott och kan medfö-

²⁷³ Vilket utgjorde hälften inom denna kategori anställda vid företaget.

²⁷⁴ De aktuella uppsägningarna hade föregåtts av tidigare uppsägningar av några av de nu berörda, vilka emellertid efter ingripande från arbetstagens organisation sedermera återtagits. Vidare hade före uppsägningarna arbetsgivaren försökt få de anställda att gå med på lönesänkningar, men då dessa inte accepterat detta hade arbetsgivaren ensidigt sänkt lönerna. Förhållanden hade dock rättats till sedan arbetsgivaren från sin organisation fått klart för sig att en arbetsgivare inte fick agera på sådant sätt.

²⁷⁵ De menade att det fanns arbetsuppgifter, varför någon verklig brist på arbete inte förelåg.

ra endast skadestånd samt uppsägning på grund av personliga skäl som kan föranleda ogiltighetsförklaring.

Arbetsgivaren kan tänkas frångå turordningen med hänsyn till sådana personliga moment som normalt brukar diskuteras i turordningssammanhang, t ex kvalifikationer för arbetsuppgifter som kan bli aktuella efter omplacering. Gör arbetsgivaren en missbedömning i en sådan situation, framstår överträdelsen av anställningsskyddslagen som ett turordningsbrott. Endast skadestånd kan då bli följden av uppsägningen.

Arbetsgivaren kan också tänkas frångå turordningen och säga upp viss arbetstagare på grund av dennes föreningstillhörighet. I sådant fall föreligger en föreningsrättskränkning. Uppsägningen är inte sakligt grundad och kan ogiltigförklaras. På samma sätt bör ogiltigförklaring kunna ske, om avsteget från turordningen sker på grund av andra personliga skäl än sådana som normalt beaktas i turordningssammanhang. Ett annat betraktelsesätt än det nu anförda 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. Inskränkningen till endast skadeståndspåföljd skall alltså endast inträda när turordningsbrottet föranletts av att arbetsgivaren misstagit sig i fråga om turordningsreglernas innebörd eller i fråga om anställningstid eller kvalifikationer eller andra omständigheter som skall beaktas vid tillämpning av turordningsreglerna. Enbart den omständigheten att arbetsbrist finnes ha förelegat utesluter alltså inte att ogiltigförklaring av uppsägning sker.

Det sist anförda äger tillämpning även i det fallet att uppsägning i en arbetsbristsituation inte strider mot turordningsbestämmelse. Om nämligen arbetsgivaren åberopar en i och för sig obestridlig arbetsbristsituation som förevändning för att skilja en arbetstagare från hans anställning av personliga skäl som inte utgör saklig grund för uppsägning, skall ogiltighetsförklaring av uppsägningen kunna ske.²⁷⁶

Vid första läsningen gör citatet intryck av att domstolen är angelägen om att skapa principer för skillnaden mellan (bl a) medvetna och omedvetna turordningsbrott i syfte att inte försätta den som blir avsiktligt förbigången i ett sämre läge än den som utan samband med någon arbetsbristsituation sägs upp p g a något till dennes person relaterat förhållande som inte utgör saklig grund. Det sätt varpå domstolen här resonerar medför emellertid att det finns anledning att ställa sig frågan om det har någon betydelse att domstolen i situationer som de förevarande fastställer att arbetsbrist i någon mening förelegat eller inte. De rättsliga konsekvenserna är ju identiska oavsett om någon arbetsbristsituation förelegat eller inte såvitt angår frågan om saklig grund för upp-

²⁷⁶ Här anger domstolen med hänvisning till ("jfr") AD 1976:26 att det "är tydligt att särskilda svårigheter från bevissynpunkt kan uppkomma i fall av detta slag".

sägning. Frågan om en uppsägnings saklighet är från rättslig synpunkt alltid relaterad till förhållandet mellan den enskilde arbetstagaren och dennes arbetsgivare. En p g a ekonomiska skäl företagen driftsinskränkning med åtföljande uppsägningar av tio anställda är således inte en utan tio uppsägningar. *Varje enskild uppsägning skall följaktligen vara sakligt grundad och det är också skälet till den enskilda uppsägningen som är relevant vid bedömningen av om saklig grund föreligger.*²⁷⁷ Det avgörande är heller inte att arbetsgivaren i och för sig haft rätt att säga upp en anställd p g a exempelvis ekonomiska skäl.²⁷⁸ Det är det i förhållande till den enskilde faktiska skälet till uppsägningen som skall vara avgörande. Detta bekräftar domstolen i detta mål just genom att framhålla att det inte behöver vara ett turordningsbrott för att det skall vara möjligt att ogiltigförklara en uppsägning av en enskild arbetstagare i en ”arbetsbristsituation” om det verkliga skälet till att just denne uppsades var andra, icke-sakliga, förhållanden.

Efter ovanstående principiella utläggning kring utrymmet för ogiltigförklaring konstaterade domstolen att parterna har ”olika uppfattningar redan i frågan huruvida arbetsbrist över huvud taget kan anses ha förelagat vid den tid då uppsägningarna företogs” och redogjorde i anslutning härtill först för vad den menar vara den normativa utgångspunkten.²⁷⁹

”Vid prövningen av om en som grund för uppsägning godtagbar arbetsbrist föreligger skall domstolen som framgår av anställningsskyddslagens förarbeten i allmänhet inte gå in på en bedömning av de motiv som föranleder en driftsinskränkning. Beslutar en arbetsgivare att inskränka sin verksamhet, skall normalt sett någon granskning av det från företagsekonomisk synpunkt berättigade häri inte ske. Inskränkningen behöver inte vara påtvungen, t ex på det sättet att orderingången minskar. I allmänhet är det tillräckligt att arbetsgivaren beslutar inskränka verksamheten för att arbetsbrist skall anses föreligga och utgöra saklig grund för uppsägning.”

I dessa principiellt färgade uttalanden går domstolen längre än vad som uttryckligen går att utläsa ur motiven. Påståendet om att inskränkningen inte behöver vara påtvungen synes först ha anförts av Schmidt,²⁸⁰ men här anger dessutom domstolen ett exempel på yttre förhållanden; minskad orderingång. Domstolen framhåller också att det normalt är till-

²⁷⁷ Att sakligheten i och för sig i många s k arbetsbristsituationer, där heller ingen ifrågasatt turordningsreglernas tillämpning, kan bedömas ”i klump” jävar inte detta förhållande.

²⁷⁸ Se bl a AD 1976:128.

²⁷⁹ Vilket i praktiken innebär att man anser problemställningen vara skenbar.

²⁸⁰ Se 3.4.1 ovan under behandlingen av Arbetsrätt II 1974.

räckligt att arbetsgivaren beslutar om inskränkning av verksamheten för att saklig grund skall anses föreligga. Det är viktigt att domstolen här talar om att det är företagsledningsbeslutet i form av driftsinskränkning som gör att de därpå följande uppsägningarna i regel är sakliga. Trots detta tycks domstolen känna ett behov av att använda något arbetsbristbegrepp. Jag vill med anledning härav framhålla att sentensen ”för att arbetsbrist skall anses föreligga” är helt onödig i sammanhanget.²⁸¹ Vad som i realiteten avses blir t o m betydligt klarare om denna helt enkelt stryks. Det finns ingen anledning, men det är däremot ägnat att föranleda missförstånd och begreppsförvirring, att i verksamhetsrelaterade uppsägningsfall gå omvägen kring något arbetsbristbegrepp.²⁸²

Att arbetsgivare många gånger just tycks åberopa blott ”arbetsbrist” är i och för sig förstäligt mot bakgrund av att även domstolen fäster vikt vid att det i någon mening skall vara möjligt att beteckna uppsägningsgrunden med denna term. Det är också tydligt att parterna ofta menar helt olika saker när den ene gör gällande att arbetsbrist föranlett uppsägningen och motparten invänder att arbetsbrist inte förelegat. Detta mål är ett exempel på en sådan situation. När arbetsgivaren framhåller arbetsbrist är det ekonomiska skäl han avser. Arbetstagsidan talar däremot om att det inte föreligger arbetsbrist i meningen brist på arbete.²⁸³ Den arbetsbrist domstolen talar om i den nyss berörda sentensen är brist på arbete med anledning av ett beslut om driftsinskränkning. Det sistnämnda beslutet kan i sin tur vara föranlett av ett flertal olika orsaker; arbetsgivarens ålder,²⁸⁴ verklig brist på arbete till följd av minskad orderingång, för dålig lönsamhet eller andra ekonomiska skäl. Det är viktigt att man gör denna uppdelning. Att som vanligtvis sker tala om att det är den arbetsbrist som är följden av ett beslut om driftsinskränkning som gör uppsägningen sakligt grundad är i sig ägnat att skapa begreppsförvirring.²⁸⁵ Det är emellertid viktigt att skilja på beslutet om driftsinskränkning och verkställighetsbeslutet om uppsägningar.

²⁸¹ Jfr vad som sagts ovan under behandlingen av AD 1977:80.

²⁸² Mot sistnämnda angrepp på domstolen skulle kunna invändas att uttalandet gjordes i anslutning till konstaterandet av att parterna var oeniga kring huruvida arbetsbrist förelåg. Man måste emellertid skilja på den rättsliga frågan om vad som kan anses utgöra skäl för uppsägning och frågan om de faktiska förhållanden arbetsgivaren åberopat till stöd för uppsägningen. Domstolen kan ju inte gärna mena att arbetsgivarens åberopade uppsägningsgrund i sig är en rättslig klassifikation. (Jfr föregående mål.)

²⁸³ Som ytterligare kommer att utvecklas nedan är detta helt olika uppsägningsgrunder, vilka i och för sig båda, även enligt min uppfattning, i regel, men under beaktande av förhållandena i det enskilda fallet, bör anses sakliga vid tillämpningen av 7 § LAS.

²⁸⁴ Jfr AD 1976:28.

²⁸⁵ Jfr nedan avsnitt 4.5.

Finns det inget objektiverbart företagsledningsbeslut om driftsinkränkning, omorganisation etc, kommer annars uppsägningarna som sådana att framstå som det beslut vars saklighet skall prövas. Det blir då i realiteten det faktum att arbetsgivaren säger upp anställda som är det som tas till intäkt för att saklig grund föreligger.

I citatet ovan går domstolen direkt från företagsledningsbeslut till saklig grund.²⁸⁶ I motiven finns det ett mellanled där vikten av att arbetsgivaren gör vad som står i hans makt för att försöka undvika uppsägningar framhålls.²⁸⁷

Trots den normativa utläggningen kring arbetsbristbegreppet använder sig domstolen av ett annat arbetsbristbegrepp när den sedan tar ställning till parternas motstående uppfattningar i frågan huruvida arbetsbrist verkligen förelegat. Mot bakgrund av att arbetsgivaren något halvår före uppsägningarna uttalat att han av ekonomiska skäl avsåg att halvera verksamheten och att dessutom uppsägningar skett på arbetarsidan kom domstolen fram till att det måste antagas

”att även arbetsuppgifterna för tjänstemännen minskat. Antalet tjänstemän hade dock inte gått ned. Arbetsgiversidans ståndpunkt i målet att arbetsbrist uppkommit på tjänstemannasidan måste därför godtas”.

Här används således arbetsbristermen närmast i betydelsen brist på arbete.²⁸⁸

Efter detta konstaterande, vilket då tydligen innebär att domstolen uppfattade det hela som en ”arbetsbristsituation” i enlighet med vad som ovan anförts, övergick man till att granska hur turordningsreglerna tillämpats. Trots att omfattande argumentation förekommit från parternas sida på denna punkt, ansåg sig domstolen, och jag delar helt dess uppfattning, inte behöva några vidlyftiga utläggningar för att fastställa att det rörde sig om turordningsbrott beträffande samtliga fyra uppsagda. Utan att här närmare gå in på de omständigheter domstolen anförde till stöd för att uppsägningarna *inte föranletts av arbetsbrist*²⁸⁹ kom den slutligen fram till att uppsägningarna beträffande samtliga fyra skett på grund av sådana personliga skäl som inte ansågs utgöra saklig grund. Någon föreningsrättskränkning ansågs däremot inte föreligga.²⁹⁰

²⁸⁶ Jfr bl a AD 1989:47 och 1990:67.

²⁸⁷ Se ovan avsnitt 3.3.5.2.

²⁸⁸ Dock kanske i och för sig på grund av ett nedskärningsbeslut vars verkställighet tidigare inletts beträffande arbetare, men inte för tjänstemän.

²⁸⁹ Av visst intresse i sammanhanget är att det i ett par av fallen till stöd härför hänvisades till förhållanden som inträffat efter uppsägningen.

²⁹⁰ Domen var enhällig med Hans Stark som ordförande.

Inledningsvis fastställde domstolen att arbetsbrist faktiskt förelegat vid tidpunkten för uppsägningarna. Man kan fråga sig om detta har någon självständig betydelse i ett mål av detta slag? Det förhöll sig inte så att arbetsgivaren skapat en arbetsbristsituation i syfte att bli av med vissa anställda. Istället hade han utnyttjat en faktiskt föreliggande arbetsbristsituation för att göra sig av med några anställda av personliga skäl. Man skulle sålunda kunna säga att uppsägningen av de aktuella arbetstagarna inte skulle ha skett om det inte varit aktuellt med uppsägningar p g a arbetsbrist.

Med hänvisning till de principer som uttalades i AD 1976:26 innebär det således att uppsägningarna inte hade kunnat angripas om de berörda skulle sagts upp med en korrekt tillämpning av turordningsreglerna. Betydelsen av att det fanns arbetsbrist i botten skulle då vara att frågeställningen primärt inriktar sig på om det är ett turordningsbrott och om förhållandena talar för att det är avsiktligt. Men här måste denna dom innebära en förändring – eller nyansering om man så vill – i förhållande till 1976 års fall.

Kritiken till trots förmedlar domen sammantaget ett intryck av att domstolen ger saklig grundbegreppet ett substantiellt innehåll. I sina allmänna uttalanden förstärker domstolen i och för sig motivens uttalanden om arbetsgivarens fria skön och detta mål brukar därför också användas till stöd för ett schabloniserat synsätt.

'Arbetsbrist' ett tydligt rekvisit

AD 1978:57 Kärnkraftsmålet

I AD 1978:57 hade 56 byggnadsarbetare under åberopande av arbetsbrist sagts upp av Vattenfall, som fungerade som entreprenör för kärnkraftsbyggena i Forsmark, med anledning av de p g a regeringsskiftet 1976 ändrade planerna för utbyggnaden av kärnkraften.²⁹¹ Arbetstagar- sidan gjorde bl a gällande att arbetsbrist inte förelåg eftersom det fanns byggnadsarbete att utföra och att vissa arbeten redan påbörjats. Man vitsordade dock att brist på medel förelåg men menade att Vattenfall kunnat agera annorlunda och, även om uppsägningar inte kunnat undvikas, att tidpunkten kunde flyttas fram. Vattenfall framhöll att det naturligtvis fanns byggnadsarbete att utföra eftersom byggena inte var färdigställda. Problemet var dock, menade Vattenfall, att eftersom några

²⁹¹ Målet har således ett visst nutidshistoriskt intresse och speglar bl a arbetsmarknads-effekterna av ställningstagandena i kärnkraftsfrågan vid sjuttioalets mitt.

medel inte ställts till deras förfogande, det helt enkelt saknades pengar till att betala löner med. Efter att dessutom ha gjort gällande att omplaceringssmöjligheter saknades sammanfattade arbetsgivaren sin ståndpunkt med att framhäva att "(d)et föreligger således en arbetsbristsituation, som utan tvekan utgör saklig grund för uppsägning".

Målet är av särskilt intresse eftersom parterna är ense om de relevanta faktiska omständigheterna, d v s att arbete i och för sig finns men att medel saknas till betalning av löner och att det är detta som också utgör uppsägningsgrunden.²⁹² Det är således i allt väsentligt fråga om huruvida en otvistigt verksamhetsrelaterad uppsägningsgrund är saklig vid tillämpningen av 7 § LAS. Några personliga förhållanden finns inte med i bilden.

Domstolen inledde domskälen med att framhålla att

"(e)nligt arbetsdomstolens mening är frågan huruvida uppsägningarna den 1 september 1977 var sakligt grundade att pröva med utgångspunkt från en vid den tiden företagen bedömning rörande sysselsättningsläget vid Forsmark efter utgången av år 1977."

Här gör domstolen ett självständigt normativt ställningstagande av betydelse för hur frågan om saklig grund skall bedömas i arbetsbristsituationer vad gäller förhållandet mellan den åberopade uppsägningsgrunden och tidpunkten för uppsägningarna. Några uttalanden kring detta förekommer inte i motiven och ej heller direkt i tidigare praxis.²⁹³

När domstolen i citatet ovan talar om "bedömning av sysselsättningsläget" är det möjligheterna att sysselsätta anställda p g a en bedömning av de framtida ekonomiska förhållandena den rimligen avser. Härvidlag skiljer sig naturligtvis den här aktuella situationen, där arbetsgivaren för sin verksamhet är helt beroende av politiskt beslutade exter-

²⁹² Parterna hade i och för sig olika synpunkter på hur arbetet på de olika enheterna hade kunnat bedrivas men som domstolen framhåller grundades uppsägningarna endast på att medel saknades.

²⁹³ Man kan i och för sig relatera ställningstagandet till vad domstolen anförde i AD 1976:111, att om en arbetsgivare inte kan presentera en tillfredsställande utredning av sin bedömning av behovet av att säga upp, så skall uppsägningen förklaras stå i strid med kravet på saklig grund. Tillämpat på här aktuella fall blir då domstolens ståndpunkt att en sådan bedömning kan bygga på arbetsgivarens (välgrundade) förväntningar om framtida förhållanden. Även om domstolen inte själv talade i dessa termer i AD 1977:80, skulle i vart fall min egen ovan redovisade uttolkning av detta mål kunna sägas innefatta en tillämpning av den ståndpunkt domstolen i kärnkraftsmålet slår fast. Som vi erinrar oss underkände domstolen i 1977 års fall uppsägningen eftersom den inte relaterades till verkställandet av ett företagsledningsbeslut. På sitt sätt skulle detta kunna sägas innebära ett ställningstagande till att uppsägning får grundas på framtida förhållanden.

na medel, från fall där arbetsgivarens beslut om uppsägningar bygger på väsentligt mer osäkra bedömningar om tillgången på arbetsuppgifter beroende på prognoser om orderingång etc.

Efter att ha konstaterat att det var otvistigt mellan parterna att det var brist på medel som medförde att arbetet inte kunde fortsätta på det sätt som var tänkt fortsatte domstolen:

”Den situation som Vattenfall som entreprenör ... sålunda befann sig i skiljer sig inte på något avgörande sätt från läget för vilken företagare som helst som visserligen driver en i och för sig lönsam verksamhet men som i brist på likvida medel likväl tvingas avveckla sin rörelse. Det är uppenbart att i en sådan situation saklig grund för uppsägning av anställda föreligger. Uppsägningsgrunden är att med ett något oegentligt uttryckssätt hänföra till arbetsbrist.

Arbetsdomstolen finner med hänvisning till det anförda att arbetsbrist förelåg i Forsmark. Det finns inte anledning att ifrågasätta Vattenfalls uppgift att möjlighet för närvarande saknas att omplacera arbetstagarna. Uppsägningarna har följaktligen varit sakligt grundade.”²⁹⁴

Domstolen gör i detta mål en bedömning mot bakgrund av de faktiska förhållandena. Saklig grund ansågs inte föreligga för att arbetsgivaren åberopat ett verksamhetsrelaterat skäl utan för att just de skäl han åberopade befanns sakliga.²⁹⁵ Målet visar också att det finns flera principiellt olika grunder som sammanfattas under beteckningen ”arbetsbrist-uppsägningar”.

Det finns dock anledning att rikta kritik mot det sätt varpå domstolen använder arbetsbristtermen när den avslutningsvis applicerar sin rättsats på det aktuella fallet. Först är att notera att domstolen efter att ha slagit fast att det i en situation som den förevarande föreligger saklig grund, anser sig behöva ange att ”uppsägningsgrunden är med ett något oegentligt uttryckssätt hänföra till arbetsbrist”. Här tycks vara första gången som arbetsdomstolen själv reagerar på termen arbetsbrist. Detta

²⁹⁴ Domen var enhällig med Hans Stark som ordförande.

²⁹⁵ Det finns ett annat, kanske mer närliggande sätt att läsa de två sist citerade styckena. Ser man det första stycket som en allmänt formulerad äkta rättsats är det för det första ett exempel på ett principiellt, självständigt normativt ställningstagande som inte uttryckligen berörs i tidigare källor. Samtidigt är det utformat på sådant sätt att om motsvarande förhållanden skulle uppstå i en annan situation, bedömningen skulle bli densamma. Detta ger då vid handen att saklig grund-bedömningen i den mening trots allt blir schabloniserad i det att det inte i det enskilda fallet blir fråga om en intresseavvägning mellan parterna; denna avvägning sker generellt och en gång för alla genom det principiella ställningstagandet. Även om man uppfattar skrivningen på detta sätt är det ändå en annan typ av schablon, som förvisso i regel knappast kan förekomma då vi har att göra med grunder hänförliga till arbetstagarens person, men som tar utgångspunkt i en konkret situation och inte bottnar i någon förutfattad normativ föreställning om att alla verksamhetsrelaterade uppsägningsgrunder per definition är sakligt grundade.

till trots användes den som någon sorts nödvändigt mellanled. Vi har ju, till skillnad från motsvarande uttalande i exempelvis AD 1976:26, inte att göra med en tvist där det i andra hand gjorts gällande att uppsägningarna skett i strid med turordnings- eller andra regler vari 'arbetsbrist' utgör rekvisit. Tillägget att uppsägningen på sådan grund som nu är aktuell skall anses bero på "arbetsbrist" framstår därför som onödigt och förstärker uppfattningen från de båda tidigare behandlade målen om att domstolen menar det vara väsentligt att göra denna klassificering för det slutliga ställningstagandet i målet. I det sista stycket, där appliceringen av principen sker, används också 'arbetsbrist' som om det vore ett rekvisit vid tillämpningen av 7 §; "arbetsbrist förelåg... Uppsägningarna har följaktligen varit sakligt grundade."²⁹⁶ Domstolens sätt att här formulera sig innebär att den använder 'arbetsbrist' som ett *oäkta rekvisit*. Det finns ingen anledning att göra en sådan bestämning i ett sammanhang där det saknas en rättsregel vari den rättsliga klassificeringen förekommer i form av ett rekvisit.²⁹⁷ Men för den fortsatta rättstillämpningen är ändå metoden av största betydelse. Vi kommer att se att domstolen i senare domar också uttryckligen visar att den menar att det avgörande för frågan om saklig grund föreligger just är hur uppsägningen juridiskt/tekniskt skall bedömas. Och då är risken uppenbar att man glömmer bort att det i de första mål vari man ovarsamt hanterat arbetsbristbegreppet haft att göra med situationer där det kan tyckas mer eller

²⁹⁶ En förklaring till uttryckssättet i just detta fall skulle kunna vara att man inskjutit omplaceringsfrågan mellan "rekvisitet" och "rättsföljden". Eftersom en uppsägning inte är sakligt grundad om omplaceringsmöjligheter finns kan man naturligtvis inte uttrycka sig på sådant sätt att man säger att saklig grund föreligger och sedan ta ställning till omplaceringsfrågan. Däremot kan man tala om att det förelåg saklig grund i och för sig, dvs bortsett från omplaceringsfrågan, och att eftersom omplaceringsmöjligheter saknades det också föreligger saklig grund.

²⁹⁷ När man nu uttrycker sig som om arbetsbrist utgör ett rekvisit vid tillämpningen av första stycket 7 § LAS, frågar man sig om domstolen menar att det finns flera sådana? Den närmast till hands liggande tolkningen är då att man bygger på tudelningen mellan arbetsbrist och personliga förhållanden. Om vi tänker oss en situation med personligt relaterade uppsägningsskäl där förhållandena är sådana att domstolen anser det vara möjligt att formulera en generell princip för en typ av grov förseelse från arbetstagarens sida, vi kan ta misshandel av förman som exempel, skulle man då kunna tänka sig att domstolen uttrycker sig på motsvarande sätt som här ovan? Det skulle då bli ungefär så här: "Det är uppenbart att misshandel av en förman utgör saklig grund för uppsägning. Uppsägningen är att hänföra till personliga förhållanden. Domstolen finner att personliga förhållanden förelegat i detta fall. Uppsägningen är följaktligen sakligt grundad." Det är uteslutet att tänka sig att domstolen skulle formulera sig på detta sätt. Å andra sidan skulle det vara mindre allvarligt när det rör sig om personligt relaterade uppsägningsgrunder eftersom det där ingalunda är så att man utgår från att den rättsliga klassificeringen har någon som helst betydelse för bedömningen av om saklig grund föreligger.

mindre uppenbart att också ett konstaterande av den verkliga uppsägningsgrunden samtidigt utgör en saklig grund-prövning. Risken är då påtaglig att man ser saklig grund-prövningen som ett rent juridiskt/tekniskt spörsmål, samtidigt som man låter det juridiskt/tekniska ställningstagandet vara avhängigt om man anser uppsägningsgrunden saklig eller inte.

Det sätt varpå arbetsbristtermen här används förtar delvis intrycket av det i övrigt avvägda sätt varpå domstolen handskas med frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund. Användningen av termen "arbetsbrist" är ägnad att bidra till föreställningen om en normativt relevant tudelning.

3.4.4 Föreställningen om en normativt relevant tudelning etableras i litteraturen

Under 1978-79 kommer föreställningen om en normativt relevant tudelning av uppsägningsgrunderna vid tillämpningen av regeln om saklig grund att få fotfäste i den arbetsrättsliga litteraturen. Som vi strax skall se grundläggs den i Fahlbecks lärobok *Praktisk arbetsrätt*, befästs genom Bo Bylunds inlägg i omregleringsdebatten och vinner ökad legitimitet genom att även prägla den väsentligt omarbetade fjärde upplagan av Lunnings *Anställningsskydd*.

*Fahlbeck, Praktisk arbetsrätt 1978*²⁹⁸

Första upplagan av Fahlbecks lärobok "Praktisk arbetsrätt" utkom under hösten 1978. 7 § LAS och exemplen på olika uppsägningsgrunder behandlas i boken under en gemensam rubrik.²⁹⁹ Efter att ha konstaterat att paragrafen inte³⁰⁰ definierar begreppet saklig grund övergår Fahlbeck till att belysa innebörden av detta begrepp och kommer också i direkt anslutning härtill in på arbetsbristbegreppet:

"När föreligger då saklig grund? Lagförarbetena skiljer på två huvudfall, vilka är av avgörande betydelse för lagens tillämpning. Det första huvudfallet är arbetsbrist. Det andra huvudfallet avser arbetstagarens personliga förhållanden. Ett tredje huvudfall kan även urskiljas. Det är här fråga om omständigheter som hänför sig till arbetsgivaren, t ex arbetsgivarens död, arbetsgivarens konkurs samt överlåtelse av rörelse till ny arbetsgivare. I dessa fall föreligger också saklig grund för uppsägning. - Termen 'arbetsbrist' är en samlande beteckning för

²⁹⁸ Förordet är daterat 12 augusti 1978.

²⁹⁹ Avsnitt "12.2.3.2. Uppsägning. Grund", Fahlbeck 1978 s 213 ff.

³⁰⁰ Med undantag för omplaceringsregeln i andra stycket.

uppsägningsfall, som inte avser arbetstagaren (eller arbetsgivaren) personligen. Det rör sig främst om arbetsbrist i egentlig mening. Även ekonomiska svårigheter hör hit. Överväganden av ideell art hör också hit. Ett exempel är att en ideellt verkande organisation beslutar att inte längre ha arbetstagare utan att sköta verksamheten med frivilliga.”³⁰¹

Vi ser här att Fahlbeck hänvisar till lagförarbetena när han talar om att man skiljer mellan två huvudfall och han anför att dessa är av avgörande betydelse för lagens tillämpning. Som jag tidigare framhållit menar jag att man inte urskiljer två huvudfall i motiven till regeln om saklig grund. Däremot är det av direkt betydelse för tillämpningen av *andra* regler i lagen om en uppsägning skall anses vara hänförlig till arbetsbrist eller personliga förhållanden. Redan här menar jag således att Fahlbeck tar den tudelning som är normativt relevant när det gäller vilka handlingsregler och rättsverkningar som är knutna till olika principiella uppsägningsgrunder till utgångspunkt för en pedagogisk framställning om uppsägningsgrunder enligt 7 § LAS. Att det inte är den normativa tudelningen Fahlbeck *avser* bekräftas dock när han sedan talar om att ytterligare ett huvudfall kan urskiljas; *arbetsgivarens* personliga förhållanden. Denna tredje huvudkategori återfinns på *andra håll*³⁰² men här utvecklar Fahlbeck olika grunder under denna kategori och visar därigenom att det från pedagogisk utgångspunkt finns anledning att särskilja detta fall. När Fahlbeck efter dessa exempel på förhållanden hänförliga till arbetsgivarens person slår fast att ”(i) dessa fall föreligger *också* saklig grund för uppsägning”³⁰³ finns det emellertid anledning att fråga sig vad han avser. Som det här formulerats kan han inte gärna mena annat än att *även* fall hänförliga till den tredje kategorin utgör saklig grund. Detta skulle då innebära att de två andra huvudkategorierna gör det. Men att påstå att personliga förhållanden är saklig grund för uppsägning förefaller inte särskilt meningsfullt. Inte heller att påstå att arbetsbrist är saklig grund förefaller rimligt om det framställs som en pedagogiskt betingad samlingsbeteckning på en viss kategori av uppsägningsgrunder.³⁰⁴ När Fahlbeck sedan går vidare och definierar ”arbetsbrist” blir det hela än mer oklart. Vad finns det för skäl till att definiera arbetsbrist på ett negativt sätt om man ändå i en sådan exklu-

³⁰¹ Fahlbeck 1978 s 213-14.

³⁰² Se Schmidt ovan avsnitt 3.4.1. Jfr den norska arbetsmiljøloven, som innehåller denna tredje kategori.

³⁰³ Min kursivering.

³⁰⁴ För övrigt kan man knappast säga att det är fråga om tre huvudfall ”på samma nivå” om samtliga uppsägningsgrunder som kan hänföras till två av dem per definition utgör saklig grund men inte de som är hänförliga till det tredje.

derar förhållanden hänförliga till arbetsgivarens person? Fahlbeck har ju redan slagit fast att förhållanden hänförliga till arbetsgivarens person är sakligt grundade och han kan väl inte mena att sådana inte skulle vara arbetsbrist vid tillämpningen av exempelvis turordningsreglerna? Dessutom är de exempel han senare tar på uppsägningsgrunder under huvudkategorin arbetsbrist av den typen att han inte skiljer på yttre och av arbetsgivaren själv orsakade förhållanden. Att föra in arbetsgivares personliga förhållanden som en särskild kategori innebär ju att det är de bakomliggande förhållandena man beaktar vid kategoriseringen och inte de beslut de sedan föranleder. De arbetsbristfall han beskriver kan därför mycket väl botten i arbetsgivarens personliga förhållanden. Man måste således skilja på vad som orsakar ett företagsledningsbeslut och beslutet som sådant (eller dess konsekvenser).³⁰⁵

Om vi emellertid bortser från reservationen beträffande förhållanden hänförliga till arbetsgivarens person, gör Fahlbeck här, under behandlingen av begreppet saklig grund bör än en gång poängteras, en negativ definition av "arbetsbrist". "Arbetsbrist" är således en samlingsbeteckning på uppsägningsgrunder som *inte* är hänförliga till arbetstagarers person. Såvitt jag kunnat finna är det första gången saken framställs på detta sätt. Detta hade nu möjligen inte varit något problem om det varit fråga om en rent pedagogisk indelningsgrund vid beskrivningen av saklig grundbegreppet kopplat till olika uppsägningsorsaker. Så är emellertid inte fallet i Fahlbecks framställning. Han tar nämligen med sig definitionen, genom att utan reservation bruka samma term, när han sedan direkt efter definitionen av begreppet arbetsbrist fortsätter:

"Arbetsbrist är alltid och utan undantag saklig grund för uppsägning. Detta gäller oavsett orsaken till arbetsbristen och även om det är arbetsgivarens egna åtgärder som föranleder arbetsbristen, t ex beslut om nedläggningar, sammanläggningar eller inskränkningar, löpande rationaliseringar osv. Normalt är det arbetsgivarens bedömning av om arbetsbrist föreligger som gäller. Arbetsbrist torde kunna föreligga även om arbetsgivaren behöver mer arbetskraft! Detta synes vara fallet om det finns deltidsanställda när arbetsgivaren behöver heltidsanställda men de deltidsanställda ej vill ifrågakomma för heltidsarbete; brist föreligger då i fråga om deltidsbefattningar. Arbetsbristen behöver inte vara kollektiv. Arbetsbrist kan hänföra sig till en enda person men den måste vara verklig. Påhittad (fingerad) arbetsbrist för att bli av med arbetstagare godtas inte (jfr AD 1976:26 och 1978:110). I en tvistesituation åligger det arbetsgivaren att visa

³⁰⁵ Se nedan avsnitt 4.5.

både att det förelåg arbetsbrist och att det var denna som utlöste uppsägningen.”³⁰⁶

Först har således Fahlbeck i föregående stycke angivit att termen arbetsbrist ”är en samlande beteckning för uppsägningsfall, som inte avser arbetstagaren (eller arbetsgivaren) personligen.” Och nu slår han fast att arbetsbrist ”alltid och utan undantag” är saklig grund för uppsägning. Det är knappast läsaren det är fel på om han drar ihop detta till ett påstående om att ”uppsägningar som inte har sin grund i arbetstagares person är sakligt grundade”. Nu kan i och för sig hävdas att samtliga de exempel Fahlbeck nämner på olika former av ”arbetsbrist”, inklusive det från Lunning hämtade fallet med heltid/deltid,³⁰⁷ är hänförliga till vad som skulle kunna kallas verksamhetsrelaterade förhållanden. Exemplifieringen är å andra sidan inte uttömmande. En mer nyanserad tolkning skulle då vara att vad Fahlbeck avser att uttrycka är att verksamhetsrelaterade uppsägningsorsaker ”alltid och utan undantag” är sakligt grundade. Under sådana förhållanden ger ändå Fahlbecks framställning intryck av att vara ett anmärkningsvärt kategoriskt schabloniserat synsätt.³⁰⁸

Sammanfattningsvis menar jag att Fahlbecks framställning, om än i ett pedagogiskt syfte, lägger grunden till ett formalistiskt synsätt på frågan om arbetsbrist och saklig grund. 'Arbetsbrist' framstår här som ett rekvisit i saklig grund-regeln och om en konkret uppsägningsgrund kan ”subsumeras” under detta arbetsbristrekvisit, varvid det skall definieras som uppsägningar som inte är hänförliga till arbetstagares person, då är också frågan om saklig grund i praktiken avgjord. Hamnar en konkret uppsägningsgrund i stället under kategorin 'personliga förhållanden' är dock läget ”mera komplicerat”, för att använda Fahlbecks egna ord.³⁰⁹ Det är att notera att Fahlbeck när han övergår till att behandla personligt relaterade uppsägningsgrunder³¹⁰ åter talar om ”det *andra* huvudfallet”.³¹¹

³⁰⁶ Fahlbeck 1978 s 214.

³⁰⁷ Se ovan 3.4.1.

³⁰⁸ Han anger också flera nya exempel på vad som skall betraktas som arbetsbrist och någon *beskrivning* av rättskällorna är det således inte fråga om.

³⁰⁹ Fahlbeck 1978 s 214.

³¹⁰ Fortfarande under samma rubrik, s 214.

³¹¹ Under rubriken ”uppsägning för omreglering” ger också Fahlbeck en anvisning till en lösning av frågan om LAS' tillämplighet i sådana situationer. Efter att med hänvisning till AD 1978:68 ha konstaterat att LAS inte är tillämplig på rena omregleringssituationer men angivit att lagen träder in om parterna inte kan enas och att part därför säger upp anställningen till upphörande fortsätter Fahlbeck:

Bo Bylund³¹² i omregleringsdebatten, Lag & Avtal nr 4 1979

Den välkända domen AD 1978:68 om tidningsbudet medförde en debatt i tidskriften *Lag & Avtal* om företeelsen uppsägning för omreglering och dess förhållande till anställningsskyddslagen. Jag kommer inte här att närmare redogöra vare sig för domen eller de tidigare debattinläggen³¹³ utan koncentrera mig på de av Bylund framförda, för synen på arbetsbristbegreppet betydelsefulla, synpunkterna på bl a skillnaden mellan fall då bakgrunden till en önskan om omreglering utgörs av personliga förhållanden respektive arbetsbrist. Några få ord skall trots allt först sägas om domen och de tidigare debattinläggen.

I det aktuella målet hade arbetsdomstolen, med utgångspunkt i ett inte allt för klagande motivuttalande, i ett ofta citerat obiter dictum hävdade att för den händelse en uppsägning för omreglering inte leder till någon uppgörelse mellan parterna, den missnöjde har att säga upp anställningsavtalet till upphörande med iakttagande av reglerna om saklig grund för uppsägning. Några anvisningar för hur en sådan saklig grund-prövning skulle tillgå gavs inte och någon åtskillnad gjordes inte heller i detta allmänna uttalande mellan olika typer av uppsägnings-

"I undantagsfall kan det tänkas att LAS skall tillämpas i omregleringssituationer. Ett fall skulle vara när det föreligger arbetsbrist men arbetsgivaren vill lösa denna genom att låta *alla* arbetstagare få sin arbetstid (och arbetsförtjänst) minskad. LAS innehåller bl a regler om turordning vid uppsägning på grund av arbetsbrist. Dessa regler skulle kringgå om arbetstagarna samtyckte till arbetstidsförkortningen i ovetskap om reglerna i LAS. Å andra sidan skall en ändring av anställningsvillkoren föregås av medbestämmandeförhandlingar enligt 11 § MBL. Vid dessa kan arbetstagarorganisationen tillse att arbetstagarna blir upplysta om reglerna i LAS och om vad som skulle inträffa om turordningslista för uppsägningarna i stället upprättades. Detta talar för att reglerna i LAS skall tillämpas först sedan förhandlingar förts enligt MBL. Situationen är än så länge oviss." (s 210)

De anförda synpunkterna bör läsas i ljuset av vad som ovan sagts om Fahlbecks syn på arbetsbrist och kravet på saklig grund. Under alla förhållanden tillhandahåller de en lösning på den diskussion kring uppsägning för omreglering som fördes i anledning av AD 1978:68 och vars, i detta sammanhang, viktigaste bidrag utgörs av en artikel av Bo Bylund, som vi nu övergår till att behandla.

³¹² Bo Bylund var vid den aktuella tidpunkten sekreterare i Arbetsdomstolen. Enligt 1978 och 1979 års domsamlingar tjänstgjorde Bylund som biträdande sekreterare från 15/1-23/11 1978 och som sekreterare fr 24/11 1978-30/11 1979.

³¹³ Det första inlägget i debatten kom från Folke Schmidts penna i juni 1978, *Lag & Avtal* nr 3 1978 s 28-29. Detta följdes av ett inlägg från Anders Victorin i februari 1979, *Lag & Avtal* nr 2 1979 s 21-22. Det tredje och i sammanhanget sista inlägget av Bo Bylund är från april 1979, *Lag & Avtal* nr 4 1979 s 32-33. Se också Victorins artikel "Om omplacering och omreglering i anställningsförhållanden", *SvJT* 1979 s 675. Sistnämnda artikel är publicerad efter Bylunds här refererade inlägg men bygger enligt den samma på en provföreläsning från januari 1979. Under alla förhållanden är inte Bylunds synpunkter beaktade i artikeln.

grunder. Folke Schmidt var kritisk mot domstolens uttalanden och huvudpoängen i hans inlägg var att anställningsskyddslagen är avsedd att skydda *anställningen*, inte lönen eller anställningsvillkoren.³¹⁴ Endast sådana förändringar som innebär att anställningen förändras, exempelvis från heltid till deltid, menade Schmidt bör omfattas av LAS. Övriga förändringar borde enligt Schmidt hanteras enligt MBL:s förhandlingsregler där de fackliga organisationerna tillvaratar arbetstagarnas intressen. Victorin delade Schmidts synpunkt att LAS egentligen inte var avsedd att reglera arbetsledningsfrågor men framhöll att arbetsdomstolens ställningstagande ”är ofrånkomligt. Lagstiftaren har fastnat i den fälla han gillrat åt sig själv”.³¹⁵ Utan att närmare gå in på Victorins argumentation kan framhållas att han som en lösning på problemet föreslog en ändring av omplaceringsregeln i 7 § andra stycket så att denna även tog sikte på villkorsändringar.

I polemik mot Schmidt och Victorin inledde Bylund sin artikel med att tona ned betydelsen av problemet genom att framhålla, *dels* att det många gånger är tillåtet för arbetsgivaren att inom ramen för anställningen ensidigt förändra villkoren, *dels* att kollektivavtalen många gånger förbjuder arbetsgivare ”att ens med arbetstagarens samtycke förändra anställningsvillkoren.”³¹⁶ Sammanfattningsvis menade Bylund följaktligen att en arbetsgivare i de flesta fall ”är förhindrad att försöka genomdriva förändringar av löneform, arbetstid o dyl”³¹⁷ och fortsatte:

”Problemet är emellertid inte löst med detta. Det finns uppenbarligen situationer där arbetsgivaren mot arbetstagarens vilja kan tänkas vilja genomdriva sådana förändringar av anställningsvillkoren som inte strider mot kollektivavtalet. Ett typexempel kan vara önskemål om att sänka ett personligt lönetillägg. Vilka regler gäller i ett sådant typfall?

Innan jag försöker besvara denna fråga bör det slås fast att fallet med tidningsbudet inte är ett sådant typfall. Och här menar jag att Schmidt och Victorin inte har lyckats klargöra domens innebörd. Tidningsbudet sades nämligen upp därför att hon inte kunde klara utbärning av tidningar inom två distrikt. Uppsägningen var alltså föranledd av *personliga skäl*. Det är självklart att den därmed föll under 7 § LAS och att AD därvid också hade att beakta omplaceringsregeln i lagrummets andra stycke. ... Jag har svårt att förstå hur ett sådant fall som tid-

³¹⁴ Schmidt i Lag & Avtal nr 3 1978 s 28.

³¹⁵ Victorin i Lag & Avtal nr 2 1979 s 21.

³¹⁶ Med det allt mer tilltagande utrymmet för individuell lönesättning på stora delar av arbetsmarknaden synes dessa argument idag ha mist sin aktualitet, vilket naturligtvis inte hindrar att de var relevanta när de framfördes.

³¹⁷ Bo Bylund i Lag & Avtal nr 4 1979 s 32.

ningsbudet skulle kunna förorsaka några av de problem som Schmidt och Victorin beskriver.

Annorlunda förhåller det sig emellertid med det typfall som jag nämnde tidigare. I den situationen vill arbetsgivaren av någon anledning sänka arbetstagarens personliga tillägg. Det är alltså fråga om en intressetvist mellan arbetsgivaren och arbetstagaren. Kommer arbetsgivaren och arbetstagaren inte överens om villkoren för den fortsatta anställningen står arbetsgivaren ingen annan möjlighet till buds än att säga upp arbetstagarens anställning till upphörande. Ett annat resultat skulle strida mot den avtalsfrihet som obestriddligen gäller på svensk arbetsmarknad. Arbetsgivarens uppsägning sker då på grund av *arbetsbrist*. Det är nämligen brist på arbete på de villkor som arbetstagaren vill ha. Denna uppsägning är också underkastad regeln om saklig grund i 7 § LAS och arbetsgivaren måste iaktta den uppsägningstid som finns angiven i 11 § i lagen. *Som beaktat godtas i regel arbetsbrist som saklig grund för uppsägning.*³¹⁸

Min principiella ståndpunkt är, som redan framgått vid ett flertal tillfällen, att det för tillämpningen av regeln om saklig grund saknar betydelse om en uppsägning i någon juridisk/teknisk mening är att hänföra till personliga förhållanden respektive arbetsbrist. Det är emellertid tydligt att Bylund är av annan uppfattning. På att det rörde sig om personliga förhållanden i tidningsbudsmålet var det självklart att uppsägningen föll in under 7 § LAS. När det gäller hans typfall skulle det förhålla sig annorlunda, säger han, men hamnar trots allt ändå så småningom i 7 § LAS, om arbetsgivaren nu inte lyckas förmå arbetstagaren att samtycka till en föreslagen försämring av anställningsvillkoren. Eftersom detta emellertid enligt Bylund är ett fall av *arbetsbrist* skulle utgången, såvitt jag förstår av den avslutande meningen i citatet, i dessa fall vara given; sådant som i någon juridisk/teknisk mening skulle vara att hänföra till arbetsbrist utgör således per definition (i vart fall ”i regel”) saklig grund för uppsägning.

Med ett uttryckssätt lånat från Lunnings heltids/deltidsexempel³¹⁹ talar Bylund om att det är ”brist på arbete på de villkor arbetstagaren vill ha”. Kombinationen av detta uttryck för behovet av att intvinga företeelser under ett arbetsbristbegrepp och synen på arbetsbrist och kravet på saklig grund menar jag bygger på ett formalistiskt synsätt.

Bortsett från att jag inte delar Bylunds metodiska tillvägagångssätt vid hanteringen av regeln om saklig grund, menar jag dessutom att hans resonemang kan ifrågasättas även med utgångspunkt i hans egen uppfattning. Han förefaller nämligen inte göra någon åtskillnad mellan karaktären hos villkorsändringen eller snarare formen för arbetsgivarens be-

³¹⁸ Bo Bylund i Lag & Avtal nr 4 1979 s 32-33. Den sista kursiveringen är min.

³¹⁹ Lunning andra upplagan, se ovan 3.4.1. Jfr även Fahlbeck ovan.

slut och de skäl som föranlett förslaget om villkorsändring. Jag kan inte läsa Bylunds argumentation på annat sätt än att han menar att även om de bakomliggande skälen till att en arbetsgivare önskar få till stånd en villkorsändring skulle vara exempelvis missnöje med arbetstagarens prestation och således att relationen prestation/ersättning haltar, detta ändå i Bylunds version skulle vara en uppsägning p g a arbetsbrist eftersom det innebär att arbetsgivaren inte längre vill tillhandahålla anställning på de villkor arbetstagaren vill ha.³²⁰ Med ett sådant sätt att resonera har jag svårt att se att någon uppsägning över huvud taget skulle behöva hänföras till personliga förhållanden. Att det jag ovan tillskrivit Bylund också är det han menar bekräftas när han senare i punktform argumenterar för olika regler som är ägnade att skydda den av honom föreslagna ordningen och under sista punkten anför:

”Om arbetsgivarens krav på förändring av anställningsvillkoren är svårt att motivera eller eljest ter sig stötande, kan det i själva verket vara fråga om en traskeriåtgärd från arbetsgivarens sida för att bli kvitt arbetstagaren. Sker i den situationen en uppsägning kan skälet till denna vara att hänföra till personliga skäl och inte till arbetsbrist. Arbetstagaren kan då göra gällande att uppsägningen inte är sakligt grundad och han är i det läget särskilt gynnad ur bevisbördesynpunkt (se AD 1976 nr 26).”³²¹

Detta stärker min uppfattning om att Bylund menar att det är karaktären på beslutet som är avgörande för hur man (i vart fall initialt) i juridisk/teknisk mening skall klassificera en uppsägning och det visar på behovet av att inte ta utgångspunkt i företagsledningsbeslutet eller motsvarande utan vad som föranlett det när man har att ta ställning till om en uppsägning är sakligt grundad.³²² När Bylund dessutom säger att arbetstagsidans genom att påvisa att uppsägningen beror på personliga skäl kan göra gällande att den inte är sakligt grundad bekräftar han att han omfattar föreställningen om en normativt relevant tudelning. Bylund gör dock inte någon negativ definition, men han utgår från att en uppsägning (vid tillämpningen av regeln om saklig grund) måste kunna

³²⁰ Nu kan man naturligtvis inte med hänvisning till senare praxis hävda att Bylund hade *fel*, men senare praxis visar trots allt att Bylunds här förda resonemang lider av påtagliga brister. Se AD 1993:61, där utgångspunkten just är Bylund men där domstolen beaktade den bakomliggande orsaken när den fastslog att det rörde sig om en arbetsbristsituation, och framför allt AD 1994:122, där uppsägning p g a att en arbetstagare inte accepterade en försämring av individuellt avtalade villkor ansågs bottna i personliga förhållanden (juridiskt/tekniskt) och heller inte var sakligt grundad.

³²¹ Bo Bylund i Lag & Avtal nr 4 1979 s 33.

³²² Till denna diskussion återkommer jag nedan avsnitt 4.5. Se också min kritik mot Fahlbeck här ovan.

klassificeras i termer av antingen arbetsbrist eller personliga förhållanden.

Jag vill avslutningsvis tillägga att jag i princip ändå delar Bylunds kritik mot Schmidt och Victorin och hans syn på hur omregleringsfrågorna bör behandlas. Till skillnad från Bylund menar jag emellertid att domstolens uppgift är att pröva om de av arbetsgivaren åberopade förhållandena är sakligt grundade och detta utan att låta sig styras av om uppsägningen skall hänföras till 'arbetsbrist' eller 'personliga förhållanden'.³²³

Lunning, fjärde upplagan 1979

I fjärde upplagan av Lunnings Anställningsskydd³²⁴ är arbetsbristavsnittet väsentligt omarbetat. Avsnittet har fått en helt ny inledning:³²⁵

”Den distinktion som anställningsskyddslagen bygger på - att en uppsägning grundas på 'arbetstagares personliga förhållanden' resp. att den beror på 'arbetsbrist' - passar ibland inte riktigt in på den föreliggande uppsägningssituationen. Det första fallet upplevs ofta som självförvållat eller skuldbetonat, och vad arbetsbristfallen beträffar hör man understundom invändningar som att arbetsbrist väl inte kan uppkomma i ett storföretag eller i en myndighet med oanade mängder av arbetsuppgifter, gamla såväl som nya. Det finns då anledning att understryka att dessa två begrepp är lagtekniska till sin karaktär och att lagstiftaren har utgått från att alla uppsägningsfall skall kunna föras in under den ena eller den andra rubriken. Att en uppsägning på grund av en arbetstagares personliga förhållanden inte behöver vara självförvållad har redan framgått av den tidigare redogörelsen. Som exempel kan nämnas undantagsfallen sjukdom, nedsatt arbetsförmåga etc. När det gäller *begreppet arbetsbrist*, bör till en början anmärkas att detta begrepp synes ha blivit ett slags samlingsrubrik för lagstiftaren, som dit har hänfört alla övriga uppsägningsfall där personliga omständigheter inte läggs till grund för uppsägningen. Med arbetsbrist avses således inte bara akuta och synbara driftsinskränkningar (motsv.) såsom när en arbetsgivares rörelse läggs ned helt eller delvis, att en konkurs inträffar etc. eller - på det offentliga området - att en myndighet avvecklas, en statlig utredning slutför sitt arbete osv. Arbetsbrist föreligger även då t. ex. planerade och mera långsiktiga driftsförändringar, omorganisation etc leder till att en arbetstagare inte längre kommer att erbjudas de arbetsuppgifter som han eller hon tidigare har haft. Med

³²³ Det skulle dröja fjorton år innan det på arbetsdomstolens bord kom ett ärende där man fick anledning att ta ställning till de av Fahlbeck och främst Bylund framförda synpunkterna på hur frågor av detta slag skulle behandlas. Man följde då grundsynen i dessa förslag, se AD 1993:61. Jfr dock vad som sagts strax här ovan.

³²⁴ Daterad i oktober 1979.

³²⁵ Där i och för sig diskussionen om heltids/deltidsanställningar lyfts in, varför det tidigare andra stycket försvunnit.

de nu berörda fallen torde t o m få jämföras situationer, då en arbetsgivare på grund av verksamhetens utvidgning inte kan erbjuda samma arbete som förut. Som exempel kan tas det fallet att en kontorsbefattning behöver utvidgas från deltid till heltid och att några andra deltidsbefattningar inte står till buds för den tidigare befattningshavaren, för vilken deltidstjänstgöring är en nödvändig förutsättning. Här rör det sig alltså om ett fall där man knappast kan tala om brist på arbete, men väl brist på sådant arbete som anställningsavtalet har avsett. Kan arbetsgivaren inte erbjuda fortsatt deltidsarbete, har han alltså rätt att säga upp arbetstagaren på grund av arbetsbrist. Enbart lönsamhetsskäl, som anförs som grund för nedläggning, är också ett fall av arbetsbrist. I teknisk mening rör det sig också om arbetsbrist, om en arbetsgivare vill ersätta anställda med maskiner. Att en arbetstagare känner sig personligen särskilt drabbad av den beslutade driftsinskränkningen eller omorganisationen förtar normalt inte åtgärden dess karaktär (se t ex AD 1978 nr 74; jfr dock vad som i det följande anförs om s k fingerad arbetsbrist). Uppsägning för omplacering eller annan omreglering av anställningsvillkoren kan också förekomma i arbetsbristsituationer.”³²⁶

Här inleds saklig grundavsnittet om arbetsbrist med en beskrivning av personliga förhållanden och arbetsbrist som *lagtekniska begrepp*. Först därefter kommer Lunning in på frågan om saklig grund. Detta är en väsentlig skillnad jämfört med tidigare upplagor, där han inlett med angivandet av huvudregeln om att arbetsbrist är saklig grund för uppsägning och därefter s a s utvidgat arbetsbristbegreppet till att avse även andra verksamhetsrelaterade skäl än brist på arbete. När han där angivit att även annat varit arbetsbrist har det betydelse samma som att det också utgör saklig grund. I denna upplaga blir emellertid det hela ställt på ända genom att Lunning först lanserar arbetsbrist som ett lagtekniskt begrepp i betydelsen icke-personliga förhållanden och därefter anger att arbetsbrist är saklig grund. Med denna uppläggningsmetod legitimeras det metodologiska tillvägagångssätt som jag beskrivit i termer av ett formalistiskt synsätt. Först frågar vi oss om uppsägningen i juridisk/teknisk mening är hänförlig till personliga förhållanden eller arbetsbrist och därefter om saklig grund föreligger.

Det är rimligt att anta att Lunning här har influerats av Fahlbeck. Att Lunning först i denna fjärde upplaga i denna kontext talar om att lagstiftaren utgått från att alla uppsägningsgrunder skall kunna lyftas in under någon av de båda kategorierna stärker min uppfattning om att detta inte var lagstiftarens avsikt såvitt angår 7 §. Med hänsyn till Lunnings centrala position i lagstiftningsärendet hade det då rimligen bort ha varit med redan i första upplagan.

³²⁶ Lunning 1979 s 163-64.

Vi noterar att Lunning i denna nya upplaga talar om begreppet arbetsbrist som en samlingsrubrik för icke-personliga uppsägningsgrunder och han förstärker Fahlbecks framställning genom att framhålla att "lagstiftaren har utgått från att alla uppsägningsfall skall kunna föras in under den ena eller den andra rubriken". Tydligare än så kan knappast föreställningen om en normativt relevant tudelning uttryckas.³²⁷ Det är också, såvitt jag kunnat finna, första gången någon talar om att de båda begreppen "är lagtekniska till sin karaktär". Mot bakgrund av att det är vid behandlingen av 7 § detta yttras är det svårt att tänka sig annat än att Lunning faktiskt menar att klassificeringen också är av relevans för saklig grund-prövningen.³²⁸ Det finns då inte längre, till skillnad från problematikens behandling i tidigare upplagor och för övrigt också i den allmänna inledningen till denna upplagas saklig grund-avsnitt, utrymme för att uppfatta tudelningen som enbart pedagogiskt betingad. Detta förstärks av att Lunning, liksom Fahlbeck, efter dessa inledande ställningstaganden kring tudelningen och arbetsbristbegreppet direkt övergår till det gamla avsnittet som inleds med konstaterandet att arbetsbrist som huvudregel är saklig grund för uppsägning.³²⁹ Det är genom detta sätt att behandla frågeställningen som det banas väg för ett formalistiskt synsätt; begreppsbestämningarna ges en primär funktion.

Man kan för övrigt fråga sig varför ovanstående kommer som en inledning till just arbetsbristuppsägningar, som i denna upplaga dessutom lagts efter personliga förhållanden, och inte, såsom i Fahlbecks verk, som en allmän introduktion till saklig grund-begreppet. Systematiskt/pedagogiskt förefaller det vara en bättre ordning. Jämfört med Fahlbecks framställning hade en sådan uppläggning dock passat sämre i denna Lunning-upplaga eftersom han talar om 'personliga förhållanden' respektive 'arbetsbrist' som lagtekniska begrepp. *Ett sådant ställningstagande synes nämligen vara av intet som helst normativt värde vid behandlingen av de personligt relaterade uppsägningsgrundernas saklighet.*

Genom att Lunning bygger ut Fahlbecks resonemang med att tala om lagtekniska begrepp förefaller utrymmet för feltolkning begränsat.

Detta skall då ställas mot att Lunning härefter liksom i övriga upplagor fortsätter att framställa frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund relativt nyanserat. Härigenom menar jag att det finns starka skäl

³²⁷ Fullt så tydlig var inte Fahlbeck på denna punkt.

³²⁸ Effekten av att man betraktar 'arbetsbrist' respektive 'personliga förhållanden' som rekvisit har jag belyst i anslutning till analysen av AD 1978:57, vartill jag hänvisar.

³²⁹ Lunning 1979 s 164.

att ifrågasätta varför Lunning inledningsvis slår fast att arbetsbrist *och* personliga förhållanden är lagtekniska begrepp, varvid arbetsbrist definieras negativt i den underförstådda meningen att det vid tillämpningen av 7 § är av rättslig betydelse för frågan om saklig grund hur en uppsägning lagtekniskt skall klassificeras. Av vad som därefter framförs av Lunning framgår nämligen med all önskvärd tydlighet att icke-personliga uppsägningsgrunder inte per definition är sakligt grundade och därmed faller hela poängen med att framställa det som en normativt relevant tudelning i anslutning till en behandling av 7 §. Om det inte finns några omdelbara rättsföljder knutna till begreppsbestämningarna finns det heller ingen anledning att göra dem. Tvärtom bidrar det till begreppsförvirring och ett formalistiskt synsätt.

Sammanfattningsvis bör än en gång framhållas att Lunning i denna fjärde upplaga av sitt verk Anställningsskydd definitivt framställer och därmed legitimerar föreställningen om en normativt relevant tudelning genom sin definition av "arbetsbrist" och "personliga förhållanden" som lagtekniska begrepp och där det förstnämnda definieras negativt i förhållande till det sistnämnda. Mot bakgrund av Lunnings utomordentligt stora betydelse som rättskälla i arbets- och särskilt anställningsskyddsrättsliga sammanhang och hans framhävande av att "lagstiftaren utgått från att alla uppsägningsfall skall kunna föras in under den ena eller den andra rubriken" finns det all anledning att tillskriva denna fjärde upplaga stor betydelse för den fortsatta utvecklingen.³³⁰

3.4.5 Saklig grund-prövningen schabloniseras

I en serie mål under slutet av sjuttioalet och början av åttiotalet kan man tydligt se att saklig grund-prövningen blir allt mer schabloniserad. Detta kommer till uttryck på delvis olika sätt. I AD 1978:110 visas det främst genom att domstolen synes ställa mycket låga krav på framförhållning och konsekvens när det gäller arbetsgivares beslutsfattande, i AD 1980:133 genom det sätt varpå domstolen beskriver det rättsliga sammanhanget och tillämpar bevisregler. I den sista av de rättsfallsanalyser som redovisas under denna rubrik, AD 1982:60, kan man ana en osäkerhet om konsekvenserna för företagsledningsbesluten av att ogiltigförklara en uppsägning och domstolen väljer då istället - när saklig

³³⁰ När Lunning anger att lagen utgår från eller bygger på vissa förhållanden är det nämligen, från rättskällesynpunkt, inte vem som helst som yttrar sig. Jfr Lunning i JT 1995/96 s 430 där han talar om "den som kan sin anställningsskyddslag". När Lunning uttrycker sig så får det således en alldeles särskild innebörd.

grund knappast kan anses föreligga - att bifalla talan på den grunden att arbetsgivaren brutit mot omplaceringsskyldigheten. I teatermålet, AD 1981:146, menar jag att synsättet visar sig i domstolens oförmåga att beakta den från normala fall avvikande rättsliga kontexten.

AD 1978:110 Vansbrofallet

I AD 1978:110 hade en person sagts upp under återopande av arbetsbrist, närmare bestämt ett beslut om omorganisation bestående i en geografisk centralisering av administrativa funktioner till Stockholm med åtföljande indragning av en tjänst vid företagets enhet i Vansbro. Från arbetstagersidan gjordes i första hand gällande att det egentliga skälet för uppsägningen var personliga motsättningar men man menade att även om detta inte skulle vara det verkliga skälet, saklig grund ändå inte förelegat

”eftersom det inte förelegat någon faktisk arbetsbrist vid företaget i Vansbro. Förutom (arbetstagaren) var det bara arbetsledaren Svensson som i någon mån sysslade med kontorsuppgifter. Med hänsyn till att företaget i Vansbro hade ett 25-tal anställda torde behov ha funnits av åtminstone en kontorist. Bolaget är i princip oförhindrat att efter eget gottfinnande inskränka eller lägga ned verksamheten och behöver därvid normalt sett inte heller peka på några objektiva kriterier för att motivera sitt handlande. SIF gör emellertid gällande att det i förevarande fall, som är kopplat till en uppsägning, inte räcker med att bolaget påstår arbetsbrist. Någon typ av objektiva kriterier på att det verkligen föreligger arbetsbrist måste finnas. Det har således ålegat bolaget att först seriöst undersöka och diskutera möjligheterna till omplacering, successiv avveckling etc.”³³¹

Det är väsentligt att notera att det inte endast rör sig om en tvist kring vad som utgjort verklig uppsägningsgrund. Arbetstagersidan gör dessutom gällande att uppsägningen inte är sakligt grundad även om den skulle ha skett på de av arbetsgivaren angivna grunderna. Intressant är också att arbetstagersidan i sitt synsätt på arbetsgivarens frihet att själv bestämma över verksamheten, gör en klar åtskillnad mellan företagsledningsbeslut och verkställighetsåtgärder.

Arbetsgivaren invände att den uppsagdes arbetsuppgifter var av begränsad omfattning och att det var en redan planerad omorganisation, varom beslut hade fattats ”någon gång under våren 1977, senast i mitten av april månad”, som också var det verkliga skälet till uppsägning-

³³¹ Det yrkades vidare skadestånd för brott mot informations- och förhandlingsreglerna i MBL.

en. Man menade att detta beslut därför tagits före de av SIF påtalade, till stöd för påståendet om att personliga skäl utgjort den verkliga uppsägningens grunden, förhållandena hade inträffat.³³²

Sedan arbetsdomstolen kort refererat parternas ståndpunkter gjorde den följande allmänna uttalanden om sin syn på rättsläget:

”Arbetsbrist utgör normalt sett saklig grund för uppsägning. Det är härvid ytterst arbetsgivarens bedömning av behovet att genomföra exempelvis en inskränkning eller omorganisation av sin verksamhet som får bli avgörande för frågan huruvida arbetsbrist skall anses föreligga. Situationen är givetvis en annan, om arbetsgivaren i själva verket haft andra skäl för uppsägningen. I ett sådant fall har arbetsdomstolen att pröva tillåtligheten av uppsägningen utifrån den verkliga grunden. Som arbetsdomstolen har närmare utvecklat i domen 1976 nr 26 får den bevisprövning som skall ske när arbetsgivaren som grund för uppsägning åberopar arbetsbrist och arbetstagaren påstår att annan grund i själva verket varit bestämmande för arbetsgivarens handlande särskild karaktär i fall då förändringen av verksamheten tar sikte på enstaka arbetstagare. Ju sannolikare det i ett sådant fall framstår, uttalade domstolen i den nämnda domen, att uppsägningen orsakats av annan omständighet än den av arbetsgivaren uppgivna, desto starkare krav bör ställas på arbetsgivaren att visa att uppsägningarna skulle ha företagits av företagsekonomiska skäl även om den andra omständigheten inte förelegat.”

Efter en genomgång av förhållandena i målet fann domstolen det genom vittnesmål från en av bolagets direktörer styrkt att en förflyttning av administrationen redan hade aktualiserats vid det tillfälle då personliga motsättningar förekommit.³³³ Härigenom fick frågan om personliga förhållanden anses vara avgjord. Beträffande övriga av arbetstagersidan åberopade grunder till stöd för att saklig grund inte förelegat anför domstolen :

”Det finns inte heller någonting som mera påtagligt tyder på att det skulle vara från företagsekonomisk synpunkt omotiverat att vid den i målet aktuella tiden sammanföra vissa administrativa rutiner till kontoret i Stockholm och låta

³³² Något närmare bemötande av de av SIF ovan citerade grunderna för att uppsägningen under alla förhållanden inte skulle vara sakligt grundad kan jag inte utläsa ur domstolens återgivande av arbetsgivarsidans talan.

³³³ Jag tänker inte närmare kommentera bevisfrågorna och domstolens bevisvärdering då detta inte är huvudföremålet i detta avsnitt. Jag noterar emellertid att den uppsagde anställdes först den 15 februari 1977 och uppsades några månader därefter. Detta måste innebära, vilket även domstolen i och för sig reagerar på, att arbetsgivaren, som senast i mitten av april fattade formellt beslut om omorganisationen, vilken då redan varit planerad, rimligen måste ha menat att omorganisationen i praktiken redan planerats när den sedermera uppsagde anställdes. Själv anger arbetsgivaren att planerna på en omorganisation uppkom tämligen omgående efter etablerandet i Vansbro, men först hade man ett tag övervägt att förlägga hela administrationen till Vansbro.

Svensson, som hade ställning som platschef i Vansbro, sköta de kvarvarande personalfrågor och kontorsgöromål som rimligen måste utföras lokalt i Vansbro.”

Härefter sammanfattar domstolen denna del av domskälen:

”Arbetsdomstolen finner med hänvisning till det anförda att övervägande skäl talar för att det var en redan planerad omorganisation av bolagets administration och inte personliga motsättningar ... som var den verkliga orsaken till uppsägningen.. Av utredningen får anses framgå att den ifrågavarande omorganisationen medförde att (den uppsagdes) tjänst som kontorist i Vansbro blev överflödig. Uppsägningen måste alltså antas vara föranledd av arbetsbrist och var därmed sakligt grundad.”³³⁴

Om vi ställer oss frågan vilket synsätt på frågan om arbetsbrist och saklig grund denna dom speglar är bilden inte helt entydig. Förvisso tycks en viss saklighetsprövning ske. Att notera är emellertid, dels att det inte sker i form av en intresseavvägning, dels att det sker i negativa termer; domstolen talar om att det inte finns något som tyder på att beslutet skulle vara omotiverat istället för att positivt tala om att det är motiverat. En förklaring till uttryckssättet är visserligen att uttalandet gjordes i omedelbar anslutning till att domstolen angav att den funnit det styrkt att omorganisationsplanerna fanns redan före det att de omtalade misshagligheterna uppkommit och att uttalandet därför var ägnat att förstärka denna ståndpunkt. Uttalandet ger ändå enligt min uppfattning sammantaget uttryck för att domstolen menar att verksamhetsrelaterade skäl som utgångspunkt är saklig grund för uppsägning.³³⁵ Vi ser ju också att domstolen från konstaterandet av att arbetsbrist föreligger direkt sluter sig till att uppsägningen är sakligt grundad.

För frågan om förhållandet mellan det företagsledningsbeslut som föranleder uppsägningar och uppsägningsbeslutet som sådant³³⁶ är det av intresse att arbetsgivaren inte ens själv vet när han fattade sitt beslut. Nu är naturligtvis beslutsbegreppet i sig av vag karaktär och i åtskilliga företag är säkert beslutsfattandet över huvudtaget inte formaliserat eller i övrigt föremål för någon dokumentation. Om vi emellertid har en ordning som innebär att en arbetsgivare har rätt att besluta om verksamhetsförändringar även om det medför att anställda behöver sägas upp finns det dock anledning att verkligen ställa krav på att arbetsgivaren kan redovisa sina skäl. På denna punkt fanns det utrymme för att

³³⁴ Domen var i dessa delar enhällig med Hans Stark som ordförande.

³³⁵ Detta förklarar varför vare sig domstolen eller arbetsgivarparterna går in på något egentligt bemötande av de av SIF utvecklade grunderna.

³³⁶ Jfr ovan i anslutning till bl a AD 1977:80.

ställa högre krav, alldeles bortsett från de personliga förhållanden som förelåg och arbetsgivarens något märkliga sätt att hantera och samordna organisations- och personalfrågor. Av arbetsgivarsidans utläggningar förefaller det dessutom ha varit så att förändringen var planerad redan vid den tidpunkt då den sedermera uppsagde *tillsvidareanställdes*. Detta ger intryck av att domstolen inte ställer särskilt stora krav på en arbetsgivare vad gäller framförhållning och behandling av personalen.³³⁷

Vad sedan gäller frågan hur arbetsbristermen används, eller vilket arbetsbristbegrepp domstolen använder sig av, synes vare sig parterna eller domstolen ha utgått från att det varit någon verklig brist på arbete som föranledde uppsägningen. Det var istället fråga om att ett omorganisationsbeslut medförde att flertalet arbetsuppgifter för en kontorist överfördes till annan befattningshavare på annan ort, medan övriga kvarvarande uppgifter på orten lades på platschefen. När man i ett sammanhang som detta talar om "arbetsbrist" är det således ett annat arbetsbristbegrepp man använder sig av än när det som utgör den verkliga grunden för uppsägningen är brist på arbetsuppgifter p g a minskad orderingång eller motsvarande.³³⁸ Det får därför här snarast betydelsen att en tjänst blir överflödigt till följd av ett företagsledningsbeslut. Mot bakgrund av dessa anmärkningar är det intressant att se att domstolen även i detta mål ser sig föranledd att ta vägen över något arbetsbristbegrepp; efter att ha konstaterat att kontoristtjänsten blev överflödigt p g a omorganisationsbeslutet avslutar således domstolen med följande slutsats: "Uppsägningen måste alltså antas vara föranledd av arbetsbrist och var därmed sakligt grundad."³³⁹

AD 1980:54 En företrädesrättsparentes

I AD 1980:54 gjordes från arbetstagersidan gällande att en arbetsgivare kringgått lagens företrädesrättsregler genom att under ettårsfristen låna in arbetskraft från ett annat företag. Till stöd för sitt ställningstagande till att så inte var fallet utvecklade domstolen saken på ett sätt som är av omedelbar relevans för dess syn på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund:

"Till en början bör framhållas att företrädesrättsreglerna i anställningsskyddslagen inte enligt sin lydelse har den innebörden att en arbetsgivare, som i överensstämmelse med lagens regler har sagt upp en anställd på grund av arbetsbrist, skulle vara skyldig att bereda den uppsagda arbetstagaren sysselsättning. Enligt lagtexten är det endast i nyanställningssituationen som företräde kan göras gällande. I lagens förarbeten (prop 1973:129 s 163) anges att det står en ar-

³³⁷ Jfr AD 1982:107 och särskilt AD 1989:47.

³³⁸ Jfr exempelvis förhållandena i AD 1978:84.

³³⁹ Se AD 1978:57 ovan och vad som anförts där.

betsgivare fritt att underlåta att träffa avtal eller lämna erbjudande om ny anställning före ettårsperiodens utgång även om det skulle uppstå behov av ny arbetskraft dessförinnan. Detta förarbetsuttalande som inte mött gensaga under lagstiftningsärendets fortsatta handläggning tyder på att det inte har varit lagstiftarens mening att företrädesrättsreglerna tolkningsvis skall ges tillämplighet utanför nyanställningssituationen i syfte att garantera att företrädesberättigad arbetstagare bereds sysselsättning hos arbetsgivaren när detta i och för sig skulle vara möjligt. Mot att ge företrädesreglerna tillämplighet utanför det i lagtexten angivna området talar även följande. Anställningsskyddslagen har den allmänna innebörden att det är arbetsgivaren som ensam bestämmer verksamhetens omfattning och inriktning. Finner arbetsgivaren det vara motiverat från företagsekonomisk synpunkt att begränsa den egna verksamheten genom att anlita entreprenör för ett arbete eller eljest låta annan utföra arbetet, kan därför arbetsgivarens beslut i princip inte angripas under åberopande av anställningsskyddslagens regler, även om det med fog kan påstås att åtgärden är till förfång för sysselsättningen vid företaget. Denna grundsyn på anställningsskyddet kommer till uttryck främst vid prövning av om uppsägning är sakligt grundad. Konsekvensen bjuder dock att företrädesrättsreglerna tillämpas på samma sätt. I enlighet härmed bör företrädesrätt till nyanställning inte kunna utövas exempelvis i den situationen då arbetsgivaren under ettårstiden anlitar entreprenör för ett arbete i stället för att nyanställa tidigare uppsagd arbetstagare.”

Här använder således domstolen ett påtagligt schabloniserat synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund som argument för hur företrädesrättsreglerna bör uppfattas. Det bör framhållas att det inte tidigare gjorts något direkt ställningstagande i här aktuella frågor i auktoritativa källor. Att synpunkten är en konsekvens av ett schabloniserat synsätt är däremot uppenbart. Men domstolen gör här en egen uttolkning av saklig grund-regelns innebörd och generaliserar fram en princip som även kan användas i andra sammanhang och då bör det än en gång framhållas att domstolen inte haft att ta ställning till motsvarande saklig grund-fråga tidigare. Genom att ta upp frågan i ett annat sammanhang och normativt ta ställning låser man emellertid rättsläget även i uppsägningsfrågan utan att rimligen ha kunnat förutse de speciella omständigheter och argument som skulle kunnat lyftas fram om det var frågan om saklig grund som skulle prövas.³⁴⁰

³⁴⁰ I detta mål finns det också utrymme för att hävda att domstolen förhåller sig till en annan norm än den att man skall beakta förarbetsuttalanden. När man talar om att anställningsskyddslagen bygger på att arbetsgivaren bestämmer över sin verksamhet är mitt intryck således att man söker de normer varå motivuttalandena bygger och inte motivuttalandena själva. I den meningen har vi här ett uttryck för att företagsledningsrätten har företräde framför anställningsskyddet. Jag återkommer till denna fråga i avsnitt 4.3 nedan.

AD 1980:133 Samuelsson vs S Wahlström AB

I AD 1980:133 hade tre personer, bl a en arbetsledare Samuelsson med en anställningstid på knappt ett och ett halvt år, sagts upp under åberopande av arbetsbrist, närmare bestämt minskade avsättningsmöjligheter och därav försämrad ekonomi. Samuelsson, som var oorganiserad, väckte talan och yrkade ogiltigförklaring under åberopande av att uppsägningen inte var sakligt grundad. Till stöd härför angavs i första hand att det verkliga skälet till uppsägningen var personlig avoghet mot honom från ledningens sida. I andra hand gjordes gällande att uppsägningen likväl inte var sakligt grundad med hänvisning till att åtgärden på olika grunder inte var motiverad från företagsekonomisk synpunkt.³⁴¹ Arbetsgivaren medgav att vissa motsättningar förekommit men förnekade att detta skulle ha varit skälet till uppsägningen och vidhöll att det var på grund av förluster inom denna gren av verksamheten som uppsägning skett och att det med hänsyn till att personalkostnaderna uppgick till 85 % av de samlade kostnaderna, åtgärder måste drabba personalen.

Samuelsson, som förlorade i tingsrätten, överklagade domen till arbetsdomstolen, som inledde domskälen med en längre utläggning om det ”rättsliga sammanhanget” och vilka principer som gäller:

”Samuelsson har i första hand anfört att uppsägningen av honom från anställningen hos bolaget inte, såsom bolaget uppgav, föranleddes av arbetsbrist utan berodde på förhållanden som hänför sig till S personligen. Bolaget har anfört att uppsägningen av S uteslutande var föranledd av arbetsbrist. Målet gäller således i första hand det rättsliga problem som brukar benämnas fingerad arbetsbrist.

Det rättsliga sammanhanget är i korthet följande. Enligt anställningsskyddslagen föreligger en grundläggande skillnad mellan uppsägning som beror på förhållanden som hänför sig till arbetstagaren personligen och uppsägning på grund av arbetsbrist. Lagens regler är så utformade att arbetsgivaren inte utan vidare kan samtidigt som grund för en uppsägning åberopa såväl arbetsbrist som personliga skäl. Detta beror på att uppsägningen får olika verkningar om den motiveras på det ena eller andra sättet. Vid fingerad arbetsbrist uppger arbetsgivaren arbetsbrist som enda grund för uppsägningen. Det verkliga förhållandet är emellertid att uppsägningen beror på personliga skäl. I ett sådant fall skall uppsägningen prövas med bortseende från arbetsbristgrunden.

Påstår arbetstagaren att en uppsägning som arbetsgivaren uppger vara grundad på arbetsbrist i själva verket beror på personliga skäl, har arbetstagaren givetvis bevisbördan för sitt påstående. Bevisbördan för att arbetsbrist föreligger i enlighet med vad arbetsgivaren uppgivit ligger däremot på arbetsgivaren.

³⁴¹ I sista hand gjordes gällande att arbetsgivaren inte fullgjort sin omplacerings-skyldighet.

När det gäller arbetsgivarens bevisbörda för att arbetsbrist föreligger är emellertid att märka att anställningsskyddslagen innebär att domstolen i allmänhet inte har att gå in på om den förändring i arbetsgivarens verksamhet till vilken arbetsbristen är att hänföra är motiverad från företagsekonomisk synpunkt eller ej. Det räcker så som närmare berörs i det följande i allmänhet med att arbetsgivaren styrker att förändringen är verklig och inte fingerad för att arbetsbrist skall anses föreligga.

Som arbetsdomstolen har utvecklat främst i domen nr 26/1976 får bevisprövningen emellertid särskild karaktär i ett sådant fall då förändringen av verksamheten tar sikte på enstaka arbetstagare.³⁴²

Innan vi går in på hur domstolen tillämpar det sagda på förevarande fall finns det anledning att något kommentera vad som hittills återgetts ur domskälen.

Efter att domstolen inledningsvis konstaterat att målet i första hand gäller ”det rättsliga problem som brukar benämnas fingerad arbetsbrist” följer en utläggning om vad domstolen menar vara det ”rättsliga sammanhanget”. Denna utläggning menar jag saknar relevans. När domstolen talar om att lagen är utformad så att arbetsgivare inte samtidigt kan åberopa både arbetsbrist och personliga förhållanden sägs detta bero på att ”uppsägningen får olika verkningar om den motiveras på det ena eller andra sättet”.³⁴³ Dessa från Lunning hämtade uttalanden³⁴⁴ görs emellertid när denne talar om konkurrerande uppsägningsgrunder, d v s när arbetsgivaren till stöd för uppsägningen åberopar både förhållanden hänförliga till arbetstagarens person och verksamhetsrelaterade skäl. Det är ju alls inte detta problem som är utmärkande för institutet ”fingerad arbetsbrist”. För det första rör problematiken inte hur en uppsägning i någon rättslig mening skall klassificeras; det tvistas således inte om huruvida uppsägningen i juridisk/teknisk mening skall hänföras till arbetsbrist eller personliga förhållanden. Tvisten vid fingerad arbetsbrist rör istället vad som utgör det verkliga skälet till en uppsägning där det inte är arbetsgivaren som åberopar olika skäl, utan

³⁴² Härfter följer ett längre citat från AD 1976:26, där bevisregeln motiveras och utvecklas. Se ovan under redogörelsen för detta mål. Citatet börjar med ”Detta beror på att i sådana fall...” och avslutas med den mening som slutar ”..., bör detta gå ut över arbetsgivaren.”

³⁴³ Domstolens slutsats om att arbetsgivare inte kan åberopa både personliga förhållanden och arbetsbrist förefaller inte vara den närmast till hands liggande mot bakgrund av premisserna. Jfr motsvarande i AD 1994:122.

³⁴⁴ Se ovan under 3.4.1. I senare upplagor förstärker Lunning sina tidigare påståenden med hänvisning till denna dom. Se Lunning 1982 s 166. För den som tar del enbart av senare upplagor av Lunnings verk blir det därmed inte synligt att det är Lunning som påverkat domstolen och inte tvärtom.

parterna som har olika uppfattningar kring vad som utgör den verkliga uppsägningsgrunden. Det är således en renodlad bevisfråga.³⁴⁵ Det verkliga rättsliga sammanhanget är därför, och det är också så problemet hanteras i propositionen,³⁴⁶ föreställningen att anställningsskyddslagen bygger på att det ytterst är arbetsgivarens bedömning av behovet av att, mot bakgrund av ekonomiska eller motsvarande skäl, säga upp anställda som styr prövningen av om saklig grund föreligger. För att kunna stävja det utrymme för missbruk som ligger häri måste därför domstolen kunna pröva om de verkliga skälen till en uppsägning är andra än de arbetsgivaren uppgivit. Domstolens beskrivning av det rättsliga sammanhanget bekräftar också att den blandar samman begreppen 'personliga förhållanden' och 'arbetsbrist' i samband med 7 § med de regler vari begreppen utgör rekvisit.³⁴⁷

Vad gäller den i AD 1976:26 formulerade principen för fördelningen av bevisbördan gör domstolen sedan beträffande det aktuella fallet följande uttalanden:

”Enligt arbetsdomstolens mening är det tveksamt huruvida det föreliggande fallet är sådant att det är att hänföra till det slag av situationer för vilka den nu antydda mera nyanserade bevisbedömningen är påkallad. Tveksamheten sammanhänger med att ytterligare två personer sades upp samtidigt med Samuelsson. Ytterligare skäl för tveksamheten är att personalen vid mekaniska sektionen utöver det sagda kraftigt minskades genom s k naturlig avgång och att anställda som på detta sätt lämnade sektionen synes ha haft längre anställningstid än Samuelsson.³⁴⁸ Skäl kan således onekligen anföras för att situationen inte bör anses vara sådan att den mer nyanserade bevisbedömningen bör tillämpas. Domstolen avstår emellertid från att ta definitiv ståndpunkt i denna fråga och gör i stället antagandet att principerna för den särskilda bevisbedömningen gäller i detta fall.”

När domstolen säger sig vara tveksam till om den speciella bevisregeln överhuvudtaget är tillämplig är det tydligt att tveksamheten bottnar i att uppsägningsåtgärderna i det aktuella fallet rörde flera arbetstagare, till skillnad från den enskilde individ som var utgångspunkten när regeln formulerades i AD 1976:26. Detta bekräftar vad som kunde utläsas re-

³⁴⁵ Vilket inte hindrar att man, liksom i detta mål, också kan göra gällande att uppsägningen inte är sakligt grundad även om de av arbetsgivaren uppgivna förhållandena befinnes vara de verkliga.

³⁴⁶ Se avsnitt 3.3.5.2 ovan.

³⁴⁷ Jfr nedan AD 1986:60 och denna sammanblandnings betydelse för det formalistiska synsättet.

³⁴⁸ Dessa uppgifter framgår, såvitt jag funnit, inte av redogörelsen för parternas ståndpunkt, utan endast i arbetsdomstolens domskäl. De återkommer också nedan när domstolen tar ställning till huruvida arbetsbrist föreläggat.

dan i sistnämnda dom men måste också innebära att arbetstagaren i en situation där flera sagts upp har att styrka att det varit personliga förhållanden som föranlett uppsägningen.³⁴⁹ Detta måste då relateras till det domstolen menar vara arbetsgivarens bevisstema då han initialt skall fullgöra sin bevisbörda. Domstolen framhåller trots allt, efter att ha konstaterat att det är arbetstagaren som har bevisbördan för påståendet om att personliga förhållanden föranlett uppsägningen, att arbetsgivaren har bevisbördan för att ”arbetsbrist föreligger”. Det är tillräckligt ”att arbetsgivaren styrker att förändringen är verklig”. Detta uttrycksätt känner vi igen från AD 1976:28, där det talas om ”att sådan driftsinskränkning verkligen genomföres vilken medför att behov av den uppsagdes arbetskraft ej längre föreligger när uppsägningstiden löper ut”.³⁵⁰ Om en arbetsgivare som i AD 1976:28 säger sig skola avveckla verksamheten och av det skälet säger upp anställda är det knappast några problem att fastslå vad det innebär att ”förändringen är verklig”. Genomförs inte avvecklingen är förändringen inte verklig. Rör det sig inte om en fullständig avveckling är det emellertid inte lika enkelt att i allmänna termer uttrycka vad som avses med att förändringen skall vara verklig. Frågan är om det kan uppfattas på annat sätt än att arbetsgivaren faktiskt gjort det han sagt sig skola göra. I många fall, och också i det förevarande, kan detta knappast innebära annat än att arbetsgivaren ”styrker saklig grund” genom att visa att han sagt upp de anställda. Om detta antagande äger någon riktighet innebär det att arbetstagar sidan har försatts i en position som är densamma som före bevisreglernas i föreningsrättsmål tillkomst i början av trettioalet i avtalsförhållanden där inga andra begränsningar av uppsägningsrätten än skyddet för föreningsrätten var reglerade i kollektivavtal.

Den situation lagstiftaren primärt synes ha haft i åtanke när det i motiven talas om att arbetsgivaren ytterst själv måste få avgöra behovet av arbetsbristuppsägningar är då de sker till följd av framförallt driftsin-

³⁴⁹ Någon motsvarande begränsning i den särskilda bevisbörderegeln finns inte såvitt gäller föreningsrättskränkningar. Vi har ju ovan sett att domstolen efter LAS' ikraftträdande och formuleringen av bevisregeln i AD 1976:26, tillämpat samma bevisbörderegeln som tidigare använts i föreningsrättsmål även när flera arbetstagare sagts upp under åberopande av någon form av arbetsbrist. Se AD 1976:128, där arbetstagar sidan vann och AD 1977:127, där den förlorade.

³⁵⁰ Se referatet ovan. Lunning uttrycker sig sålunda i fjärde (se även tredje) upplagan med uttrycklig hänvisning till AD 1976:28: ”För att saklig grund för uppsägning skall föreligga, fordras dock att det verkligen genomföres en driftsinskränkning som medför att det saknas arbetsuppgifter för den uppsagde vid uppsägningstidens utgång”. Jfr även Fahlbeck, ovan 3.4.4

skränkningar föranledda av ekonomiska problem.³⁵¹ Med den arbetsbristdefinition som sedermera vinner utbredning finns det emellertid risk att man för med sig detta synsätt på bestämmanderätt, bevisprövning etc till situationer som alls inte är jämförbara med typfallet annat än att de har det gemensamt att de går in under beteckningen ”icke-personliga förhållanden”.

När domstolen sedan går in på prövningen och tillämpningen av bevisregeln sker det enligt följande:

”Till en början kan konstateras att bolaget genomförde en genomgripande förändring av den mekaniska sektionen som innebar en kraftig reducering av personalen. Åtgärden berörde ett tiotal anställda bland dem Samuelsson. Det är därför obestridligt att arbetsbrist i den speciella mening som ordet används i detta sammanhang förelåg avseende Samuelsson. I målet har parterna utförligt uppehållit sig vid huruvida det fanns tillräckligt skäl att genomföra förändringen sett från företagets synpunkt. Denna frågeställning ligger emellertid, som nyss har berörts, normalt sett utom ramen för den prövning som skall ske i uppsägningsfall som grundas på arbetsbrist. I anställningsskyddslagens förarbeten uttalas (prop 1973:129 s 123) att det ytterst måste vara arbetsgivarens bedömning av behovet av att genomföra en driftsinskränkning och dennas återverkningar på arbetsstyrkan som får bli avgörande för huruvida arbetsbrist skall anses föreligga.

För att domstolen skall frångå sist angivna princip och alltså mera ingående pröva tyngden av de företagsekonomiska motiven för arbetsgivarens åtgärd förutsätts såsom har angivits i det föregående att arbetstagaren visar åtminstone sannolika skäl för sitt påstående att uppsägningen i själva verket berodde på förhållanden som är att hänföra till arbetstagaren personligen.”

Efter att ha slagit fast att arbetstagaren inte lyckats härmed avslutades denna del av domskälen med följande:

”Den slutsats som domstolen sålunda har kommit till vid en prövning av de av Samuelsson åberopade omständigheterna till stöd för att uppsägningen var grundad på personliga skäl leder i sin tur till att det inte finns anledning att med frångående av vad som i allmänhet gäller för arbetsbristsituationer gå in på någon prövning av om uppsägningen var motiverad från företagsekonomisk synpunkt.”³⁵²

Av målet framgår att domstolen ser det som sin uppgift att i en tvist av förevarande slag dela upp bevisbördan i tre steg. I första ledet börjar man med arbetsgivarens ”initiala bevisbörda”. Nästa steg är därefter att pröva om arbetstagarsidan lyckats sannolikhöra att det var personliga

³⁵¹ Således i och för sig en situation som förelåg i nu aktuella mål.

³⁵² Domen var enhällig med Hans Stark som ordförande. Även sistahandsgrunden, vilken jag här inte behandlar, avslögs.

skäl som föranlett uppsägningen för att, om så befinnes vara fallet, slutligen närmare gå in på de företagsekonomiska skäl arbetsgivaren åberopat.³⁵³

Denna trestegsbedömning förefaller konsekvent även om jag menar att beviskravet på arbetsgivaren är för lågt ställt. Vi ser att domstolen i enlighet med vad den tidigare anförde inte sträcker sig längre än till att slå fast att ”förändringen är verklig”. Detta sker genom att domstolen konstaterar att ”bolaget genomförde en genomgripande förändring av den mekaniska sektionen som innebar en kraftig reducering av personalen. Åtgärden berörde ett tiotal anställda bland dem Samuelsson.” Det är följaktligen väsentligen det faktum att anställda sagts upp (eller på pensionering eller motsvarande slutat) som också är beviset för att arbetsgivaren har rätt att säga upp personal.³⁵⁴ Jag noterar att domstolen poängterar att den anser att frågan om det funnits tillräckliga skäl för uppsägningarna från företagsekonomiska utgångspunkter ligger utanför den bedömning den har att göra. Det är svårt att se att de låga beviskraven kan kompenseras på annat sätt än genom en reell saklig grundprövning.

Avslutningsvis bör framhållas att domstolen själv reagerar på sin användning av arbetsbristermen när den ovan konkluderar den inledande bevisprövningen med att hävda att det därför är ”obestridligt att arbetsbrist i den speciella mening som ordet används i detta sammanhang förelåg”. Här betyder ”arbetsbrist” ungefär ”en situation där man sagt upp och på andra sätt minskat arbetsstyrkan”. ”Arbetsbrist” blir alltså här att man faktiskt gjort något.

AD 1981:146 Skådespelarna på Malmö stadsteater

I AD 1981:146 hade Malmö Stadsteater på krav från sin huvudman på besparingar i verksamheten beslutat säga upp sex anställda, bl a skådespelaren Lindström. Kollektivavtalet för området skiljer sig i väsentliga delar från vad som gäller för arbetsmarknaden i övrigt. Med hänsyn till verksamhetens särdrag är det för det första i stor utsträckning tillåtet med visstidsanställningar. Vidare var både turordningsregler och företrädesrätt till återanställning bortavtalade. Den urvalsgrund arbetsgivaren sade sig ha tillämpat var att man sade upp sådana anställda som var berättigade till pension.

³⁵³ Varvid jag förutsätter att man också har att ta ställning till om också dessa skäl verkligen föranlett uppsägningen vid den tidpunkt som skedde.

³⁵⁴ Man bevisar inte rättsliga förhållanden men eftersom domstolen per definition anser vissa förhållanden sakligt grundade blir fastställandet av de faktiska förhållanden samtidigt den rättsliga subsumtionen.

Arbetstagersidan väckte talan och gjorde gällande att uppsägningen av Lindström inte var sakligt grundad. Till stöd härför hävdades att situationen varit sådan att det inte varit motiverat att säga upp tillsvidareanställda utan att kostnadsbesparingarna istället borde ske genom minskat anlitande av visstidsanställda. Man menade att uppsägningen av just Lindström istället skett på grund att denne genom sitt fackliga arbete gjort sig obekvämt. Arbetsgivaren vidhöll att det enda skälet till uppsägningen var ekonomiska förhållanden.

Trots att arbetstagersidan gjort gällande att personliga förhållanden föranlett uppsägningen gör domstolen inte något uttryckligt ställningstagande till bevisfrågorna i detta mål. Det bör framhållas att arbetstagersidans argumentation härvidlag inte är fullt stringent. Det förefaller snarast vara så att de drar slutsatsen om personliga förhållanden utifrån sin uppfattning av att uppsägningen inte var motiverad utifrån ekonomiska synpunkter. Domstolen gör emellertid en klar åtskillnad mellan de olika delfrågorna i domskälen. Efter att således ha konstaterat att parterna i och för sig var ense om att en personalminskning var nödvändig och själv också slagit fast att så var fallet övergick domstolen³⁵⁵ till att pröva arbetstagersidans uppfattning om att uppsägningen inte varit motiverad med följande beskrivning av tvistefrågan:

”Tvistefrågan gäller nu om arbetsbristen var så omfattande som arbetsgiversidan påstått”

och fortsatte, sedan man förtydligat att arbetstagersidan på denna punkt framhållit att arbetsgivaren anställt flera personer under perioden på begränsad tid, varibland några med likvärdiga kvalifikationer som Lindström, med en principiellt färgad utläggning om teatrarnas speciella förhållanden:

”Som tidigare sagts bygger verksamheten vid bl a stadsteatern i Malmö på att arbetsstyrkan är sammansatt av dels personer med tillsvidareanställning, dels personer som engageras för säsong, viss pjäs eller i övrigt kortare tid. Detta anses nödvändigt bl a med hänsyn till repertoaren och de konstnärliga kraven vid rollbesättningen. Kollektivavtalsreglerna om anställningsskydd för den konstnärliga personalen vid teatrarna har utformats med bl a denna utgångspunkt. Mot denna bakgrund kan man enligt domstolens mening inte ställa det generella kravet på arbetsgivaren att en minskning av arbetsstyrkan alltid i första hand skall gälla den del av verksamheten som bedrivs på grundval av kortare engagemang. Det är emellertid ett tecken på att arbetsbrist inte föreligger om ar-

³⁵⁵ Efter att ha klarlagt en tvistefråga som jag bedömt saknar intresse från principiell synpunkt.

betsgivaren samtidigt som han skär ned den ordinarie arbetsstyrkan i motsvarande mån ökar den tillfälligt anställda personalen”.

Sedan domstolen funnit att arbetsgivaren inte ökade antalet tillfälligt anställda med motsvarande kvalifikationer och att förbundet heller inte ”underbyggt sitt påstående att det varit möjligt att omfördela arbetsuppgifterna” kom den fram till slutsatsen ”att arbetsbristen som låg till grund för uppsägningen hade den omfattning som arbetsgivaren påstått”.

Härefter övergick domstolen till att ”undersöka om uppsägningen av Lindström trots allt haft annan orsak än arbetsbrist”. Efter att ha prövat påståendena härom och funnit stöd härför saknas konstaterade domstolen ”att uppsägningen av Lindström (var) sakligt grundad.”³⁵⁶

Utifrån domstolens sätt att lägga upp domskälen är det inte helt klart om den tagit utgångspunkt i att arbetstagsidan i första hand gjort gällande att arbetsbristen inte haft den av arbetsgivaren påstådda omfattningen och i andra hand att uppsägningen av Lindström trots allt skett på grund av personliga förhållanden eller om det är synen på bevisbördans placering som präglat uppläggningsen. För det förstnämnda talar att domstolen, efter att ha konstaterat att det var otvistigt att behov fanns av att säga upp personal, går in på de av arbetstagsidan till stöd för sitt påstående om omfattningen av arbetsbristen återopade förhållandena. Enligt det sätt varpå domstolen förefaller ha sett på frågan i AD 1980:133 skulle en sådan frågeställning normalt ha legat utanför ramen för vad som där ansågs utgöra domstolens uppgift. Konstaterandet i nu aktuella dom av att det otvistigt förelåg behov av att minska antalet anställda skulle då svara mot att arbetsgivaren fullgjort sin ”initiala bevisbörda”. Att domstolen sedan redan på detta stadium går vidare och prövar frågan om ”arbetsbristen var så omfattande som arbetsgivaren påstått” kan därför ge intryck av att den går längre i kraven på arbetsgivaren än vad som skedde i AD 1980:133.³⁵⁷ Emellertid är det endast de av arbetstagsidan anförda omständigheterna som förefaller granskas och utgångspunkten för domstolen synes således vara att det är arbetstagsidan som har både återops- och bevisbördan för att uppsägningsåtgärderna varit mer omfattande än vad som var behövligt. Detta mitt intryck förstärks av att domstolen konstaterar att förbundet inte ”underbyggt sitt påstående att det varit möjligt att omfördela arbetsuppgifterna”.³⁵⁸ Mot bakgrund både av motivuttalandena om kravet på arbetsgivaren att försöka undvika uppsägningar och AD

³⁵⁶ Domen var enhällig med Gunnar Grenfors som ordförande. Målet rörde ytterligare tvistefrågor som här inte berörs (arbetsgivaren förlorade på en begränsad punkt som ej ens ansågs skulle påverka rättegångskostnaderna varför en helhetsbedömning av utgången saknar intresse).

³⁵⁷ Men däremot knappast längre än i AD 1976:111.

³⁵⁸ Jag noterar att domstolen inte behandlar detta som en fråga om tillämpningen av andra stycket.

1976:111 kan detta ställningstagande ifrågasättas. Det är väl ändå rimligt att det är arbetsgivaren som har bevisbördan för att han gjort vad på honom ankommer för att försöka undvika uppsägningar, även om det kan finnas anledning att hålla beviskravet lågt. Samtidigt visar detta mål i och för sig på vanskligheten i att ingå i en prövning av hur omfattande uppsägningsåtgärder som kan anses vara sakliga i någon mening.

Ett förhållande som skiljer detta mål från övriga är att det saknades regler om både turordning och återanställningsrätt. De som förfäktar ett schabloniserat synsätt på frågan om saklig grund och att det därför ytterst är arbetsgivarens bedömning som får fälla utslaget, och till den kategorin finns det anledning att hänföra domstolen i detta mål, brukar försvara en sådan ordning med att arbetsgivaren trots allt på grund av turordningsreglerna inte får säga upp vem han vill och att återanställningsreglerna stävjar försök till kringgåenden. Om det i något fall skulle finnas anledning att ställa verkligt höga krav på arbetsgivaren³⁵⁹ bör det vara när sådana regler saknas. Att domstolen inte ens reflekterat kring detta antyder att den saknar förmåga att se reglerna utifrån ett systematiskt sammanhang.

Några ord skall avslutningsvis sägas om hur domstolen i detta mål använder arbetsbristtermen, varvid det är ofrånkomligt med några ytterligare kommentarer kring hur domstolen hanterat tvistefrågorna.

När domstolen talar om att tvistefrågan är om "arbetsbristen var så omfattande som arbetsgivaren påstått" synes det vara i den ungefärliga betydelsen 'om det fanns anledning att säga upp så många som skedde'. När domstolen sedan går in på de förhållanden som åberopats av arbetstagsarsidan och i sin principiella utläggning säger att det är ett "tecken på att arbetsbrist inte föreligger om arbetsgivaren samtidigt...ökar den tillfälligt anställda personalen", är det emellertid i en helt annan mening termen används. Här betyder det snarast att det är ett tecken på att den verkliga uppsägningsgrunden är en annan än den uppgivna. När det sedan konstateras att antalet visstidsanställda inte ökat och att omfördelning inte visats kunna ske konkluderar domstolen med att "arbetsbristen som låg till grund för uppsägningen hade den omfattning som arbetsgivaren påstått" finns det anledning att fråga sig vad domstolen egentligen menar. Slutsatsen synes ha samma innebörd som den angivna tvistefrågan men det förefaller som om det som behandlats däremellan är något annat. I så fall framstår det som märkligt att domstolen sedan uttryckligen därefter (åter) går in på frågan om det verkliga skälet till uppsägningen varit något annat än det av arbetsgivaren

³⁵⁹ Eller, mer adekvat, för domstolen att göra en reell saklig grund-prövning.

uppgivna.³⁶⁰ Förklaringen till det hela kan vara att arbetstagsidans sökt belägga sina påståenden om att personliga förhållanden varit den verkliga uppsägningsgrunden både med direkta påpekanden om misshälligheter och indirekt genom att göra gällande att arbetsgivaren anställt andra respektive inte tillräckligt undersökt möjligheterna att omfördela uppgifterna och sedan har domstolen valt att behandla detta som två olika frågeställningar. Hade domstolen i detta mål valt det mer stränga tillvägagångssätt som AD 1980:133 ger uttryck för hade inte dessa oklarheter i vad det egentligen är man undersöker under respektive tema behövt uppkomma.

AD 1982:57 Huvudlärartjänsterna

I AD 1982:57 hade regeringen genom en ändring av skolförordningen dragit in de särskilda arvodestjänsterna som huvudlärare i grundskolan. Med anledning härav sade en kommun upp ett antal lärare från aktuella tjänster under åberopande av arbetsbrist. Arbetstagsidans gjorde på diverse olika grunder gällande att uppsägningarna inte var sakligt grundade. Bl a menade de att arbetsbrist inte förelåg eftersom arbetsuppgifterna fanns kvar.³⁶¹ Sedan arbetstagsidans väckt talan yrkade arbetsgivaren interimistiskt förordnande om att anställningarna som huvudlärare skulle upphöra vid uppsägningstidens utgång.

Arbetsdomstolen³⁶² gjorde följande principuttalanden:

”Som huvudregel gäller att en arbetsgivare i sista hand bestämmer över omfattningen och organisationen av sin verksamhet. Däri ligger bl a att en arbetsgivare har rätt att dra in tjänster i samband med förändringar av tjänsteorganisationen. De uppsägningar som blir följden av sådana organisationsförändringar är därför i och för sig inte stridande mot reglerna i 7 § anställningsskyddslagen om saklig grund för uppsägning (arbetsdomstolen utgår då från att uppsägningarna inte förestavas av önskemål att av ena eller andra anledningen komma åt en eller vissa bestämda arbetstagare).

I många fall berör en organisationsförändring bara vissa delar av en anställning, varvid särskilda problem kan uppkomma när det gäller att omreglera anställningen (se därom AD 1978 nr 68). I detta fall uppkommer inte några såda-

³⁶⁰ Detta kan tala för att det är jag som missuppfattat domstolen men det kan också tala för att arbetsbristbegreppen spelar domstolen ett spratt.

³⁶¹ Vidare att skolförordningen ingick som ett led i anställningsavtalen och därför inte ensidigt kunde ändras av arbetsgivaren samt att ändringen i praktiken innebar en otillåten utvidgning av arbetsskyldigheten inom grundtjänsterna.

³⁶² Som inte delade arbetstagsidans uppfattning om att skolförordningen utgjorde en del av anställningsavtalen och menade att frågan om arbetsskyldigheten var en annan sak.

na problem, eftersom de berörda lärarna har två från varandra skilda anställningar och uppsägningarna tar sikte på en av dessa anställningar i dess helhet.

Utöver vad som nu sagts om den allmänna principen rörande arbetsgivares rätt att vidta organisationsförändringar tillkommer i det aktuella fallet den särskilda omständigheten att regeringen i 1981 års budgetproposition anmälde för riksdagen sin avsikt att dra in arvodestjänsterna som huvudlärare. Vidare angavs att de som innehade sådana anställningar tills vidare skulle sägas upp. Riksdagen godtog detta.

Under sådana omständigheter är det klart att uppsägningarna som sådana inte är ogiltiga. Detta gäller även om lärarförbundet skulle ha rätt i frågan om kollektivavtalen innefattar en begränsning av arbetskyldigheten. Arbetsgivares rätt att dra in tjänster och säga upp innehavarna av dessa tjänster är en sak och frågan om arbetstagarnas skyldighet att utföra nya arbetsuppgifter är en helt annan sak, som kan prövas i tvisteförhandlingar mellan parterna i de aktuella kollektivavtalen och därefter - eventuellt - genom särskild rättegång i arbetsdomstolen beträffande frågan om arbetskyldighetens omfattning.³⁶³

Det rör sig här om ett interimistiskt beslut där det finns anledning att anta att bedömningarna från domstolens sida inte är lika grundliga som när den har att träffa slutligt avgörande i en tvist. Med hänsyn till utgången, som ju knappast ger utrymme för en annan slutlig bedömning, finns det ändå anledning att något kommentera beslutet och de rättssatser det baseras på.³⁶⁴

Med en egen utveckling av den i motiven uttalade uppfattningen att arbetsbrist i regel är saklig grund för uppsägning³⁶⁵ anger domstolen som en normativ utgångspunkt att ”som huvudregel gäller att en arbetsgivare i sista hand bestämmer över omfattningen och organisationen av sin verksamhet” och slår vidare fast att däri innefattas en rätt för arbetsgivaren ”att dra in tjänster i samband med förändringar av tjänsteorganisationen”. Så långt kan ställningstagandet sägas baseras på vad som brukar hänföras till arbetsgivares företagsledningsrätt.³⁶⁶ Härifrån går man emellertid direkt över till att fastslå att de ”uppsägningar som

³⁶³ Beslutet var enhälligt med Johan Lind som ordförande.

³⁶⁴ Det bör i sammanhanget framhållas att enligt motiven (prop 1973:129 s 278) kan interimistiskt förordnande ske om det är ”mer eller mindre uppenbart att uppsägningen är sakligt grundad”. Det betonas samtidigt att ”bevisbördan för att så är fallet åvilar givetvis arbetsgivaren”. Som Lunning (1982 s 412) framhåller är denna bevisning ”uppenbarligen...lättare att fullgöra i arbetsbristfall än vid uppsägning av personliga skäl”.

³⁶⁵ Och med formuleringar som delvis känns igen från AD 1978:110, Lunning och Fahlbeck.

³⁶⁶ Observera att det inte är motiven som här används som stöd. Domstolen talar inte om att arbetsbrist normalt är saklig grund utan istället inriktar sig argumentationen på arbetsgivares bestämmanderätt.

blir följderna av sådana organisationsförändringar är därför i och för sig inte stridande mot reglerna” om saklig grund.³⁶⁷ Som jag kommer att återkomma till nedan är denna omedelbara koppling på intet sätt självklar.³⁶⁸

Domen ger klart uttryck för ett schabloniserat synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund. Däremot kan någon kritik mot domstolen inte riktas vad gäller användningen av arbetsbristtermen; den förekommer knappast alls i domskälen.³⁶⁹

AD 1982:60 Kutzner vs Firestone

I AD 1982:60 hade en arbetstagarare sagts upp under åberopande av arbetsbrist. Han gjorde i målet gällande att uppsägningen inte var sakligt grundad. Till stöd härför hävdade han att någon arbetsbrist inte förelagat eftersom hans tjänst återbesattes med annan person och att den verkliga orsaken till uppsägningen var den kritik han riktat mot företagsledningen. I sista hand³⁷⁰ gjorde han gällande att bolaget brutit mot omplaceringsskyldigheten.

³⁶⁷ Den negativa formuleringen är sannolikt betingad av att det rör sig om ett interimistiskt beslut.

³⁶⁸ Se nedan avsnitt 4.3.

³⁶⁹ Målet visar den särställning den offentlige arbetsgivaren intar i det att denne har möjlighet att sätta på sig lagstiftarkappan och härigenom genomdriva förändringar. Jag noterar nämligen att detta i sig framhålls som ett argument för att det offentliga i dess egenskap av privat rättssubjekt skall ha rätt att genomföra den aktuella förändringen. Det är viktigt att framhålla att det är en väsentlig skillnad när beslut om medelstilldelning framtvings nedskärningar, som i regel inte är direktdestinerade, jämfört med att som i detta fall själva ”företagsledningsbeslutet” fattas med lagstiftarkappan på. Jag har svårt att se något motsvarande fall där privata arbetsgivare befinner sig i samma privilegierade situation. Vad sedan gäller genomförandet bör poängteras att samtliga berörda parallellt med huvudlärartjänsten hade vanliga lärartjänster, vilka icke berördes av uppsägningarna. Uppsägningarna berörde därför endast huvudlärartjänsten, vilken dock uppsades i sin helhet. Någon omregleringssituation var det därför heller inte fråga om, vilket domstolen också, som framgått ovan, påtalade. Även på denna punkt intar den offentlige arbetsgivaren en särställning på tjänstebegreppet inom detta område. Här har en väsentlig uppluckring skett genom 1994 års förändringar av LOA och andra anknytande författningar. För övrigt finns ej heller den specialordning som innebar att lärare var kommunalt anställda men med statligt reglerade tjänster. En motsvarande förändring på det privata, och rent kommunala, området skulle därför i regel komma att betraktas som en omregleringssituation, där arbetsgivaren tvingats säga upp anställningen i dess helhet om arbetstagararna inte frivilligt accepterade förändringarna. Det är då heller inte säkert att saklig grund-frågan sett sig lika okomplicerad som den framställs i detta mål. Jfr AD 1997:121.

³⁷⁰ I första hand hade han gjort gällande att han avskedats utan att ens saklig grund för uppsägning förelagat. Jag behandlar emellertid inte denna fråga här.

Trots att arbetstagaren gjort gällande att den verkliga uppsägningsgrunden var personliga förhållanden gör inte tingsrätten något inledande ställningstagande till hanteringen av bevisfrågor. En förklaring här till kan vara att domstolen³⁷¹ helt enkelt betraktade påståendet om personliga förhållanden som en arbetstagarens slutsats av hans uppfattning om att någon arbetsbrist inte förelegat. Med en sådan utgångspunkt faller det sig naturligt att direkt gå in på frågan om saklig grund och härvid gör domstolen följande utläggning:

”Vad gäller frågan huruvida saklig grund förelegat för denna uppsägning är i målet ostridigt att bolaget under lång tid dragits med ekonomiska svårigheter och vidtagit ett flertal åtgärder - däribland personalinskränkningar - i syfte att nedbringa omkostnaderna i rörelsen. Vidare är ostridigt att Deal, som i juli 1978 tillträdde posten som verkställande direktör i bolaget, var en erfaren marknadsförare. - Kutzners påstående att det i allt väsentligt förelegat identitet mellan den av honom frånträdde marknadsdirektörstjänsten - sådan denna efter Holms uppsägning i maj 1978 kom att utformas - och den av Strand i september 1978 tillträdde tjänsten som försäljningsdirektör för ersättningsmarknaden vinner ej stöd av utredningen. Fastmera har Rask omvittnat att Strands tjänst i stort sett överensstämde med den tjänst Holm tidigare innehått, och av Kutzners egna uppgifter synes framgå att han endast ägnat omkring 20 procent av sin arbetsinsats åt uppgifter som egentligen hörde till den vakanta försäljningsdirektörstjänsten; det arbete han i övrigt ägnat åt ersättningsmarknaden torde han ha utfört i sin egenskap av marknadsdirektör. Slutligen talar Svenssons uppgifter om Deals arbetsinsatser inom originalutrustningsmarknaden efter det att Kutzner slutat sitt arbete för att Deal faktiskt övertagit en väsentlig del av Kutzners arbete som marknadsdirektör. - Vid nu angivna förhållanden bör bolagets påstående att uppsägningen av Kutzner grundats på arbetsbrist tagas för gott.”

När domstolen här slår fast att uppsägningen skett på grund av ”arbetsbrist” finns det anledning att återknyta till att arbetstagaren gjorde gällande att det verkliga skälet var personliga förhållanden.³⁷² Det är nämligen svårt att tolka användningen av termen arbetsbrist i denna slutsats på annat sätt än att man menar att uppsägningen *inte* för-
anletts av personliga förhållanden.³⁷³

³⁷¹ Till skillnad från frågans behandling i AD 1981:146.

³⁷² Dvs att det rör frågan om vad som utgjort verklig uppsägningsgrund.

³⁷³ Dessa icke-personliga förhållanden har då heller inte utgjorts av brist på arbete utan en på grund av ekonomiska skäl betingad omorganisation.

Arbetsdomstolen var i denna del av domskälen mycket kortfattad när den slog fast att den ”delar tingsrättens bedömning att uppsägningen ...föranleddes av arbetsbrist”.³⁷⁴

Emellertid är det nödvändigt att betrakta denna dom i dess helhet vid bedömningen av hur domstolarna ser på frågan om arbetsbrist och saklig grund. Arbetstagarans talan bifölls nämligen i båda instanserna med hänvisning till omplaceringsregeln. Jag menar dock att det här inte är möjligt att dra en skarp gräns mellan tillämpningen av första och andra stycket. Även om domstolarna betraktar detta som ett omplaceringsfall³⁷⁵ menar jag det i praktiken vara ett fall där domstolen helt enkelt kommer fram till att saklig grund inte förlegat, även med bortseende från omplaceringsfrågan. Efter att ha tagit del av parternas utveckling av talan är det nämligen alldeles tydligt att situationen inte rimligen kan utgöra saklig grund för uppsägning. Jag menar också att det är detta domstolarna måste ha kommit fram till när de efter att ha tagit del av omständigheterna gör sitt preliminära ställningstagande. Mot bakgrund också av hur arbetstagarans talan lagt fram sin talan är det sedan i justifieringsprocessen som domstolen valt³⁷⁶ att bifalla käromålet med hänvisning till att arbetsgivaren inte fullgjort sin omplaceringskyldighet. Det är väsentligt lättare att resonera med utgångspunkt i omplaceringsregeln och man slipper då gå in på frågor om det lämpliga i hur arbetsgivaren utformat sin tjänstestruktur.

I just förevarande fall framstår användningen av andra stycket som en sorts kompromiss som emellertid samtidigt bidrar till att upprätthålla föreställningen om att arbetsgivaren själv ytterst avgör ”om arbetsbrist föreligger”.³⁷⁷

3.4.6 1982 års lag

Den 1 april 1982 trädde en ny anställningsskyddslag ikraft.³⁷⁸ Den borgerliga regeringen Fälldin hade 1977 tillsatt en utredning, som fick

³⁷⁴ Arbetsdomstolens dom var enhällig med Hans Stark som ordförande.

³⁷⁵ Det är också så rättsfrågan beskrivs i den officiella sammanfattningen och det därunder angivna tillämpliga lagrummet är också 7 § andra stycket.

³⁷⁶ Ett sådant val behöver inte vara medvetet.

³⁷⁷ I detta mål var det inte till arbetstagarans nackdel att man betraktade det som en omplaceringsfråga. I andra situationer menar jag dock att så har blivit fallet eftersom domstolarna haft en benägenhet att lägga allt för mycket under andra stycket.

³⁷⁸ Drygt ett halvår innan den borgerliga regeringen förra gången (1982) lämnade ifrån sig regeringsmakten genomdrev den, precis som 1993/94, förändringar i anställningsskyddslagstiftningen. Även den gången utlovade socialdemokraterna en ”återställare”

namnet anställningsskyddskommittén, med uppgift att se över möjligheterna att finna lösningar som förbättrade arbetsgivarnas möjligheter att utge uppsägnings- och permitteringslön, att se över systemet med visstidsanställningar och att göra en mer allmän översyn och lagteknisk granskning av lagen, varvid särskilt framhölls förhållandet till medbestämmandelagens förhandlingsregler.³⁷⁹ Sedan kommitténs socialdemokratiska och två fackliga representanter³⁸⁰ i februari 1981 lämnat kommittén beslutade regeringen lägga ned densamma. Kommitténs arbetsmaterial, som på åtskilliga punkter var mer eller mindre färdigställt, övertogs därefter av arbetsmarknadsdepartementet, färdigställdes och presenterades i en departementspromemoria,³⁸¹ vars förslag sedan låg till grund för den nya anställningsskyddslagen. Trots att det rörde sig om en formellt ny lag, var de materiella ändringarna jämfört med 1974 års motsvarighet inte särskilt omfattande.³⁸²

Vad gäller arbetsbristuppsägningar uttrycks i motiven inga synpunkter på rådande rättsläge och framställningen av problemet arbetsbrist och saklig grund är till sin ambition rent deskriptiv och saknar normativa avsikter.³⁸³

Departementspromemorian

I departementspromemorian avsnitt om gällande rätt framhålls under rubriken "saklig grund för uppsägning"³⁸⁴ inledningsvis, med hänvisning till 1973 års motiv, att någon precisering av begreppet saklig

för den händelse man skulle återkomma i regeringsställning. Till skillnad från 1994 infriade man den gången inte sitt löfte.

³⁷⁹ DsA 1981:6 bl a s 6.

³⁸⁰ SACO:s och LO:s representanter, se DS A 1981:6 s 17.

³⁸¹ DsA 1981:6.

³⁸² Det finns anledning att anta att ett skäl till att man valde att skapa en formellt ny lag var att man ville påverka rättstillämpningen beträffande saklig grund-regeln, vars lydelse det inte var aktuell att ändra. Se prop 1981/82:71 s 69. Lagrådet godkände också detta, se prop 1981/82:71 s 163-4. Se kritik häremot Lars Viklund i Lag & Avtal nr 5 1982 s 25. Anders Sandgren bemöter Viklunds kritik i Lag & Avtal nr 6 1982 s 30-31.

Denna form av lagstiftning genom motiv är kanske svaret på den fråga Strömholm ställer sig mot bakgrund av justitieutskottets uttalande. Strömholm Rätt, rättskällor och rättstillämpning 1988 s 331. Strömholm åberopar JU 1976/77:15 s 6 och NU 1986/87:36 s 20f.

³⁸³ Emellertid måste man komma ihåg att departementschefens uttalanden om rättsläget vid arbetsbristuppsägningar återfinns i allmänmotiveringen till en ny lag. Oavsett vilka avsikter som därmed finns beträffande de uttalanden som görs är det alldeles klart att de i denna kontext ändå har en normerande funktion.

³⁸⁴ DsA 1981:6 s 29 ff.

grund inte ansågs möjlig med hänsyn till de varierande förhållandena och att det därför överlämnades till rättstillämpningen att mot bakgrund av de allmänna uttalandena i motiven ”från fall till fall avgöra i vad mån återopade omständigheter kan anses utgöra saklig grund för uppsägning, och det är från arbetsdomstolens praxis vägledning främst kan hämtas vid bedömningen av innebörden av gällande rätt”.³⁸⁵ Härefter presenterades utredningens/promemorieförfattarens syn på rättsläget enligt följande:

”Man skiljer mellan två typfall, å ena sidan de fall där uppsägningen beror på *arbetsbrist* och därmed jämförliga förhållanden och å andra sidan de fall där det är *arbetstagarens* beteende eller andra förhållanden som hänför sig till denne *personligen* som har föranlett uppsägningen.”³⁸⁶

Efter att kort ha berört omplaceringsskyldigheten och framhävt att denna har sin främsta betydelse i arbetsbristsituationer och vid nedsatt arbetsförmåga övergick man till att ange rättsläget i s k arbetsbristsituationer:

”*Arbetsbrist* utgör alltid saklig grund för uppsägning, förutsatt att arbetsgivaren inte i själva verket har andra motiv för uppsägningen. En domstol prövar sålunda i uppsägningstvister inte närmare orsakerna till en påstådd arbetsbrist om inte det på grund av omständigheterna finns anledning att sätta i fråga att andra skäl legat bakom uppsägningen.”³⁸⁷

Notabelt är att man i samband med tudelningen trots allt uttrycker sig nyanserat när man talar om ”arbetsbrist och därmed jämförliga förhållanden”. Att man däremot anammat ett schabloniserat synsätt blir uppenbart när man slår fast att ”arbetsbrist alltid utgör saklig grund” och endast reserverar sig för fall av s k fingerad arbetsbrist.³⁸⁸ Den som tagit del av framställningen hittills i detta arbete inser att denna beskrivning av rättsläget kan ifrågasättas. Vid den tidpunkt uttalandet gjordes fanns, som framgått, flera mål där domstolen ogillat under beteckningen arbetsbrist företagna uppsägningar trots att det inte ens gjorts gällande att det egentliga motivet varit personliga förhållanden.

³⁸⁵ DsA 1981:6 s 29.

³⁸⁶ DsA 1981:6 s 30.

³⁸⁷ DsA 1981:6 s 30. I den senare allmänmotiveringen behandlas inte arbetsbrist, s 77ff, och ej heller i specialmotiveringen där det beträffande frågan om saklig grund hänvisas till allmänmotiveringen, se s 291.

³⁸⁸ Har man vid läsningen av detta med sig den inledningsvis gjorda tudelningen implicerar detta att det ändå är av betydelse för frågan om saklig grund om en uppsägning kan placeras in i kategorin 'arbetsbrist'.

Propositionen

I propositionens allmänmotivering beskrivs rättsläget enligt följande:

”Uppsägningsfallen kan enligt det synsätt som tillämpas i anställningsskyddslagen delas in i två huvudgrupper, uppsägning på grund av *arbetsbrist* och uppsägning av skäl som har att göra med den enskilde arbetstagarens fullgörande av arbetet eller *personliga omständigheter* i övrigt.

Arbetsbrist är saklig grund för uppsägning. Principen är att det tillkommer arbetsgivaren, under medbestämmande av arbetstagsidan i den utsträckning det finns bestämmelser därom, att ta ställning till behovet av arbetskraft. Lagen bygger på att det måste godtas att driftsförändringar genomförs, även om det leder till att arbetstagare måste sägas upp på grund av arbetsbrist. Detta utesluter dock inte att arbetsgivaren bör överväga alla till buds stående möjligheter att genomföra driftsförändringen utan att arbetstagare behöver sägas upp, såsom genom omplaceringar och s k naturlig avgång. Man kan givetvis ingripa på rättslig väg, om det verkliga skälet till en uppsägning inte är, som det påstås, arbetsbrist utan ett annat som hänför sig till arbetstagaren personligen.”³⁸⁹

Här talas således först om att uppsägningsfallen kan indelas i två huvudgrupper; arbetsbrist respektive personliga förhållanden. Så långt synes framställningen ha ett pedagogiskt syfte. När det däremot i samband med tudelningen hänvisas till ”det synsätt som tillämpas i anställningsskyddslagen” ger det ändå intryck av att man utgår från att den tudelning, som förefaller relevant såvitt angår de regler vari 'arbetsbrist' och 'personliga förhållanden' utgör rekvisit, också har betydelse vid tillämpningen av regeln i 7 § om saklig grund för uppsägning. Vi ser att man inte är fullt lika kategorisk som i departementspromemorian när man anger att ”arbetsbrist är saklig grund”; i propositionens version saknas således ”alltid”.

I mångt och mycket överensstämmer de uttalanden som här görs med motsvarande utläggningar i 1973 års proposition. På en väsentlig punkt skiljer sig dock framställningarna åt. I 1973 års motiv görs under behandlingen av saklig grundproblematiken inte någon inledande distinktion vare sig i juridisk/teknisk eller pedagogisk mening mellan arbetsbrist och personliga förhållanden.

Utskottsbetänkandet

Utskottet är mycket kortfattat i de delar det uttalar sig om arbetsbrist. I inledningen under rubriken ”nuvarande regler” sägs endast följande:

³⁸⁹ Prop 1981/82:71 s 64-65. I specialmotiveringen sker endast en hänvisning till allmänmotiveringen, se s 125.

”För uppsägning från arbetsgivarens sida krävs *saklig grund*. Arbetsbrist är en sådan grund. Uppsägning kan också göras på grund av en arbetstagares personliga förhållanden. Då skall skälen vara starka. Ännu starkare skall skälen vara om anställningen skall upphöra genom avskedande med omedelbar verkan. Avskedande får tillgripas enbart i mycket allvarliga fall.”³⁹⁰

Dessa ställningstaganden framstår heller alls inte som så kategoriska som promemorians skrivning; ”arbetsbrist är en sådan (saklig) grund”.

Lunning,³⁹¹ 1982

Med anledning av den nya anställningsskyddslagen kom Lunning strax efter lagens ikraftträdande ut med en ny upplaga³⁹² av sitt verk *Anställningsskydd*.³⁹³

Som vi erinrar oss innefattar den nya lagen inte några ändringar såvitt rör de frågor som här står i förgrunden och även paragrafnreringen är i väsentliga avseenden överensstämmande. Det innebär också att avsnittet om arbetsbrist och saklig grund är i det närmaste identisk med innehållet i föregående upplaga. Den nya upplagan har emellertid försetts med en väsentligt mer omfattande allmän inledning.³⁹⁴ I denna beskriver Lunning utförligt bl a lagstiftningstureterna och den kritik som riktats mot den gamla lagen. Härtill kommer att han redan i denna inledning valt att ge en ”översiktlig beskrivning av lagens mera grundläggande bestämmelser”.³⁹⁵ En av dessa, och också den som ägnas störst utrymme, är regeln i 7 § om saklig grund för uppsägning. Under denna rubrik gör Lunning följande utläggning:

”Man skiljer mellan två typfall, å ena sidan de fall där uppsägningen beror på *arbetsbrist* och därmed jämförliga förhållanden och å andra sidan de fall där det är förhållanden som hänför sig till *arbetstagaren personligen* som har föranlett uppsägningen.

—

Arbetsbrist utgör alltid saklig grund för uppsägning, förutsatt att arbetsgivaren inte i själva verket har andra motiv för uppsägningen. En domstol prövar sålunda i uppsägningsstvist inte de närmare orsakerna till en påstådd arbetsbrist

³⁹⁰ AU 1981/82:11 s 8. I övrigt förekommer inga utläggningar av intresse. Framhållas bör att utskottet anslöt sig till departementschefens synpunkter på rättstillämpningen avseende vissa fall av personliga förhållanden, se s 16.

³⁹¹ Lunning var kvar i departementet i samband med tillkomsten av 1982 års lag. Han var rättschef 1978-83.

³⁹² Det talas inte om femte upplagan, men i senare upplagor återgår man till numrering och då är detta den femte. Boken har istället försetts med ny undertitel, ”Kommentar till 1982 års anställningsskyddslag”.

³⁹³ Förordet är daterat i maj 1982. (Det sista fall som enligt rättsfallsförteckningen behandlas är AD 1982:67.)

³⁹⁴ Lunning 1982 s 9-25.

³⁹⁵ Lunning 1982 s 19.

om inte det på grund av omständigheterna finns anledning att sätta i fråga att andra skäl här legat bakom uppsägningen.”³⁹⁶

Den uppmärksamme känner igen sig vid läsningen av detta. Bortsett från att några ord är omkastade eller tillagda är denna översiktliga beskrivning av rättsläget identisk med vad som förekommer i departementspromemorian.³⁹⁷ Detta innebär också att Lunning använder sig av den mer kategoriska formuleringen vid sin beskrivning av arbetsbrist och kravet på saklig grund. Med hänsyn till att Lunnings verk i dess helhet ger en mer nyanserad bild finns kanske inte samma anledning till kritik, men jag vidhåller att den bild av rättsläget som här sprids bör ifrågasättas.

3.4.7 En parentetisk äkta saklig grund-prövning....

AD 1982:107 Skattemyndigheten i Skellefteå

I AD 1982:107 hade två arbetstagare vid en skattemyndighet, efter att under en längre tid innehaft tidsbegränsade förordnanden och det hävdats att dessa anställningar inte var tillåtna, blivit förordnade tillsvidare men redan efter tre veckor som tillsvidareanställda sagts upp under åberopande av såväl medels- som arbetsbrist. Från arbetstagarsidan bestreds dessa uppsägningsgrunder och det gjordes gällande att det i själva verket varit personliga förhållanden som förestavat uppsägningarna.³⁹⁸ I inledningen till domskälen anger domstolen rättsfrågan vara ”om det har förelegat saklig grund för uppsägning”. Därefter gör domstolen följande principiella utläggning:

”Enligt anställningsskyddslagens förarbeten utgör arbetsbrist saklig grund för uppsägning. I dessa (se prop 1973:129 s 123) sägs dels att det inte kan krävas att en arbetsgivare håller i gång sin verksamhet i oförändrad utsträckning enbart för att tillgodose arbetstagarnas anställningstrygghet och dels att det ytterst måste vara arbetsgivarens bedömning av behovet av att genomföra en driftinskränkning och dennas återverkningar på arbetsstyrkan som får bli avgörande för huruvida arbetsbrist skall anses föreligga. Huvudprincipen är således att det

³⁹⁶ Lunning 1982 s 19.

³⁹⁷ DsA 1981:6, se strax här ovan.

³⁹⁸ Det gjordes också gällande att uppsägningarna stred mot bestämmelsen i MBA-S som föreskrev att en myndighet skall sträva efter att genomföra verksamhetsförändringar utan att behöva ta till uppsägningar. På den punkten framhöll domstolen att bestämmelsen bara uttrycker ”avtalsparternas viljeinriktning” och att den inte innefattade något uppsägningsförbud och avsåg skadeståndsyrkandet i denna del. Jfr Eklunds kommentar, Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser 1983 s 184.

är arbetsgivarens bedömning som avgör om det får anses föreligga en arbetsbristsituation och en domstol har därför i allmänhet inte anledning att pröva hurvida arbetsgivarens bedömning av arbetsbristfrågan är riktig från företagsekonomisk synpunkt. Den omständigheten att det saknas medel till avlöning av en arbetstagare, m a o att det föreligger medelsbrist, kan även utgöra saklig grund för uppsägning. Medelsbristen kan alltså vara att jämföras med arbetsbrist. (AD 1978:57)

En annan sak är, som också framhålls i förarbetena till anställningsskyddslagen, att ett av arbetsgivaren framfört påstående om att arbetsbrist utgjort grunden för en uppsägning inte skall godtas om arbetsgivaren i själva verket har haft andra motiv för uppsägningen. Tillåtligheten av uppsägningen får i sådant fall prövas med hänsyn till den verkliga grunden för denna (se anförda s 123 och bl a AD 1976 nr 26)."

Härefter fortsatte domstolen:

"I det nu aktuella målet har arbetstagsidans ifrågasatt riktigheten av arbetsgivaridans påstående att de i målet aktuella uppsägningarna har grundats på arbetsbrist och medelsbrist. Beträffande denna fråga har parterna förebringat omfattande bevisning. *Arbetsdomstolen anser sig emellertid inte behöva gå in på frågan för det fall att domstolen skulle på andra grunder finna att uppsägningarna skett under sådana förhållanden att de inte vilar på saklig grund.*"³⁹⁹

Efter att ha avhandlat vad som föregick beslutet om tillsvidareanställningar och konstaterat att personliga skäl inte förestavat uppsägningarna avslutade domstolen:

"Varken i det muntliga eller skriftliga beskedet om tillsvidareanställning gjordes några reservationer i fråga om räckvidden av beslutet om tillsvidareanställning. Med hänsyn härtill och till att (arbetstagarna) har kontinuerligt under lång tid arbetat hos myndigheten med det begränsade skydd som ett till viss tid begränsat anställningsförordnande tillförsäkrar arbetstagaren måste (arbetstagarna) enligt arbetsdomstolens mening rimligen ha haft anledning att uppfatta beskedet om tillsvidareanställning som att de i fortsättningen skulle ha en fastare anställningsform än om de på nytt hade anställts endast för en begränsad tid av sex månader. Detta måste också ha stått klart för myndigheten. Uppsägningarna den 20 januari 1982, som innebar att (arbetstagarnas) anställningar skulle upphöra den 8 juli respektive 8 mars 1982, har uppenbarligen rubbat dessa förutsättningar för tillsvidareanställningarna och kan på grund härav inte anses sakligt grundade. Med denna bedömning behöver domstolen inte vidare gå in på den frågan om det har förelegat arbetsbrist eller medelsbrist vid lokala skattemyndigheten."⁴⁰⁰

³⁹⁹ Min kursivering.

⁴⁰⁰ Majoritetsdom med Åke Bouvin som ordförande. Arbetsgivarrepresentanterna var i denna del skiljaktiga och anförde: "Vi avvisar för vår del majoritetens resonemang, som

För utgången i detta mål har domstolen utsatts för kritik och ifrågasättanden.⁴⁰¹ Den kritik som riktats tycks emellertid bygga på uppfattningen att saklig grund-regeln inte är en generell sådan utan en regel om att arbetsbrist eller verksamhetsrelaterade uppsägningsgrunder alltid utgör saklig grund för uppsägning. Kanske är detta det enda mål där domstolen gör en reell bedömning av om det föreligger saklig grund i den meningen att den låter sina intryck av arbetsgivarens samlade handlande och situationen i övrigt påverka ställningstagandet. Domstolen skiljer också på olika fall av verksamhetsrelaterade uppsägningsgrunder och visar i handling att man tar avstånd från ett schabloniserat synsätt på frågan om saklig grund och det är viktigt att notera att domstolen uttryckligen anger att den inte funnit uppsägningen i realiteten bero på personliga skäl.⁴⁰² Man kan möjligen ifrågasätta de skäl domstolen anger, vilket skulle kunna förklaras av att rådande rättsföreställningar begränsar utrymmet för justifieringar av osakliga arbetsbristuppsägningar, men trots allt är det en reell prövning av om saklig grund föreläggat.⁴⁰³

3.4.8 ...men sedan skärps tonen⁴⁰⁴

Efter denna parentes kommer AD genom ett flertal domar att skärpa sin tillämpning i riktning mot att utrymmet blir allt mindre för reella prövningar av verksamhetsrelaterade uppsägningar.⁴⁰⁵ På punkt efter punkt menar jag att de mål som här redovisas innebär en tillbakagång i förhållande till sjuttioalets mitt, där arbetsdomstolen i en serie domar upprätthöll substantiella krav, fullt i enlighet med det i lagtexten uttryckta

synes innebära att (arbetstagarna) skulle fått något speciellt slags garanti mot uppsägning från anställningarna. I stället godtar vi arbetsgivarens påstående att det har föreläggat sådan arbets- och medelsbrist som utgör saklig grund för uppsägning.”

⁴⁰¹ Se bl a Lunning Anställningsskydd 1984 s 252 och Eklund Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser 1983 s 135.

⁴⁰² Jag utgår från att domstolens majoritet intuitivt känt att ett handlande som det aktuella inte framstår som sakligt och kom därför också fram till att det inte var saklig grund.

⁴⁰³ Arbetsbristtermen används något märkligt när man säger att medelsbrist kan ”vara att jämställa med arbetsbrist”. Detta ger, utgången i målet i övrigt till trots, intryck av att man ser det som väsentligt att på något sätt knyta an en verksamhetsrelaterad uppsägning till något arbetsbristbegrepp.

⁴⁰⁴ Under perioden utkommer sjätte upplagan av Lunnings Anställningsskydd. Då denna emellertid inte innehåller något nytt vad gäller synen på arbetsbrist och kravet på saklig grund ser jag intet skäl att behandla den. (Jfr dock den under föregående rubrik antydda Lunningska kritiken mot AD 1982:107.)

⁴⁰⁵ Kanske en förklaring är att domstolen ville återupprätta anseendet efter den kritik den utsattes för med anledning av AD 1982:107.

kravet att en uppsägning skall vara sakligt grundad. Domstolen skapar samtidigt en ventil i form av institutet ”uppsägning för säkerhets skull”,⁴⁰⁶ genom vilken man kan upprätthålla föreställningen om att den relevanta tidpunkten för bedömningen av om saklig grund föreligger är förhållandena vid uppsägningstillfället.

Perioden innehåller också ett mål med ett exempel på en uppsägningsgrund som gör att föreställningen om en normativt relevant tudelning, baserad på att arbetsbrist är saklig grund för uppsägning och där arbetsbrist definieras som icke-personliga förhållanden, kan ifrågasättas (AD 1983:94).⁴⁰⁷ Det är också i detta mål domstolen slår fast att det är arbetsgivaren som bestämmer hur ”arbetsbristen skall läggas ut.”⁴⁰⁸

Klara besked

AD 1983:42 Lärarna vid S:t Eriks folkhögskola

I AD 1983:42 klargör domstolen kort och koncist vad som gäller. En folkhögskola hade med anledning av försämrade statsbidrag beslutat skära ned verksamheten och därefter sagt upp 19 lärare. Arbetstagar sidan gjorde bl a gällande att uppsägningarna kunnat undvikas om kommunen, som var huvudman, förberett situationen bättre, att det inte var visat att arbetsbrist faktiskt förelegat eftersom det inte var klart hur många elevveckor folkhögskolan skulle omfatta samt att arbetsgivaren i vart fall inte fullgjort sin omplaceringsskyldighet. Det yrkades att uppsägningarna skulle ogiltigförklaras. AD uttalade:

”Uppgifterna om att statsbidragen minskats och om att styrelsen beslutat att skära ned verksamheten har inte ifrågasatts i målet. Det är därmed tydligt att de omtvistade uppsägningarna beror på arbetsbrist.

Som arbetsdomstolen flera gånger tidigare framhållit är huvudregeln vid uppsägning p g a arbetsbrist den att domstolen inte närmare skall undersöka om arbetsgivarens bedömningar av behovet att skära ned verksamheten är riktiga eller ej. Detta gäller självfallet också när arbetsbristen är en följd av politiska beslut.

I anslutning härtill vill domstolen erinra om att regeln i 7 § andra stycket 1974 års anställningsskyddslag handlar om arbetsgivarens skyldighet att vidta

⁴⁰⁶ Utan att dock tillämpa det. Se särskilt AD 1984:19.

⁴⁰⁷ Arbetstagar sidan påstod att ett skäl till uppsägningen var att arbetsgivaren ville hämnas på en facklig förtroendeman – som dock i just det aktuella fallet hade en koppling till den aktuella arbetstagaren. Domstolen fann det dock ”på det hela taget främmande att tro att bolaget ...skulle vilja så att säga hämnas på (förtroendemannen) på ett sätt som enbart går ut över en anställd hos bolaget.”

⁴⁰⁸ Som Lunning senare kom att uttrycka det, se första gången i Lunning Anställningsskydd 1984 s 246. I övrigt kan detta mål sägas ge uttryck för att domstolen alltså tar allvarligt på saklig grund-regeln. Målet behandlas inte nedan.

omplaceringsåtgärder. Detta framgår både av lagtextens lydelse och av förarbetena (prop 1973:129 s 121) där det talas om att man skall undersöka huruvida arbetsgivaren haft möjlighet att undvika friställningar genom omplaceringsåtgärder. Omplaceringsregeln innefattar alltså inte någon skyldighet för arbetsgivaren att lägga om sin verksamhet på något mera genomgripande sätt. Därav följer också att vad förbundet anfört rörande kommunens möjligheter att inrätta ytterligare folkhögskolor och planera inför de förväntade nedskärningarna av statsbidragen saknar intresse i målet.”

Efter att ha konstaterat att några konkreta egentliga omplaceringsmöjligheter inte förelåg, fann domstolen

”att läget i mars 1982 måste antas ha varit sådant att det inom skolförvaltningen inte fanns något ledigt arbete som kunde erbjudas de uppsagda lärarna. Därav följer att uppsägningarna varit sakligt grundade.”

I målet hade arbetstagsidan också till stöd för att saklig grund inte förelegat hävdad att flera av de uppsagda beretts fortsatt arbete efter uppsägningarna. Härtill anmärkte domstolen avslutningsvis⁴⁰⁹

”att frågan om uppsägningen varit sakligt grundad måste bedömas mot bakgrund av den situation som rådde när uppsägningen ägde rum. Och vid det tillfället rådde, som förut framhållits, arbetsbrist och kommunen saknade möjlighet att bereda lärarna annat arbete inom skolförvaltningen. Ändras senare situationen så att nytt arbete kan erbjudas är detta principiellt sett inte en fråga om uppsägningen varit giltig eller inte utan i stället en fråga om den friställda läraren har företrädesrätt till det nya arbetet eller inte. Och denna senare fråga har inte underställts arbetsdomstolens prövning i detta mål.”⁴¹⁰

Det är ett påtagligt schabloniserat synsätt som kommer till uttryck i denna dom. Trots att arbetstagsidan framhållit åtskilligt som det kunde ha funnits anledning att ta ställning till och, liksom i AD 1976:111, med konkreta påståenden gjort gällande att arbetsgivaren inte gjort vad som stått i hans makt för att undvika uppsägningar, nöjer sig domstolen med att konstatera att uppsägningarna ”beror på arbetsbrist” och att den därför inte har att göra någon bedömning av det berättigade i åtgärderna.⁴¹¹

Vad gäller frågan om betydelsen av att det efter uppsägningarna faktiskt visat sig finnas utrymme för att bereda plats åt flera av de anställda

⁴⁰⁹ Och således efter redovisningen av ställningstagandet till att saklig grund förelegat.

⁴¹⁰ Domen var enhällig med Johan Lind som ordförande.

⁴¹¹ En förklaring härtill skulle kunna vara att domstolen betraktar det som en fråga rörande omplaceringsskyldighetens innebörd. Är det så domstolen uppfattat saken menar jag att det finns anledning att ifrågasätta hur den ser på förhållandet mellan första och andra stycket.

intar domstolen en ytterst formell hållning. När omfattningen av uppsägningarna inte direkt är externstyrt utan betingat av arbetsgivarens beslut menar jag att man måste vara något mer nyanserad. Även om förhållandena inte direkt kan jämföras finns det anledning att erinra om domstolens resonemang i AD 1976:28, där en uppsägning befanns stå i strid med 7 § eftersom driftsinskränkningen inte skett på det sätt som förutsatts och angivits som uppsägningsgrund.⁴¹²

I tidigare mål⁴¹³ har vi fått klart för oss att en arbetsgivare äger grunda en uppsägning på förväntningar om framtida förhållanden. I detta mål slås det fast att det är situationen vid uppsägningstillfället som är relevant för frågan om saklig grund förelegat. Någon motsättning här emellan behöver inte föreligga eftersom en välgrundad förväntan också kan sägas tidsmässigt sammanfalla med uppsägningstillfället. Resultaten av dessa ställningstaganden blir emellertid att en arbetsgivare har en mycket stor frihet och man kan fråga sig varför domstolen överhuvud taget laborerar med frågan om relevant tidpunkt när det ändå ytterst synes vara arbetsgivarens beslut om nedskärningar eller motsvarande som också utgör den sakliga grunden för åtföljande uppsägningar. Det är svårt att då föreställa sig att någon tidpunkt skulle kunna vara ”irrelevant”.⁴¹⁴

I de hänseenden som här senast diskuterats synes förevarande mål innebära att utrymme saknas för att vid bedömningen av saklig grundfrågan beakta efter uppsägningen inträffade förhållanden och då har domstolen - även om förhållandena inte är fullt jämförbara - tagit ett steg tillbaka jämfört med vad som lades till grund för domen AD 1976:28. Visst kan man i en jämförelse mellan fallen hävda att det är skillnad på om nya förhållanden inträffar efter uppsägningen. Men samtidigt innebär domstolens ställningstagande att arbetstagersidan får bära hela ansvaret. Här skulle en reell intresseavvägning (saklig grundprövning) kunna leda till annat resultat.⁴¹⁵

⁴¹² Man kan också fråga sig hur detta står i överensstämmelse med att det arbetsgivaren har att styrka är att förändringen är verklig. Här skulle det, om vi drar konsekvenserna fullt ut av domstolens resonemang, vara tillräckligt att arbetsgivaren s a s styrker att saklig grund förelegat genom att visa att han sagt upp de anställda.

⁴¹³ Se AD 1978:57.

⁴¹⁴ För att reda ut dessa förhållanden menar jag det vara nödvändigt att man är konsekvent och med uppsägningsgrund avser skälen till att arbetsgivaren fattar ett visst företagsledningsbeslut och inte företagsledningsbeslutet som sådant eller dess effekter. Se avsnitt 4.5 nedan.

⁴¹⁵ Det är ju heller inte alltid så att de uppsagda också har företrädesrätt till återanställning. Detta kan ha varit ett av de förhållanden som påverkade utgången i AD 1993:214.

Lärarmålen

Läraryrket drev under 1983-84 tre principiellt färgade tvister med olika kommuner inblandade. Bakgrunden var förändringar i elevantalet inför höstterminen 1983 och de konsekvenser detta medförde för lärarkåren.

AD 1983:127 Lärarmål 1; Övik

I AD 1983:127 hade 22 låg- och mellanstadielärare i Örnköldsvik sagts upp på grund av arbetsbrist, närmare bestämt (främst) på grund av övertalighet till följd av minskat elevunderlag.

Läraryrket väckte talan och gjorde gällande att uppsägningarna inte var sakligt grundade.⁴¹⁶ Den huvudsakliga grunden var att förbundet menade att kommunen inte gjort tillräckligt för att genom omplaceringar och andra åtgärder försöka undvika uppsägningar. Vidare framhölls att det förhållandet att uppsägningarna av sju lärare återtagits visade att kommunens bedömning av lärarbehovet var felaktig.

Kommunen invände att den vidtagit tillräckliga åtgärder och att man dessutom avstått från att säga upp nio övertaliga lärare eftersom man erfarenhetsmässigt vet att ytterligare tjänstledighetsansökningar brukar komma i nära anslutning till skolstarten. Beträffande att uppsägningarna av sju lärare återtagits gjordes gällande att detta varit avhängigt förhållanden som inträffat efter uppsägningen, vilka inte kunnat förutses, och framhöll som principiell ståndpunkt att bedömningen av om saklig grund föreligger skall ske med utgångspunkt i de förhållanden som var kända vid uppsägningstillfället.

I inledningen av domskälen gör domstolen vissa allmänna uttalanden om arbetsbristuppsägningar mm:

”SL grundar sin talan på att kommunen inte vidtagit erforderliga åtgärder för att bereda de uppsagda lärarna fortsatt anställning, i första hand i den egna tjänsten och i andra hand i annan tjänst. De omständigheter som SL därvid framfört aktualiserar frågor som rör såväl arbetsbristbegreppet som omplaceringsskyldigheten vid arbetsbrist. Det finns därför anledning att inledningsvis något beröra de rättsprinciper som bildar utgångspunkt för bedömningen av dessa frågor. Vad som anförs i det följande tar i första hand sikte på den privata sektorn men gäller i tillämpliga delar även den offentliga sektorn (jfr AD 1983 nr 42).

Enligt 7 § första stycket anställningsskyddslagen skall uppsägning från arbetsgivarens sida vara sakligt grundad. Enligt lagens förarbeten godtas arbets-

⁴¹⁶ Sedan uppsägningarna av sju lärare återtagits kom talan att omfatta resterande femton.

brist som saklig grund för uppsägning. Det har nämligen inte ansetts kunna krävas av en arbetsgivare att han håller igång verksamheten i oförändrad utsträckning enbart för att tillgodose arbetstagarnas anställningstrygghet. I förarbetena anförs att det dock givetvis måste krävas av arbetsgivaren att han överväger alla de möjligheter som står till buds för att genomföra driftsförändringen utan att arbetstagare behöver sägas upp, såsom genom omplacering, naturlig avgång eller successiv avveckling. Ytterst måste det emellertid enligt förarbetena vara arbetsgivarens bedömning av behovet av att genomföra en driftsinskränkning och dennas återverkningar på arbetsstyrkan som får bli avgörande för huruvida arbetsbrist anses föreligga. I anslutning härtill framhålls att det i princip inte kan vara en ändamålsenlig ordning att domstol i det särskilda fallet skulle ha att gå in på frågor om det berättigade från företagsekonomisk synpunkt att över huvud taget genomföra en driftsförändring eller att genomföra den på det sätt som företaget har kommit fram till (prop 1973:129 s 123).”

I direkt anslutning till ovanstående citat görs också uttalanden om omplaceringsregelns innebörd:

”Även om arbetsbrist föreligger, är det ändå inte säkert att en uppsägning som sker av denna anledning är sakligt grundad. Enligt 7 § andra stycket anställningsskyddslagen föreligger nämligen inte saklig grund för uppsägning om det skäligen kan krävas att arbetsgivaren bereder arbetstagaren annat arbete hos sig. I förarbetena till denna bestämmelse - som är tillämplig såväl när det föreligger arbetsbrist som när arbetsgivaren överväger uppsägning på grund av arbetstagarens personliga förhållanden - anförs att det, om en driftsinskränkning måste ske på en avdelning, kanske kan finnas möjlighet att erbjuda de friställda arbetstagarna arbete på en annan avdelning inom företaget. Enligt föredragande departementschefen var det naturligt att saklig grund inte skulle anses föreligga, om arbetsgivaren hade möjlighet att undvika friställningar genom omplaceringsåtgärder av detta slag. Departementschefen tillade att uppsägning borde vara den yttersta åtgärd som fick sättas in först när alla andra möjligheter att lösa problemet hade tömts ut.

Som framgår av förarbetena till anställningsskyddslagen är den nämnda omplaceringsregeln i första hand tillämplig, när det någonstans inom verksamheten finns lediga arbeten att erbjuda de arbetstagare vilka - på grund av arbetsbrist eller förhållanden som hänför sig till deras person - inte längre kan utföra de arbetsuppgifter som tidigare lagts på dem. Om sådana lediga arbeten inte finns tillgängliga, uppkommer frågan i vad mån det skäligen kan krävas att arbetsgivaren vidtar andra åtgärder för att dessa arbetstagare ändå skall kunna beredas fortsatt anställning hos honom.

Lika litet som det har ansetts kunna krävas av en arbetsgivare att han håller verksamheten i gång i oförändrad utsträckning enbart för att bereda sina anställda full sysselsättning kan det begäras att han för att undvika friställningar utvidgar sin verksamhet eller på annat sätt skapar arbetstillfällen som inte går att erbjuda i verksamheten sådan den i fortsättningen är avsedd att bedrivas (jfr t ex

AD 1977:151, 1980:168, 1983:42). Kvar står emellertid frågan om det skäligen kan krävas att arbetsgivaren organiserar om denna verksamhet så att befintliga arbetsuppgifter kan läggas på de arbetstagare som eljest skulle ha blivit övertaliga.

I vissa fall torde en arbetsgivare vara skyldig att vidta en organisationsförändring som nu berörts om det kan ske utan att verksamheten läggs om på något mera genomgripande sätt och verksamhetens fortsatta bedrivande inte heller försvåras. En förutsättning är dock givetvis att detta inte medför att andra arbetstagare måste friställas. Dessutom torde böra krävas att organisationsförändringen inte heller på annat sätt leder till försämrade anställningsförhållanden för övriga arbetstagare.”

I mångt och mycket består det återgivna i referat från motiven till 1974 års lag. Härtill kommer emellertid några självständiga ställningstaganden som delvis baseras på tidigare praxis. Vi noterar att domstolen talar om att frågan om andra åtgärder än omplacering till lediga arbeten uppkommer först om sådana arbeten inte finns tillgängliga. En sådan ståndpunkt kan kritiseras för att den låser handlingsutrymmet. Man kan naturligtvis hävda att det inte är rimligt att omorganisera verksamheten om problemet kan lösas genom en omplacering till ledigt arbete. Här måste man emellertid göra en åtskillnad mellan arbeten inom respektive utom arbetskyldighetens ram och framför allt bör framhållas att omplaceringarna till arbeten utanför arbetskyldighetens ram inte behöver omfatta just dem vars arbetsuppgifter försvunnit. Man måste nämligen ha i åtanke att det som brukar kallas arbetsbristen bestäms av det beslut arbetsgivaren inledningsvis fattar. Detta kommer sedan i sin tur att påverka vilka anställda som kommer att drabbas av åtgärder. Det blir därför en sorts cirkelresonemang om man argumenterar på det sätt domstolen gör. Domstolen utgår nämligen från att det redan föreligger en arbetsbristsituation i vilken det står klart vilka som skall drabbas. Detta visar att dessa prövningar måste betraktas som någonting annat än en bedömning av omplaceringsskyldigheten. För att de i motiven uttalade kraven på att arbetsgivaren skall göra vad som är möjligt för att genomföra verksamhetsförändringar utan uppsägningar skall få någon innebörd måste bedömningen härav vara en del av den prövning som föregår behovet av att undersöka omplaceringsmöjligheter i egentlig mening. Om kravet på omorganisation eller motsvarande istället läggs så initialt finns det större förutsättningar att angripa problemet. Ett annat sätt att uttrycka saken är att ett *förändrat* synsätt på förhållandet mellan första och andra stycket ger väsentligt större utrymme för att ställa krav på en arbetsgivare att genomföra verksamhetsförändringar utan att anställda behöver sägas upp. Vi måste samtidigt komma ihåg att problemet ter sig olika beroende på vad arbetsgivarens beslut består i.

När domstolen sedan med en analogi från motivens uttalanden om att en arbetsgivare inte är skyldig att hålla verksamheten igång bara för att bereda sina anställda fortsatt anställning, med hänvisning till tidigare praxis, som knappast direkt tar ställning i dessa frågor, talar om att det inte kan begäras att arbetsgivaren utvidgar sin verksamhet ”eller på annat sätt skapar arbetstillfällen som inte går att erbjuda i verksamheten sådan den i fortsättningen är avsedd att bedrivas” visar domstolen att den skiljer på verksamhetens innehåll och organisation å ena sidan och vad som skulle kunna kallas tjänstestruktur etc å den andra. Detta uttrycks, som framgått, med att domstolen ställer sig frågan ”om det skäligen kan krävas att arbetsgivaren organiserar denna verksamhet så att befintliga arbetsuppgifter kan läggas på de arbetstagare som eljest skulle bli övertaliga”. Här efter fortsätter domstolen med ett självständigt normativt resonemang där den menar att sådana förändringar i vissa fall skäligen kan krävas men framhåller samtidigt som en yttersta begränsning att det inte får leda till att andra måste friställas eller på annat sätt leda till att andra arbetstagare får försämrade anställningsförhållanden. Detta ställningstagande tycks bygga på att beslutet om verksamhetens fortsatta bedrivande ändå på något sätt förutsätts peka ut vilka arbetstagare som är föremål för arbetsgivarens åtgärder. Härigenom kommer naturligen möjligheterna att ställa krav på arbetsgivaren att försvåras. Man kan fråga sig varför det inte skulle kunna anses vara rimligt att arbetsgivaren skall vara skyldig att förändra anställningarna för flera arbetstagare om det kan leda till att uppsägningar undviks? Detta skulle således innebära att kraven på organisationsförändringar i syfte att undvika uppsägningar skulle ligga redan på ”initialstadiet” och inte i ett senare led som domstolen tycks uppfatta som rena genomförandestadiet och där den rättsregel som i första hand är tillämplig utgörs av omplaceringsregeln i andra stycket. Det är mitt intryck att de begränsningar domstolen känner sig bunden av innefattar att den inte gör en principiell åtskillnad mellan situationer där någon exempelvis skulle kunna tvingas acceptera sämre anställningsvillkor etc på grund av någon annans misskötsamhet och situationer där individen inte på samma sätt står i förgrunden, dvs där den bakomliggande orsaken är verksamhetsrelaterad.

När domstolen efter det senaste citatet också behandlat frågan om arbetstagares kvalifikationer gör den med hänvisning till AD 1976:49 följande principiella uttalanden om avvägningen mellan verksamhetens och de anställdas intressen i sammanhanget:

”Det nu anförda reser frågan om avvägningen mellan de krav som från pedagogiska och andra synpunkter ställs på undervisningen och lärarnas krav på an-

ställningstrygghet. Som arbetsdomstolen uttalat i domen 1976 nr 49 kan enbart den omständigheten att en viss uppläggning är från pedagogiska synpunkter överlägsen en annan disposition av tillgängligt timantal inte utan vidare leda till att det förra alternativet väljs, om det föranleder att tillsvidareanställda lärare skiljs från anställningen. I stället bör utgångspunkten vara den att uppsägning i en situation som den beskrivna bör komma i fråga endast om en uppläggning av undervisningen som möjliggör fortsatt anställning för med sig väsentliga nackdelar från pedagogisk eller annan därmed jämförlig synpunkt.

Utfallet av denna prövning blir av naturliga skäl starkt beroende av om det rör sig om en tillfällig övertalighet eller om det är fråga om en mer långsiktig trend. Som SL framhållit leder nämligen det från år till år skiftande elevunderlaget till att skolan inför varje läsår måste ompröva sin organisation. Detta förhållande torde vara tämligen särpräglat för skolväsendet och bör leda till att särskilda krav ställs på framförhållning och planering så att effekterna av sådana övergående förändringar i så liten utsträckning som möjligt tillåts påverka lärarnas anställningstrygghet. Är det däremot fråga om en mer permanent minskning av elevantalet blir läget i viss mån ett annat. De ovan beskrivna särskilda förhållandena på skolområdet framträder då inte med samma styrka och det torde överhuvudtaget knappast kunna göras gällande i ett sådant fall att situationen inom skolan på något avgörande sätt skiljer sig från vad som normalt är fallet vid driftsinskränkningar.”

Vi ser här att domstolen, liksom i AD 1976:49 och 1976:111, framhåller skolans särpräglade situation och relaterar kraven på arbetsgivaren till om det rör sig om sådana förhållanden som är avhängiga av de skiftningar i elevunderlaget som just hör till skolområdets särdrag eller om det rör sig om mer permanenta förändringar. Vad som då emellertid är intressant att framhålla är att det domstolen här förhåller sig till är externa förhållanden medan det annars i regel inte förs någon diskussion kring huruvida förhållandena är temporära eller permanenta utifrån ett externt perspektiv. I stället tycks det vara så att permanensen i privata företag relateras till det företagsledningsbeslut som fattats och att det inte fästs någon avgörande vikt vid vad som föranlett beslutet, för såvitt det inte påstås att det verkliga skälet till beslutet är personliga förhållanden eller andra ovidkommande skäl. I praktiken innebär detta att man skiljer på vad som utgör uppsägningsgrunden när man har att göra med offentlig respektive privat verksamhet och att företagsledningsrätten (eller dess offentliga motsvarighet) som sådan är av underordnad betydelse i offentlig verksamhet medan den i privat verksamhet är helt avgörande för vad domstolen anser sig ha rätt att pröva. I offentlig verksamhet är det arbetsbristen som föranleder indragningar medan det i privat verksamhet är indragningen som föranleder arbetsbristen. Det väsentliga i detta påpekande menar jag vara att det inte är skolans sär-

drag med varierande elevunderlag som är det relevanta i sammanhanget utan snarare att domstolens ställningstaganden istället ger uttryck för att en offentlig arbetsgivares möjligheter att genom rena företagsledningsbeslut skapa arbetsbristsituationer är begränsade. Man kan nämligen fråga sig hur domstolen skulle hantera en privat verksamhet som var utsatt för motsvarande svängningar i efterfrågan eller liknande. Skillnaderna menar jag inte vara så stora men de externa faktorer som gör att exempelvis efterfrågan på vissa produkter eller tjänster varierar är betydligt mer komplexa.⁴¹⁷

Domstolen fortsatte i direkt anslutning till ovanstående med följande principuttalanden som knyter an till frågan om vilka krav som kan ställas på en arbetsgivare att försöka undvika uppsägningar:

”På samma sätt som arbetsgivarens bedömningar av behovet att genomföra en organisationsförändring e d är avgörande för frågan om arbetsbrist skall anses föreligga är det ytterst arbetsgivaren själv som avgör om det för att undvika friställningar är möjligt att genomföra en organisationsförändring utan att verksamhetens fortsatta bedrivande därigenom försvåras. Som förut nämnts har nämligen lagstiftaren vid tillkomsten av anställningsskyddslagen intagit ståndpunkten att det inte är lämpligt att domstol gör sådana företagsekonomiska bedömningar som skulle bli nödvändiga för ett riktigt ställningstagande till denna fråga. Det sagda innebär emellertid inte att domstolen måste godta varje påstående från arbetsgivaren om att det från företagsekonomisk synpunkt, eller på den offentliga sidan från motsvarande synpunkt, inte skulle vara lämpligt att genomföra en organisationsförändring som kunde förhindra annars nödvändiga friställningar. Arbetsgivaren bör redovisa de skäl som ligger bakom hans ståndpunkt och dessa skäl måste vid en objektiv bedömning framstå som godtagbara. Kan arbetsgivaren inte visa sådana skäl, bör hans påstående lämnas utan avseende.”

Genom dessa ställningstaganden backar domstolen tillbaka. Uttalandena innefattar en begränsande precisering av gränserna för de krav som kan ställas på arbetsgivaren att undvika uppsägningar som inte återfanns i anslutning till motsvarande utläggning i AD 1976:49. Det innebär också att den distinktion mellan vad som utgör verksamheten och dess tjänsteorganisation som tidigare uppmärksammats också minskar i be-

⁴¹⁷ Det är också något förvånande att domstolen inte mer uttalat pekar på skillnaden mellan privat och offentlig verksamhet när den talar om arbetsgivares rätt att fatta beslut. För det första har inte en offentlig arbetsgivare formellt samma rätt att fatta beslut. Härtill kommer emellertid det väsentliga att de strukturella normer som uppbär marknadsekonomin och de strategiska normer som utvecklas i anslutning härtill och som genom transformation till en rättslig nivå kan användas som en motvikt till och ställa upp gränser för anställningsskyddsregleringen alls inte har någon bärighet för stora delar av den offentliga verksamheten. Jfr nedan avsnitt 4.3.

tydelse om man även på den sistnämnda nivån låter arbetsgivarens bedömning vara utslagsgivande.

Efter dessa mycket omfattande principiella utläggningar övergick domstolen till att tillämpa dem på förhållandena i det aktuella målet. Sedan den behandlat elevunderlaget och de åtgärder detta föranlett konstaterade domstolen att det vid uppsägningstillfället fanns 32 lärare som inte var "placerade". Efter att sedan ha berört lärarförbundets uppfattning om att kommunen inte använt tilldelade medel på ett korrekt sätt, varvid domstolen framhöll att utgångspunkten är "att arbetsgivaren i princip ensam bestämmer om användningen av tillgängliga medel", och att en eventuellt felaktig användning av tilldelade medel är en fråga mellan arbetsgivaren och bidragsgivaren, kom domstolen över på frågan om i vilken utsträckning kommunen i tillräcklig omfattning utnyttjat möjligheten att inrätta s k fasta vikarietjänster. Arbetstagar sidan gjorde nämligen också gällande att arbetsgivaren genom sitt uppsägningsbeslut i realiteten sade upp tillsvidareanställda för att sedan ersätta dessa med korttidsvikarier. Härigenom förelåg, menade man, inte någon arbetsbrist. Arbetsdomstolen anförde i denna del följande:

"Enligt arbetsdomstolens mening torde krav på att arbetsgivaren skall organisera sin verksamhet så att behov av vikarier inte uppkommer i princip inte kunna uppställas. En annan sak är att arbetsgivaren inte bör kunna begagna sig av vikariat om omständigheterna är sådana att det på förhand stått klart att förutsättningar för tillsvidareanställning föreligger (jfr AD 1977:17). Detta gör sig uppenbarligen gällande med särskild styrka om det är så att tillsvidareanställda arbetstagare friställs för att i motsvarande utsträckning ersättas av vikarier. Under sådana förhållanden föreligger, såsom SL hävdade, inte någon arbetsbrist. Det nu anförda förutsätter att det inte är fråga om temporära inhopp utan om ett konstant nyttjande av vikarier där förutsättningar för tillsvidareanställning föreligger."

Den grundläggande bristen i domstolens resonemang här är att den låser sig vid arbetsbristbegreppet i någon vardaglig mening när det den har att pröva är om det förevarande förhållandet utgör saklig grund för uppsägning. Domstolen frågar sig om det föreligger arbetsbrist, inte i den formella mening som domstolen ofta annars använder termen utan i någon närmare vardagsspråkets liggande betydelse. Använt på detta sätt blir det åtskilliga situationer där saklig grund anses föreligga som inte skulle vara det eftersom någon verklig arbetsbrist inte föreligger. När domstolen därför säger att det inte råder arbetsbrist om tillsvidareanställda ersätts med vikarier måste den därför i praktiken med "arbetsbrist" mena 'saklig grund'.

Jag vill inte påstå att domstolen gör gällande att arbetsgivaren är skyldig att tillsvidareanställa där det formellt är möjligt att ha vikarier men däremot säger man uppenbarligen att om en arbetsgivare valt att ha fler tillsvidareanställda än vad som krävs för verksamhetens bedrivande om samtliga vore närvarande, då kan han inte senare fatta ett organisatoriskt beslut som innebär en minskning av antalet fast anställda för såvitt inte några andra faktorer ligger bakom.⁴¹⁸

Efter att ha belyst förhållandena i målet gjorde domstolen sedan på denna punkt följande ställningstagande, som förstärker bilden av ett schabloniserat synsätt:

”I enlighet med vad domstolen inledningsvis anfört ankommer bedömningen av hur många arbetstagare som måste sägas upp i en arbetsbristsituation ytterst på arbetsgivaren. Någon omständighet som tyder på att kommunen handlat i avsikt att kringgå gällande bestämmelser om anställningsform har inte framkommit och de skäl som kommunen redovisat för sitt ställningstagande att ha två men inte fler fasta lärarvikarier får anses godtagbara”.

Här talar domstolen än en gång klarspråk. Det är arbetsgivarens bedömning som är utslagsgivande och vi får än en gång bekräftelse på att det är kraven från AD 1976:111 som är de enda substantiella.

Efter att domstolen funnit att de förhållanden som föranlett återtagandet av vissa uppsagda lärare varit betingade av sådant som inte var känt vid uppsägningstillfället mynnade det hela ut i ställningstagandet att det ”således... förelegat arbetsbrist för de lärare som avses med SLs talan.” Sedan domstolen därefter slagit fast att kommunen heller inte haft möjlighet att bereda de uppsagda lärarna annat arbete, ogillades kärromålet.⁴¹⁹

Huruvida domstolen med ”arbetsbrist” i det sista citatet menar ”saklig grund” eller brist på arbete, i den mening jag ovan hävdat krävs för att en uppsägning på den offentliga sektorn skall vara tillåten, är inte alldeles klart. Intrycket är ändå att arbetsbriststermen, som redan påpekats, används på ett mer vardagsadekvat sätt i detta mål än vad som annars är vanligt. Detta skulle i sig kunna ge intryck av att man också menar att det måste föreligga brist på arbete till följd av externa förhållanden för att uppsägningar på detta område skall vara sakligt grundade. Att man inte redan i den citerade satsen kan använda uttrycket ”saklig grund” följer av att man härefter har att ta ställning till omplaceringsskyldigheten. Vad som talar för att det ändå är detta man avser är att man inte senare anger att konklusionen av att även omplaceringsskyldigheten fick anses avgjord är

⁴¹⁸ I ljuset av senare vikariatspraxis (bl a AD 1984:66) kan det finnas anledning att ifrågasätta om domstolen senare skulle ha upprätthållit detta normativa ställningstagande om frågan ställdes på sin spets.

⁴¹⁹ Domen var enhällig med Åke Bouvin som ordförande.

att uppsägningen är sakligt grundad. I stället blir konklusionen att "SLs talan skall avslås". Konstaterande av att arbetsbrist förelegat och att omplacerings-skyldigheten fullgjorts är således ett enligt domstolen tillräckligt konstaterande; man behöver inte ange att det innebär att uppsägningarna var sakligt grundade trots att det var påståendet om att så inte var fallet som utgjorde grunden för käromålet. Dock bör till domstolens försvar framhållas att den fråga den anser sig skola utreda efter de långa principutläggningar som ovan citerats var om uppsägningarna " varit sakligt grundade", inte om de skett på grund av arbetsbrist. Detta talar för att "arbetsbrist" i senaste citatet också betyder 'saklig grund bortsett från omplaceringskyldigheten'.

AD 1984:19 Lärarmål 2; Luleå

AD 1984:19, som också rörde lärarområdet och där bakgrunden till uppsägningarna och de grunder arbetstagsidan åberopade var av i huvudsak samma slag som i AD 1983:127, avsåg uppsägningar av ett flertal låg- och mellanstadielärare i Luleå inför läsåret 1983/84. Tonvikten i domskälen ligger emellertid delvis på andra frågor.⁴²⁰ Särskilt är det frågan om relevant tidpunkt och problemet kring uppsägningar "för säkerhets skull"⁴²¹ som dominerar. Arbetstagsidan gjorde gällande att utvecklingen senare visade att åtskilliga av uppsägningarna var onödiga. Kommunen invände att återtagandet av vissa uppsägningar var betingat av förhållanden som inträffat efter uppsägningarna och att utgångspunkten för bedömningen måste vara förhållandena vid uppsägningstillfället.

Domstolen behandlar i detta mål de olika grunder arbetstagsidan anfört under skilda rubriker. Under rubriken "kommunen skulle ha kunnat behålla fler än 13 lärare i reserv" gör domstolen för första gången normativt principiella utläggningar kring frågan om relevant tidpunkt och uppsägningar för säkerhets skull:⁴²²

"Anställningsskyddslagens regler om uppsägning på grund av arbetsbrist innebär i princip att arbetsgivaren har rätt att grunda avgörandet huruvida uppsägning skall ske på en bedömning av hur personalläget kommer att vara vid uppsägningstidens slut. Det krävs alltså inte att arbetsbrist redan har inträffat för att uppsägning skall få genomföras. Vid den prövning arbetsgivaren vid en upp-

⁴²⁰ Vilket kanske delvis kan förklaras av att domstolen dömde i olika sammansättningar.

⁴²¹ Det var arbetstagsidan som här introducerade denna sedan ofta använda beteckning.

⁴²² Som framgått av framställningen ovan har domstolen varit inne på denna frågeställning tidigare utan att man dock utvecklat sin principiella syn härpå, se AD 1978:57 och särskilt AD 1983:42.

sägning gör om läget vid uppsägningstidens slut har han i princip att väga samman de faktorer som leder till minskat behov av personal och de som leder till ökat behov. Härvid har arbetsgivaren att beakta sådana förhållanden som vid ett praktiskt bedömmande med säkerhet kan överblickas. Han har inte rätt att beakta sådant som endast med större eller mindre sannolikhet kommer att inträffa. Ett hänsynstagande till sådana osäkra förhållanden skulle kunna innebära att en uppsägning skulle komma att genomföras 'för säkerhets skull' och det är inte tillåtet enligt anställningsskyddslagen. Å andra sidan är arbetsgivaren inte skyldig att beakta sådana omständigheter som kan föranleda ett förbättrat sysselsättningsläge, om dessa omständigheter är ovissa.”

Beträffande förhållandena i det aktuella fallet fann domstolen därefter att

”det inte har förelegat något hinder för kommunen att göra sin bedömning av sysselsättningssituationen vid läsårets början i sådan tid i förväg att eventuella uppsägningar av övertaliga lärare kunnat träda i kraft vid den tidpunkten. ... Vidare anser domstolen att kommunen i princip inte har varit skyldig att beakta att vakanser möjligen skulle uppkomma senare.”

Därefter vidareutvecklade domstolen det principiella resonemanget och de konsekvenser detta kan medföra:

”Den nu redovisade synen på de bedömningar arbetsgivaren har att göra vid övervägandet av om en anställd skall sägas upp på grund av arbetsbrist kan självfallet leda till att uppsägningar kan komma att ske så att säga i onödan. Detta är givetvis en påtaglig olägenhet för arbetstagaren. För att bli råda bot härpå gäller emellertid enligt lag en återanställningsrätt för arbetstagaren vid uppsägning på grund av arbetsbrist. I den mån annat arbete finns tillgängligt har alltså arbetstagaren företrädesrätt till sådant arbete.

Ytterligare bör anföras att det i det enskilda fallet kan förhålla sig på det sättet att arbetsbrist åberopas endast som en förevändning för att dölja de verkliga motiv som ligger till grund för en uppsägning. Det är givet att i ett sådant fall av så kallad fingerad arbetsbrist uppsägningen kan visa sig vara rättsstridig även om rent formellt sett arbetsbrist kan påstås föreligga.”

Då något sådant inte ens gjorts gällande fann domstolen sammanfattningsvis att uppsägningarna inte kunde angripas på denna grund.

Det är först att poängtera att de normativa ställningstaganden domstolen här gör beträffande relevant tidpunkt för bedömningen av om saklig grund föreligger, såvitt jag kunnat finna och vilket också bekräftas av att någon källhänvisning inte förekommer, saknar uttryckligt stöd i motiven till anställningsskyddslagen och när domstolen talar om att *lagen innebär* att arbetsgivaren äger grunda en uppsägning på en bedömning av personalläget vid uppsägningstidens slut så är det domstolens uttolkning i form av ett självständigt normativt ställningstagande vi

rör oss med. Vi erinrar oss dock att domstolen⁴²³ gjorde ett motsvarande uttalande om relevant tidpunkt i AD 1978:57, utan att alls utveckla ståndpunkten på det sätt som sker i förevarande mål.⁴²⁴

Man kan vid ett första betraktande få intryck av att domstolens här gjorda ställningstaganden lämnar stort utrymme för arbetsgivaren att säga upp under återopande av arbetsbrist och att de är helt i linje med ett schabloniserat synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund. Samtidigt måste emellertid beaktas att bara det förhållandet att domstolen går in i en utläggning om relevant tidpunkt i sig kan sägas ge uttryck för en begränsning av uppsägningsrätten vid verksamhetsrelaterade förhållanden i det att det trots allt förmedlar bilden av att uppsägningarna ändå måste vara relaterade till någon mer eller mindre verklig arbetsbrist. Vad domstolen nämligen säger är, delvis underförstått, att en arbetsgivare kan grunda en uppsägning antingen på en vid uppsägningstillfället faktiskt föreliggande brist på arbete eller på att sådan arbetsbrist med viss grad av sannolikhet föreligger vid den tidpunkt då uppsägningstiden för de uppsagda löper ut. Vad ställningstagandet då i själva verket förmedlar är att uppsägningsrätten alls inte är så fri som vi annars givits intryck av. Detta talar förvisso för att det är jag som tolkar domstolens ställningstagande felaktigt. Jag har emellertid en annan mer plausibel förklaring till denna skenbara motsägelse.

Samtliga vid tidpunkten i fråga behandlade mål, vari frågan om relevant tidpunkt för bedömningen av om saklig grund föreligger varit föremål för prövning, har rört den offentliga sektorn.⁴²⁵ I AD 1978:57 rörde det medelstilleddningen till kärnkraftsbygget i Forsmark, vilket medförde att uppsägningar kunde företas så att anställningarna upphörde när medel inte längre utgick. I övriga mål har det rört skolans område och uppsägningarna har då motiverats av minskade statsbidrag till folkhögskola (AD 1983:42) respektive minskat elevunderlag i grundskolan, vilket i sin tur lett till minskade statsbidrag till kommunernas skolverksamhet (AD 1983:127 och nu aktuella mål, AD 1984:19). Det relevanta gemensamma draget för samtliga dessa fall är förvisso inte att det rör sig om den offentliga sektorn. Däremot är det så att i samtliga fall har uppsägningarna föranletts av externa förhållanden vars effekter dessutom kan bestämmas i det närmaste exakt i tiden. Även om det undantagsvis kan tänkas förekomma, måste det vara ovanligt att privata ar-

⁴²³ Även då under Starks ordförandeskap.

⁴²⁴ Se ovan under behandlingen av detta mål.

⁴²⁵ Jag bortser då från AD 1977:80, där frågan inte direkt ställdes på sin spets och där det finns mer pragmatiska förklaringar till domstolens ställningstaganden.

betsgivare hamnar i en sådan situation. Vi måste också ha i åtanke att den enskilde offentlige arbetsgivaren själv inte äger bestämma över verksamheten efter eget gottfinnande. Denne är mer eller mindre hårt styrd av konkreta författningsbestämmelser och/eller av extern medelstilleddning. En offentligt reglerad och finansierad skola kan inte som en privat arbetsgivare helt plötsligt besluta sig för att minska verksamhetens omfattning, och en statlig myndighet kan inte heller själv internt bestämma att upphöra med en del av sin verksamhet.⁴²⁶ Vad jag åsyftar med denna argumentation och dessa exempel är att de principiellt hållna uttalandena om relevant tidpunkt förvisso implicerar den begränsning av uppsägningsrätten jag ovan påvisat men att de inte rimligen kan ha den generella tillämplighet som de principiellt färgade formuleringarna är ägnade att förmedla. De äger i allt väsentligt tillämpning på offentliga arbetsgivare. Det är nämligen motsägelsefullt att beträffande en privat arbetsgivare, som man också menar äger rätt att oavsett om det är nödvändigt eller inte fritt förändra eller inskränka sin verksamhet, tala om relevant tidpunkt i den mening som här avses. Däremot kan det få sin motsvarighet för de privata arbetsgivarna i det att uppsägningar måste relateras till realiserandet av ett företagsledningsbeslut.⁴²⁷ Men det är inte särskilt klagörande att tala om att arbetsgivaren får grunda uppsägningar på en bedömning av personalläget vid uppsägningstidens slut när det är denne själv som bestämmer personalläget.⁴²⁸ Genom att resonera på detta sätt skulle vi befrias från diskussioner om att arbetsbristen inte behöver föreligga vid den eller den tidpunkten. En förklaring till formuleringarna kan för övrigt just vara att domstolen hakar upp sig kring föreställningen att det i någon mening måste föreligga arbetsbrist och kommer då fram till att det är tillräckligt med anteciperad sådan.

Under rubriken ”kommunen borde ha inrättat fler tjänster för fasta vikarier” framhöll domstolen, i likhet med vad som sades i AD 1983:127, först ”att anställningsskyddslagen i princip inte lägger någon skyldighet på en arbetsgivare att organisera sin verksamhet så att behov av vikarier inte uppstår. Vikarieanställningen är tvärtom en anställningsform som är uttryckligen tillåten enligt lag”, men fann dessutom att arbetsgivaren redan inrättat så många fasta vikarietjänster som

⁴²⁶ Däremot skulle det naturligtvis kunna tänkas bli fråga om inskränkningar på personalsidan under ett pågående läsår, men detta är något annat.

⁴²⁷ Jfr bl a AD 1977:80, där en uppsägning inte ansågs sakligt grundad eftersom den skett vid en tidpunkt som inte kunde kopplas till verksamhetens nedläggning.

⁴²⁸ Detta resonemang innebär samtidigt att det som är uppsägningsgrunden är olika förhållanden om det rör sig om marknadsfinansierad eller skattefinansierad verksamhet.

gällande specialförfattning medgav och ogillade således även denna arbetstagsidans grund.

Beträffande en arbetstagsare hade arbetstagsidans gjort gällande att hon inte bort sägas upp eftersom hon var tjänstledig. Domstolen konstaterade dock att tjänsteunderlag saknades och att det inte fanns anledning att på tjänstledigheten särbehandla henne.

Sedan domstolen vidare funnit att arbetsgivaren jämväl, med undantag för en person, fullgjort sin omplaceringsskyldighet ogillades käromålet beträffande samtliga utom denne.⁴²⁹

AD 1984:26 Lärarmål 3; Göteborg

AD 1984:26 utgör det sista av tre mål vari lärarförbundet förde talan mot kommuner med anledning av uppsägningar av lärare på sviktande elevunderlag inför läsåret 1983/84. I målet⁴³⁰ gällde det uppsägningar av 23 låg- och mellanstadielärare i Göteborg. Grunderna för lärarförbundets talan var i relevanta avseenden väsentligen desamma och jag kommer därför i huvudsak att återge och kommentera de principiella ställningstaganden domstolen gör. I detta mål ligger tonvikten i domskälen, vid sidan om den särskilda frågan om omplaceringsskyldigheten, på frågan om arbetsgivaren gjort vad han kunnat för att undvika uppsägningar och på frågan om relevant tidpunkt för bedömningen av om en uppsägning är sakligt grundad.

I inledningen till domskälen konstaterar domstolen att tvisten i första hand gäller om uppsägningarna " varit förenliga med reglerna om saklig grund för uppsägning i 7 § anställningsskyddslagen" och fortsätter:

"I målet är ostridigt att det inte är fråga om uppsägningar på grund av de berörda lärarnas personliga förhållanden. Förbundet har inte påstått att kommunen åberopat arbetsbrist endast som en förevändning för att dölja en önskan att av ena eller andra anledningen komma åt de berörda lärarna personligen. De särskilda problem som uppkommer i fall av sk fingerad arbetsbrist är alltså inte aktuella i detta mål och berörs inte heller i det följande".

Något motsvarande inledande avstamp återfinns inte i de båda tidigare målen.⁴³¹ Att man redan på detta stadium i domskälen gör denna anmärkning kan i förstone ge intryck av att domstolen endast vill klarlägga tvistefrågornas principiella karaktär men enligt min uppfattning ger

⁴²⁹ Domen var enhällig med Hans Stark som ordförande.

⁴³⁰ Vari huvudförhandling hölls innan dom i AD 1984:19 ännu hunnit avkunnas.

⁴³¹ Även om domstolen i AD 1984:19 mer parentetiskt antydde problemställningen i anslutning till diskussionen om kommunen kunnat hålla fler lärare i reserv.

detta inledande ställningstagande klart besked om vad som sedan komma skall. Genom att framhålla att tvisten inte rör personliga förhållanden har domstolen redan här slagit fast att utgångspunkten är att uppsägningarna är sakligt grundade.

Frågan om kommunen kunnat undvika uppsägningar behandlas sedan under rubriken "föreligger arbetsbrist?". Här förstår vi redan av rubriken att "arbetsbrist" används i någon speciell "saklig grundmening" vilket också bekräftas av domstolens framställning under denna rubrik:

"I målet är ostridigt att elevunderlaget i Göteborgs kommun minskat i flera år och kan väntas nedgå ytterligare. Förbundet har emellertid gjort gällande att det minskade elevunderlaget inte medfört att lärare blivit övertaliga. Som förbundet ser saken kunde kommunen mycket väl genom en bättre planering och effektivare användning av tillgängliga resurser ha undvikit att göra några uppsägningar överhuvudtaget.

Förbundets resonemang i denna del synes innebära att förbundet bestrider att någon arbetsbrist överhuvudtaget har förelagat".

Med detta ställningstagande till hur man uppfattat arbetstagersidans talan övergår domstolen sedan till en allmän utläggning kring anställningsskyddslagens innebörd:

"Av förarbetena till anställningsskyddslagstiftningen (prop 1973:129 s 123) framgår att det ytterst är arbetsgivarens bedömning av behovet av att genomföra en driftsinskränkning och dennas återverkningar på arbetsstyrkan som skall vara avgörande för huruvida arbetsbrist skall anses föreligga. Detta innebär bl a att domstolen *inte kan*⁴³² gå närmare in på frågor om det berättigade från företagsekonomisk synpunkt i att överhuvudtaget genomföra en driftsförändring eller att genomföra den på det sätt som arbetsgivaren har kommit fram till (jfr AD 1980:133). Lagstiftaren har nämligen ansett att det inte kan vara ändamålsenligt att en domstol skall göra företagsekonomiska bedömningar. Detta innebär nu inte att de anställdas intresse av trygghet i anställningen inte alls blir beaktade. Arbetsdomstolen vill i den delen peka på den rätt arbetstagarorganisationer har enligt medbestämmandelagen att få information och att påverka arbetsgivaren vid primärförhandlingar. Blir uppsägningar nödvändiga skyddas de uppsagda genom regler om uppsägningstid, om turordning och om rätt till återanställning."

Här ger domstolen ett schabloniserat synsätt på frågan om saklig grund ökad legitimitet när den, efter att ha konstaterat att det i princip är arbetsgivaren som avgör om det föreligger skäl att säga upp anställda, lyfter fram de kollektiva och individuella skyddsreglerna i form av

⁴³² Min kursivering.

samverkansförhandlingar, turordning och företrädesrätt såsom utgörades de enda instrumenten för tillgodoseendet av ”de anställdas intresse av trygghet i anställningen”.

Det är också notabelt och helt i konsekvens härmed att i realiteten bemöta arbetstagaridans påstående om att någon verklig arbetsbrist inte föreläggat med att det är arbetsgivaren som bestämmer om arbetsbrist skall anses föreligga. Här får då också det inledande avsnittet i domskälen, där det slås fast att tvisten inte rör om uppsägningen föranletts av personliga förhållanden, sin förklaring.

Vi får också en viss förklaring till vad domstolens normativa föreställningar grundas på. Motivuttalandena om att det ytterst är arbetsgivarens bedömning som är avgörande innebär, såsom domstolen uppfattar saken, att denna *inte kan* gå in på en prövning av det företagsekonomiskt berättigade i att genomföra en driftsinskränkning eller motsvarande. Detta synes också innebära detsamma som att man är förhindrad att göra en bedömning av det från anställningsskyddssynpunkt berättigade i åtgärden, dvs att ta ställning till om en uppsägning i det konkreta fallet är sakligt grundad. Och det visar, åter, att man inte skiljer mellan företagslednings- eller verksamhetsbeslutet och de därpå följande verkställighetsåtgärderna.

Domstolen fortsatte med några anmärkningar, varvid den överför motivuttalandena och sina egna slutsatser med anledning härav till förhållandena på den offentliga sektorn:

”Inom den offentliga sektorn kan arbetsbrist uppkomma t ex när det är fråga om att en offentlig verksamhet skall inskränkas eller förändras på grund av minskade anslag. Även i sådana situationer har domstolen egentligen inga möjligheter att närmare granska arbetsgivarens bedömningar av frågan om arbetsbrist föreligger och vilken omfattning arbetsbristen har. Anställningsskyddslagstiftningen ger inte domstolen någon rätt att s a s principiellt överpröva de bedömningar som ligger bakom beslut som ofta ytterst fattas av politiska organ.”

Denna parallell kan inte utan vidare accepteras. För det första måste i regel de externa beslut som kräver åtgärder på arbetsgivarstadiet vara betydligt lättare att beräkna eller fastställa på den offentliga sektorn. Man måste vidare skilja på frågan om de politiska besluten om medelstilleddning, tjänstestruktur eller vad det nu i det konkreta fallet handlar om, och verkställigheten på arbetsgivarnivå. Att domstolen tillåter sig att granska det sätt varpå de politiska besluten genomförs på arbetsgivarnivå behöver på intet sätt innebära att den överprövar ”de bedömningar som ligger bakom beslut som ofta ytterst fattas av politiska organ”. Överhuvudtaget är uttalandet för generellt hållet och beak-

tar inte att förhållandena kan vara helt olika från fall till fall och att det också rimligen bör vara det enskilda fallet som är avgörande för huruvida det är rimligt att domstol närmare granskar verkställigheten av de beslut som fattats av politiska instanser. Vi rör oss trots allt med en anställningsskyddslag, vari endast fastställs att en uppsägning från arbetsgivares sida skall vara sakligt grundad och att lagstiftaren medvetet avstått från att precisera vad som skall anses utgöra saklig grund med hänsyn till att förhållandena skiftar och att hänsyn måste tas till förhållandena i det enskilda fallet. Generellt utformade principer är därför i direkt strid med de syften som uppbär regeln om saklig grund för uppsägning och den förutsebarhet sådana principer skapar är därför inte något eftersträvansvärt.⁴³³

Efter de ovan citerade utläggningarna om arbetsgivares principiella frihet att själv avgöra behovet av att säga upp anställda fortsatte domstolen dock med att lyfta fram de delar av motiven som också ger uttryck för att arbetsgivarens frihet ingalunda är total:

”Till det nu sagda bör emellertid göras en reservation. Anställningsskyddslagen bygger på att arbetsgivaren i görligaste mån skall försöka undvika friställningar. Därav följer att man inom rättstillämpningen måste ställa det kravet på arbetsgivaren att han inte tar lätt på uppsägningsfrågan utan verkligen gör en noggrann och seriös bedömning av t ex företagets ekonomiska läge. Har han väl gjort det, kan emellertid i princip inte bedömningen ifrågasättas av domstol vid prövning av om saklig grund föreläggat.”

När domstolen därefter tillämpade principerna på det aktuella fallet framkommer följande av allmänt intresse:

”Uppenbarligen kan arbetsdomstolen inte inom ramen för en prövning enligt 7 § anställningsskyddslagen på något sätt ifrågasätta de grundläggande beslut om resursfördelning som fattas av olika statliga organ. Detsamma gäller emellertid också i fråga om de beslut som senare fattas inom kommunens skolförvaltning om hur dessa resurser skall utnyttjas och fördelas enligt gällande regler. De bedömningar som gjordes inom skolförvaltningen rörande vakanser, tillgängliga lärarresurser och fördelning av dem inom olika rektorsområden är från anställningsskyddslagens synpunkt jämförbara med de bedömningar som kan fattas inom ett privat storföretag angående återverkningarna på personalen när företagets resurser kan förutses bli begränsade.”

⁴³³ Som jag kommer att utveckla nedan är nämligen oförutsebarheten i sig själva poängen med en reglering av den typ som saklig grund-stadgandet i anställningsskyddslagen utgör. Det här sagda träffar naturligtvis även de generella uttalanden domstolen i övrigt gjort i detta och andra mål. Se nedan avsnitt 4.4.

Konkret blir sedan utfallet av domstolens bedömning av om Göteborgs kommun gjort vad som kan krävas följande:

”Den redovisning som lämnats i målet från företrädare för kommunen rörande kommunens planeringsarbete och de åtgärder som vidtagits för att skapa tjänsunderlag och sysselsättning för de berörda lärarna ger inte stöd för påståendet att kommunens uppsägningsbeslut fattats efter bristfällig planering eller på ett ofullständigt beslutsunderlag. Tvärtom får kommunen anses ha uppfyllt de krav som i förevarande hänseende kan ställas på en arbetsgivare.

Slutsatsen av detta blir att man måste godta de bedömningar som Göteborgs skolförvaltning gjorde rörande vakanssituationen och fördelningen av tillgängliga resurser, liksom även kommunens bedömningar av behovet av friställningar. Det finns därför inte någon anledning för domstolen att närmare undersöka, om skolförvaltningen kunde ha planerat på ett annat och från lärarförbundets synpunkt bättre sätt. *Utredningen i denna del av målet har nämligen rättsligt sett inte någon betydelse vid prövningen av om uppsägningarna varit sakligt grundade.*”⁴³⁴

Den dörr som tycktes stå vidöppen efter domstolens utläggningar i AD 1976:49, förefaller efter domstolens ställningstaganden i AD 1983:127 och i nu aktuella mål definitivt ha bomrats igen. Något reellt utrymme för att ifrågasätta arbetsgivarens bedömningar föreligger inte. Kvar återstår att vi med stöd av AD 1976:111 kan kräva att arbetsgivaren redovisar sina bedömningar, men om så sker förefaller det också vara tillräckligt för att saklig grundfrågan skall vara avgjord. Den av mig kursiverade avslutningen av citatet ovan talar härvidlag klarspråk.

Under rubriken ”tidpunkten för uppsägningarna” kommer domstolen sedan in på lärarförbundets andra huvudgrund, nämligen frågan om relevant tidpunkt och uppsägningar för säkerhets skull.

I huvudsak citerades inledningsvis i denna del av domskälen de principiella uttalandena som gjordes i domen AD 1984:19 men domstolen tog tillfället i akt att utveckla sin syn på uppsägningar ”för säkerhets skull” och innebörden av detta:

”Uppsägning 'för säkerhets skull' föreligger t ex om en privat arbetsgivare säger upp arbetstagare p g a arbetsbrist trots att arbetsgivaren bedömer att orderingången är fullt tillfredsställande och kan antas vara det även i fortsättningen. I så fall anser nämligen arbetsgivaren i själva verket, att sysselsättningsläget är gott men vill gardera sig för eventuella felbedömningar genom att hålla en del av personalen uppsagd i tanken att han senare alltid har möjlighet att erbjuda de uppsagda arbetstagarna fortsatt anställning. Ett sådant förfarande strider mot anställningsskyddslagen. Om arbetsgivaren däremot efter en seriös prövning faktiskt kommer till att orderingången kommer att försämrats med följd att arbets-

⁴³⁴ Min kursivering.

tillfällena minskar, har arbetsgivaren rätt att säga upp arbetstagarna p g a arbetsbrist vid sådan tidpunkt att anställningarna upphör då sysselsättningsläget enligt arbetsgivarens bedömning förändras.”

Tillämpningen på förhållandena i målet blev sedan inte särskilt komplicerad:

”Som även framgått av vad som har anförts i föregående avsnitt anser arbetsdomstolen, att kommunen i detta fall efter en seriös prövning gjort den bedömningen att de uppsagda lärarna inte skulle kunna sysselsättas vid höstterminens början. Enligt domstolens uppfattning kan de omtvistade uppsägningarna inte kritiseras på den nu behandlade grunden.”⁴³⁵

När domstolen här utvecklar vad den avser med uppsägningar för säkerhets skull görs det med ett exempel från den privata sektorn. Som jag framhållit under behandlingen av AD 1984:19 ställer jag mig skeptisk till om detta exempel verkligen skulle visa sig vara hållbart om frågan ställdes på sin spets. Skälet till denna min skepticism är, som jag där antydde, att en privat arbetsgivare inte behöver lägga yttre faktiska förhållanden till grund för att en uppsägning av verksamhetsrelaterade skäl skall anses vara sakligt grundad och det är detta domstolen tycks blunda för när den utan vidare jämför marknadsfinansierade arbetsgivare med skattefinansierade. Eftersom rena lönsamhetsskäl kan ligga till grund för den privata arbetsgivarens beslut i frågan om personalstyrkans omfattning blir jämförelsen med den offentliga sektorn inte adekvat. Härtill kommer att en arbetsgivare knappast motiverar sin uppsägning i domstolens exempel med att man säger upp p g a anteciperad arbetsbrist eller motsvarande. Istället kommer det att ges formen av en personell driftsinskränkning under åberopande av effektivitets- eller lönsamhetsskäl och med utgångspunkt i att även domstolen tycks vara av den uppfattningen att sådana skäl inte närmare undersöks såvida arbetstagsidan inte lyckas göra sannolikt att det verkliga skälet är personliga förhållanden har jag svårt att finna att det överhuvudtaget skulle vara möjligt att angripa en uppsägning av det slag arbetsdomstolen framför som exempel. Jag vill poängtera att mitt resonemang här inte primärt går ut på att visa att de angivna förhållandena också bör utgöra saklig grund för uppsägning. Vad jag vill framhålla är att domstolens uttalande om uppsägningar för säkerhets skull med hänvisning till privata arbetsgivare ytterst blir inkonsistent med andra domstolens ställningstaganden.

⁴³⁵ Domen var enhällig med Johan Lind som ordförande.

Vi ser också att tillämpningen på det aktuella fallet av dessa principer blir mycket kortfattad; i allt väsentligt är det de bedömningar som gjorts under föregående avsnitt det hänvisas till.

En skillnad i behandlingen av personliga förhållanden respektive arbetsbrist förefaller vara de krav som ställs på arbetsgivaren vad gäller den individuella omplaceringsmöjligheten. Skälet är att kraven tycks vara olika beroende på om det är enstaka eller många anställda som berörs och i de situationer där många berörs torde det väl alltid röra sig om arbetsbristsituationer. Principen kom till uttryck i AD 1984:26:

”Arbetsdomstolen har vid ett par tillfällen framhållit att arbetsgivaren måste göra noggranna undersökningar för att få klarhet i om det finns möjlighet att omplacera en uppsägningshotad arbetstagare (se AD 1981 nr 51 och 1984 nr 2). I dessa fall har det emellertid varit fråga om enstaka arbetstagare. Så är inte alls situationen i det nu aktuella målet. Här är det fråga om en komplicerad beslutsprocess som berör omkring 4000 arbetstagare och som utmynnar i att 23 arbetstagare enligt arbetsgivarens mening måste sägas upp. I en sådan situation kan man inte skäligen kräva att det omfattande planeringsarbetet skall belastas med noggranna individuella undersökningar för varje särskild arbetstagare. En mer översiktlig bedömning måste i ett sådant läge vara godtagbar (se AD 1984 nr 19). Särskilt gäller detta när det är fråga om bedömning av sådana formella meriter som omfattningen av tidigare fullgjord lärartjänstgöring. Bedömningen av sådana meriter har kommunen i detta fall haft rätt att göra med ledning av de uppgifter skolförvaltningen förfogat över i form av meritförteckningar. Härtill kommer för ö till lärarna till följd av att tjänsterna internkunjordes bereddes möjlighet att anmäla sitt intresse för tjänsterna. Det får förutsättas att kommunen skulle ha gjort en närmare individuell prövning om de aktuella lärarna hade anmält sitt intresse.”

Sedan domstolen mot bakgrund härav också funnit att arbetsgivaren gjort vad som kunnat krävas för att bereda de uppsagda lärarna annat arbete ogillades käromålet.

Oavgjort när arbetsgivarens bedömningar är otillfredsställande

AD 1985:79 Fastighetsskötaren Bekamp

I AD 1985:79 hade en fastighetsskötare, Bekamp, sagts upp från en heltidstjänst hos Skandia i Gävle sedan han tackat nej till en omreglering av tjänsten från heltid till deltid. Det föregivna skälet var att arbetsuppgifternas omfattning inte gav utrymme för en heltidsanställning. Arbetstagersidan gjorde gällande att uppsägningen inte var sakligt grundad och framhöll i första hand att den egentliga grunden var personliga förhållanden och i andra hand att någon arbetsbrist inte förelåg. Till stöd för sistnämnda påstående gjordes gällande att den mätning

av arbetet arbetsgivaren företagit inte var korrekt. Beträffande frågan om arbetsbrist gjorde arbetsgivarsidan följande invändning:

”Arbetsuppgifterna har inte så stor omfattning att de ger underlag för en heltidsanställning. Arbetsgivarparterna gör emellertid i sistnämnda hänseende gällande som en förstahandsständpunkt att det inte ankommer på domstolen att pröva hur det förhåller sig härmed. Skandia syftade nämligen till att sänka sina kostnader för skötseln av fastigheten. Denna avsikt grundades på en bedömning från bolagets sida av företagsekonomisk natur. En sådan bedömning är förbehållen arbetsgivaren att göra.”⁴³⁶

Enligt det sätt varpå jag menar att man skall betrakta vad som utgör uppsägningsgrund är det arbetsgivaren här talar om i själva verket två olika uppsägningsgrunder. I ena fallet rör det sig om arbetsbrist i egentlig mening i så måtto att det enligt arbetsgivaren saknas arbetsuppgifter för att fylla ut en 40-timmars vecka.⁴³⁷ De ekonomiska överväganden som därefter åberopas är av helt annan natur och innebär att arbetsgivaren åberopar lönsamhetsskäl som grund för uppsägningen.

Efter att sålunda ha preciserat tvistefrågorna gjorde domstolen en prövning av arbetstagersidans förstahandsständpunkt. Utan att göra några uttryckliga uttalanden om bevisfrågorna kom domstolen därvid fram till att arbetstagersidan inte kunnat göra sannolikt att uppsägningen föranletts av personliga förhållanden och fortsatte:

”Detta betyder att frågan huruvida uppsägningen är sakligt grundad skall prövas med utgångspunkt från den av bolaget uppgivna grunden för uppsägningen, nämligen att arbetsbrist påstås föreligga.”⁴³⁸

⁴³⁶ Citerat ur domskälen.

⁴³⁷ Låt vara att arbetsgivaren själv framhöll att några arbetsuppgifter inte tagits bort.

⁴³⁸ Detta uttryck för en grundläggande processrättslig princip får särskilda effekter i arbetsbristsituationer. När domstolen uttrycker sig på detta sätt finns det således anledning att ifrågasätta vad den menar. Den kan ju inte gärna mena att det förhållandet att uppsägningen inte kunnat visas bero på personliga förhållanden samtidigt styrkt att de av arbetsgivaren uppgivna faktiska förhållandena är korrekta. Däremot att det är de av arbetsgivaren åberopade grunderna som skall ligga till grund för prövningen. Med ett schabloniserat synsätt innebär detta dock att saklig grund-frågan är avgjord och skillnaden mellan sak- och rättsfråga suddas delvis ut. (Jfr Malmberg Anställningsavtalet 1997 s 346 ff.) Som ett exempel på vad jag avser kan här återges tingsrättens bedömning av hur man skulle betrakta uppsägningsgrunden och sakligheten i AD 1983:107. ”Mot bakgrund av vad sålunda upptagits finner tingsrätten utrett att bolaget av företagsekonomiska skäl ansett sig böra reducera personalstyrkan i den omfattning som skett. Att bolaget därvid låtit sig ledas av ovidkommande hänsyn har inte framkommit. Bolagets bedömning blir därför avgörande för frågan huruvida arbetsbrist skall anses föreligga. På grund härav har tingsrätten att utgå från att arbetsbristen inte varit finge-rad. Detta innebär att uppsägningarna skall anses ha skett på grund av arbetsbrist och

Domstolen anger härefter hur den ser på sin uppgift när det gäller att pröva arbetsbristuppsägningar:

”Arbetsdomstolen går först in på frågan i vad mån domstolen har att pröva huruvida arbetsbrist föreligger. Vid tillämpning av regeln i 7 § första stycket anställningsskyddslagen om att en uppsägning skall vara sakligt grundad gäller att arbetsbrist godtas som saklig grund. Häri ligger också att domstolen i princip inte har att överpröva de överväganden av företagsekonomisk eller därmed jämförbar natur som ligger till grund för arbetsgivarens konstaterande att arbetsbrist föreligger. Detta betyder dock inte att arbetsgivaren utan vidare befrias från att redovisa de närmare skälen för att uppsägning vidtagits bara genom att hänvisa till att arbetsbrist föreligger. En viktig grundsats på anställningsskyddsområdet är att uppsägning får tillgripas endast om någon annan lösning inte står till buds. Arbetsgivaren måste därför kunna prestera en utredning varav framgår att uppsägningen inte kan undvikas utifrån de grundläggande företagsekonomiska eller därmed jämförbara överväganden som gjorts. Har emellertid arbetsgivaren gjort en noggrann och seriös bedömning av det företagsekonomiska läget kan domstolen i princip inte ifrågasätta detta.”

Detta domstolens ställningstagande går tillbaka både på motiven och praxis. De begränsningar domstolen framställer synes vara relativt omfattande och beskrivningen av den rättsliga situationen kan knappast sägas ge uttryck ens för ett schabloniserat synsätt; det var så det fanns anledning att uppfatta rättsläget efter AD 1976:49 och 1976:111, men som annars väsentligt modifierats efter lärardomarna. Samtidigt kan det dock ifrågasättas om domstolen verkligen tänkt igenom sin formulering. Det är anmärkningsvärt att den kan använda ett sådant språkbruk, ”inte kan undvikas”, samtidigt som den ändå i realiteten ger arbetsgivaren full frihet att fatta beslut vars genomförande medför uppsägningar.

Ett särskilt rättsligt relevant förhållande som synes ha varit avgörande⁴³⁹ för domstolen när den sedan hävdar att det i målet finns anledning att granska om någon faktisk arbetsbrist förelegat var att gällande kollektivavtal satte upp vissa begränsningar för arbetsgivares rätt att ändra en anställning från heltid till deltid. Detta skulle kunna vara ett starkt skäl till att inte dra några slutsatser kring domstolen syn på arbetsbristuppsägningar utifrån det sätt varpå den mot bakgrund härav sedan gör sin bedömning. Emellertid gör domstolen därefter ställningstagande

att följaktligen saklig grund förelegat för uppsägningar av sådan omfattning.” (Min kursivering.) Jfr ovan 3.4.2 vid behandlingen av AD 1976:26.

⁴³⁹ Domstolen uttrycker det så att det i ”det föreliggande fallet finns ett särskilt skäl för att granska arbetsgivarens påstående att arbetsuppgifterna inte ger underlag för en oförändrad anställning för Bekamp”.

den som ändå gör det angeläget att poängtera att den i detta mål synes reellt upprätthålla en begränsning av uppsägningsrätten. Domstolen kritiserar nämligen den utredning arbetsgivaren gjort om tidsåtgången för Bekamps arbetsuppgifter men noterar samtidigt att vad arbetstagersidan framfört knappast ger stöd för att påstå att underlag finns för fortsatt heltidsanställning och fortsätter:

”Det sannolika vid en prövning på grundval av föreliggande utredningsmaterial är att underlag inte finns för en heltidsanställning men att arbetsuppgifterna ger underlag för en deltidanställning med högre sysselsättningsgrad än den som arbetsgivarsidan ansåg sig kunna konstatera på grundval av mätningen hösten 1983.

Enligt arbetsdomstolens mening kan följande slutsatser dras. Mycket tyder på att arbetstagersidan har fel i sitt påstående att uppsägningen av Bekamp från dennes anställning inte är sakligt grundad av det skälet att arbetsbrist över huvud taget inte föreligger. Domstolen anser sig emellertid böra avstå från att ta någon bestämd ståndpunkt till hurvida arbetsgivaren har till fullo styrkt att arbetsbrist föreligger, d v s att de arbetsuppgifter som fortsättningsvis skall ankomma på fastighetsskötaren vid bolagets fastighet i Gävle inte ger underlag för en heltidsanställning enligt tidlöneavtalet.”⁴⁴⁰

Det intressanta är att såvitt jag kunnat finna innehöll aktuella kollektivavtal endast begränsningar om arbetsgivaren önskade förändra en heltidsanställning till deltid, däremot inte för omfattningen av denna deltid. Med hänsyn dessutom till att en stor del av arbetsuppgifterna inte var mätbara måste ändå viss frihet här åligga arbetsgivaren. Med reservation för att domstolen uppfattar det som en fråga om kollektivavtalstolkning synes dess uttalanden här innebära att den menar att arbetsgivaren faktiskt inte skulle ha rätt att förändra anställningen till halvtid om han inte kan styrka att arbetsuppgifterna inte ger underlag för mer än så. Vad vi då bör ha i minnet är, som jag ovan påpekat, att arbetsgivaren jämväl gjorde gällande lönsamhetsskäl till stöd för att minska den aktuella tjänstens omfattning. Med utgångspunkt från detta ställningstagande skulle det kunna göras gällande att om en arbetsgivare önskar minska omfattningen på en tjänst bör han inte kunna göra detta utan att han samtidigt minskar de arbetsuppgifter som ingår i tjänsten eller kan styrka att de ursprungliga arbetsuppgifterna minskat i omfattning. Tolkat på detta sätt förefaller ställningstagandet fullt rimligt och kan för övrigt utan motsättningar inrymmas i en ordning där man i övrigt i princip låter en arbetsgivare själv avgöra i vilken omfattning han vill driva sin verksamhet etc. Däremot passar det inte in om man hävdar att alla verk-

⁴⁴⁰ Domen var enhällig med Hans Stark som ordförande.

samhetsrelaterade uppsägningsgrunder per definition skall anses utgöra arbetsbrist och därmed saklig grund för uppsägning.

Intressant är emellertid att domstolen avstår från att ta ställning i frågan och istället återförvisar målet till parterna för fortsatt förhandling. Det föregivna skälet till detta beslut är dels att underlaget är för dåligt men också att man menar att arbetstagarsidan varit medansvarig till att någon lösning inte kunnat nå eftersom den varit ovillig att diskutera alternativ.

Emedan huvudskälet ändå synes vara att utredningen både såvitt avser arbetsuppgifternas omfattning och omplaceringsmöjligheterna varit oklara förefaller det ligga närmast till hands att ogiltigförklara uppsägningen på de grunder som först utvecklades och tillämpades i AD 1976:111.⁴⁴¹ Särskilt anmärkningsvärt är det eftersom domstolen trots allt antyder att arbetsgivaren inte haft saklig grund för en uppsägning som befunnits ha skett på grund av arbetsbrist.⁴⁴² Genom denna dom förefaller inte ens principerna från AD 1976:111 längre äga tillämplighet.

AD 1986:55

Även AD 1986:55 kan det finnas anledning att något beröra mot bakgrund av att jag här har velat visa hur domstolen tagit några steg tillbaka i förhållande till sjuttioalets mitt.

I målet hade en skyltmontör sagts upp under återopande av brist på arbete. Sedan arbetsgivaren bara någon månad efter uppsägningen anställt en lärling gjordes gällande att uppsägningen i själva verket skett av personliga skäl men att arbetsgivaren under alla förhållanden brutit mot företrädesrätten.

Det är tydligt att även arbetstagarsidan vid denna tidpunkt lever i en föreställning om att det krävs att man får in en uppsägning under kategorin personliga förhållanden för att den skall kunna anses osaklig. När arbetstagarsidan nämligen påstår att någon arbetsbrist inte förelåg vid uppsägningstillfället blir, i kombination med att arbetsgivaren därefter anställt en lärling, deras slutsats att den verkliga grunden varit personliga förhållanden. Vad som förmått arbetstagarsidan att resonera som den gjorde framgår inte men man synes inte ha kom-

⁴⁴¹ Jag har inte för avsikt att närmare kommentera de grunder varpå domstolen kan anses ha rätt att fatta beslut om återförvisning. Se bl a Rättegången i arbetstvister 1979 s 196. Dock måste man i sammanhanget enligt min mening skilja på frågor där det typiskt sett ligger i båda parter intresse att frågorna är tillräckligt utredda och fall som det förevarande där ansvaret för att en utredning inte är tillfredsställande helt ligger på ena parten. De förhandlingar som bör vara relevanta måste vara de tvisteförhandlingar som har förevarit i anledning av uppsägningen och inte de samverkansförhandlingar som föregick beslutet. Jfr AD 1991:66.

⁴⁴² Möjligen kan just detta ha varit skälet.

mit på tanken att helt enkelt göra gällande att uppsägningen, oberoende av om personliga förhållanden varit inblandade, inte var sakligt grundad. Hade man tagit del av AD 1976:28 hade man här fått ett starkt stöd. Mot bakgrund av att domstolen, arbetstagaridans uppläggning av talan till trots, spelar med och finner det klarlagt att uppsägningen föranleddes av arbetsbrist (vilket framstår som detsamma som att det inte berodde på personliga förhållanden) backar domstolen också tillbaka jämfört med AD 1976:28.⁴⁴³ I nu aktuella mål framstår förändringen som än mer tydlig i det att domstolen följer uttalandena från AD 1983:42 när den sedan konstaterar att arbetsgivaren trots allt bröt mot företrädesrätten till återanställning.

3.4.9 Det kontradiktoriska arbetsbristbegreppet slår rot i arbetsdomstolens praxis

I två mål under 1986-87 kommer föreställningen om en normativt relevant tudelning och det kontradiktoriska arbetsbristbegreppet att slå rot i arbetsdomstolens praxis. I det första av målen, AD 1986:60, får vi också en förklaring till föreställningen genom den koppling som görs mellan saklig grund-regeln och de regler vari 'arbetsbrist' utgör rekvisit. I det andra målet, AD 1987:34, kommer ett negativt formulerat arbetsbristbegrepp i kombination med föreställningen om att allt som kan betecknas arbetsbrist utgör saklig grund att fungera som normativ utgångspunkt för domstolens ställningstagande.

Det bör framhållas att Sten Åke Zethraeus ett par år dessförinnan gav sig in i omregleringsdebatten med uppsatsen "Omplacering och annan omreglering av anställningsvillkoren".⁴⁴⁴ Zethraeus utvecklar i artikeln den syn på arbetsbristbegreppets betydelse i omregleringssituationer som tidigare i motsvarande sammanhang främst kommit till uttryck i Bo Bylunds ovan refererade debattinlägg i Lag & Avtal från 1979 men Zethraeus går väsentligt längre än denne vad gäller användandet av ett kontradiktoriskt arbetsbristbegrepp.

⁴⁴³ Här är det mer relevant att framhålla detta eftersom dessa båda mål är mer jämförbara än AD 1976:28 och AD 1983:42.

⁴⁴⁴ Första uppsatsen i Lag & Avtals skriftserie arbetsrättsliga uppsatser. Skriften saknar helt tidsangivelser, inte ens tryckår framgår således. Jag vet emellertid att den utkom under 1984. Det senaste rättsfall som åberopas är AD 1984:19.

Föreställningen om en normativt relevant tudelning anammats av arbetsdomstolen....

AD 1986:60 Vpl-anställningen

AD 1986:60, vars huvudsakliga rättsfråga var om en s k vpl-anställning enligt 5 § LAS upphör p g a arbetsbrist och därigenom ger den anställda företrädesrätt till återanställning, rör inte frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund. I målet görs emellertid sådana kopplingar mellan företrädesrätten och uppsägningsrätten att det finns anledning att tillskriva det stor betydelse i utvecklingen mot ett synsätt på frågan om saklig grund som baseras på ett kontradiktoriskt arbetsbristbegrepp och förser oss dessutom samtidigt med en viktig förklaring till vad synsättet bottnar i.⁴⁴⁵

I målet hade en person erhållit en s k vpl-anställning.⁴⁴⁶ Han skulle rycka in den 1 oktober och anställningen upphörde i enlighet härmed den 30 september. P g a medicinska skäl frikallades han dock från tjänstgöring redan den 5 oktober och anmälde då till bolaget att han önskade återgå i tjänst. Han nekades detta. När bolaget senare anställde annan personal gjorde Metall gällande att bolaget brutit mot företrädesrättsreglerna i 25 § LAS eftersom de menade att skälet till att anställningen inte förlängdes var att betrakta som arbetsbrist i lagrummets mening. Grunden härför var att det skulle vara i arbetsgivarens intresse att anställningen upphör vid inkallelsen. Arbetsgivarparten bestred talan och menade att det var personliga förhållanden, nämligen just att vederbörande skulle fullgöra vpl-tjänstgöring som var skälet till att anställningen inte förlängdes.⁴⁴⁷

Utan att här gå in på detaljerna i målet och i parternas argumentation skall jag dock redovisa och kommentera de allmänna uttalanden kring arbetsbristbegreppet som domstolen gör i målet:

”Anställningsskyddslagen innehåller inte någon särskild definition av begreppet arbetsbrist. Vad som åsyftas framgår emellertid av den åtskillnad som görs i avslutning till lagens grundläggande regel i 7 §, att en arbetsgivares beslut att säga upp ett anställningsavtal skall vara sakligt grundat, mellan uppsägningar på grund av förhållanden som hänför sig till arbetstagaren personligen och uppsägningar av andra skäl, med lagens uttryckssätt uppsägningar på grund av arbetsbrist. Saken kan allmänt sett beskrivas så att en uppsägning sker på grund

⁴⁴⁵ Det är kanske signifikativt att vi åter ser att ett mål som inte rör saklig grund ändå har stor betydelse, jfr AD 1980:54 ovan.

⁴⁴⁶ Se LAS 5 § 4.

⁴⁴⁷ Man framhöll för övrigt att Metalls inställning skulle strida mot ”lagtextens klara ordalydelse”.

av arbetsbrist när arbetsgivaren av skäl som är att hänföra till verksamheten finner sig inte kunna erbjuda arbetstagaren fortsatt arbete. Som metallindustriarbetareförbundet har påpekat torde det också betraktas som ett fall av arbetsbrist i lagens mening när en arbetsgivare inte kan erbjuda fortsatt deltidsarbete men väl heltidsarbete åt en arbetstagare som bara kan arbeta på deltid. Man kan om man så vill tala om brist på deltidsarbete. Gemensamt för arbetsbristfallen är emellertid principiellt sett att arbetsgivaren, av skäl som i vid mening är att hänföra till verksamheten, inte finner sig kunna erbjuda arbete åt en arbetstagare som står till förfogande för arbete hos arbetsgivaren. Arbetsbrist utgör enligt lagen saklig grund för uppsägning.”

Det är att notera att tvisten rör innebörden av begreppet arbetsbrist i dess egenskap av rekvisit vid tillämpningen av reglerna om företrädesrätt till återanställning i 25 § LAS. För att definiera begreppet tar domstolen här hjälp av ”den åtskillnad som görs i anslutning till lagens grundläggande regel i 7 §... mellan uppsägningar på grund av förhållanden som hänför sig till arbetstagaren personligen och uppsägningar av andra skäl, med lagens uttryckssätt uppsägningar på grund av arbetsbrist”. Som jag vid flera tillfällen påtalat görs det inte någon normativt relevant tudelning mellan personliga förhållanden och arbetsbrist vare sig i 7 § som sådan eller ”i anslutning till” den och detta är såvitt jag kunnat finna första gången domstolen på detta direkta sätt kopplar samman 7 § med de regler vari 'arbetsbrist' utgör rekvisit.

Det är också intressant att domstolen i samband med talet om tudelningen gör åtskillnad mellan personliga förhållanden och *andra skäl*, varvid dessa sistnämnda ”med lagens uttryckssätt” betecknas ”uppsägningar på grund av arbetsbrist”. Dessa uttalanden är intressanta ur flera synvinklar. För det första innebär det, mot bakgrund av att man senare i skälen anger att arbetsbrist är saklig grund, att domstolen förefaller mena att det för frågan om saklig grund är direkt normativt relevant att klassificera en uppsägning i termer av personliga förhållanden respektive arbetsbrist, varvid ”arbetsbrist” definieras negativt (”andra skäl”). Detta är det vid tidpunkten i fråga första helt tydliga uttrycket för föreställningen om en normativt relevant tudelning vid tillämpning av saklig grund-regeln i arbetsdomstolens praxis. Vi känner igen sättet att presentera problematiken från Fahlbeck och Lunning; först tudelar man, därefter definieras respektive begrepp och först därefter kommer man in på frågan om saklig grund.

Härtill kommer att domstolen talar om ”lagens uttryckssätt”. Det lagrum den därvid fortfarande tycks ha i åtanke är 7 § och där förekommer inte termen arbetsbrist över huvud taget. Lagens uttryckssätt 'arbetsbrist' förekommer däremot just i 25 § och detta tycks innebära att

domstolen utan närmare reflektion drar direkta paralleller mellan ett potentiellt rättsfaktum vid tillämpningen av 7 § med ett rekvisit i 25 §.⁴⁴⁸

Efter att ha definierat arbetsbrist negativt rättar domstolen förvisso till det genom att framhålla att vad som egentligen avses är verksamhetsrelaterade skäl.⁴⁴⁹

Av citatet ovan framgår också att det Lunningska exemplet med heltid/deltid för första gången anförs i arbetsdomstolens domskäl och därmed också vinner ökad legitimitet.⁴⁵⁰ Arbetsbristbegreppets betydelse för domstolen är även här tydlig i det att den talar om att exemplet också är ”ett fall av arbetsbrist i lagens mening” i stället för att tala om saklig grund; det är trots allt fortfarande 7 § domstolen här behandlar.

Härefter fortsatte domstolen:

”Metallindustriarbetareförbundet vill i detta mål uppfatta begreppet arbetsbrist på ett delvis annat sätt. Förbundets mening synes vara att det är tillräckligt att en arbetsgivare av 'organisatoriska' skäl har ett intresse av att en anställning inte förnyas för att en vägran av arbetsgivaren vid utgången av en begränsad anställningstid att träffa nytt anställningsavtal skall anses bero på arbetsbrist, oavsett att arbetstagaren av skäl som hänför sig enbart till hans eller hennes person inte står till förfogande för arbete som i och för sig kunde erbjudas. I fall av det slag som målet gäller ligger enligt förbundet arbetsgivarens intresse i att undvika den belastning som det innebär att ha anställda som under en lång period inte kan utnyttjas i verksamheten och för vilka ersättare måste anställas. Slutsatsen blir, menar förbundet, att det är arbetsgivarens sätt att organisera sin verksamhet, eller med andra ord en av arbetsgivaren föranledd arbetsbrist, som är anledningen till att den vpl-anställda inte får fortsatt anställning.

Om en tillsvidareanställd arbetstagare sägs upp av arbetsgivaren på grund av att arbetstagaren uteblir från arbetet, vare sig det beror på värnpliktstjänstgöring eller något annat, torde det inte kunna göras gällande att uppsägningen har sin

⁴⁴⁸ Vi bör då ha i åtanke att det inte i 25 § förhåller sig så att arbetsbrist ställs mot personliga förhållanden; stadgandet ger utrymme för att det skulle kunna finnas ytterligare kategorier. Dessutom förekommer i tidigare praxis andra skäl än personliga förhållanden som vare sig kan anses utgöra saklig grund för uppsägning och knappast heller arbetsbrist vid tillämpningen av 25 §, eller andra regler vari 'arbetsbrist' utgör rekvisit. Jfr AD 1979:117 och AD 1983:94 men också AD 1976:111.

⁴⁴⁹ Om detta skall uppfattas som ett förtydligande av eller en begränsning i den negativa definitionen framgår inte klart.

⁴⁵⁰ Uttalandena om deltidstjänster återfinns i Metalls inlaga, vilka senare bekräftas i domskälen. Metall, ur domsamlingen s 481-2: ”Antag att en arbetstagare arbetar halvtid varannan vecka. Arbetsgivaren vill utvidga verksamheten och önskar att arbetstagaren tjänstgör på heltid. Av personliga skäl är detta emellertid omöjligt för arbetstagaren. Om arbetsgivaren inte längre kan erbjuda halvtidsarbete blir följden att arbetsgivaren slutligen kan säga upp arbetstagaren. Uppsägningssanledningen är arbetsbrist. Det är nämligen arbetsgivaren som av *organisatoriska skäl* inte längre kan behålla arbetstagaren i anställning.”

grund i arbetsbrist. Uppsägningen sker, med lagens uttryckssätt, på grund av förhållanden som hänför sig till arbetstagaren personligen. Detta förhållande rubbas inte av att arbetsgivaren naturligtvis har ett intresse som hänför sig till verksamheten, om man så vill av 'organisatoriska' skäl, att inte behöva behålla arbetstagaren som anställd och anställa en vikarie under en längre eller kortare period. En fråga för sig är sedan om arbetsgivaren har saklig grund för uppsägningen. Är arbetstagaren borta på grund av värnpliktstjänstgöring kan uppsägningen uppenbarligen inte vara sakligt grundad. Den är otillåten enligt en uttrycklig regel i 1 § lagen (1939:727) om förbud mot uppsägning eller avskedande av arbetstagare med anledning av värnpliktstjänstgöring mm.”

Betraktar man dessa utläggningar som en diskussion kring arbetsbristbegreppets innebörd såsom rekvisit i 25 § förefaller resonemanget väl avvägt. Notabelt är också att domstolen här skiljer mellan frågan om principiell uppsägningsgrund och frågan om saklig grund. Detta menar jag vara helt konsekvent och det bör inte möta något hinder att diskutera principiell uppsägningsgrund vid tillämpningen av regler vari 'personliga förhållanden' eller 'arbetsbrist' utgör rekvisit utan att för den skull behöva ta ställning till om saklig grund föreligger.

När domstolen här skiljer mellan principiell uppsägningsgrund och frågan om saklig grund är det emellertid väsentligt att ha i åtanke att den gör det i anslutning till att det talas om personligt relaterade uppsägningsgrunder. Att domstolen inte har lämnat kopplingen till saklig grund-regeln blir tydligt när den härefter fortsätter:

”Att man ser på saken på det nu beskrivna sättet för tillsvidareanställda arbetstagares del är naturligt nog. Det viktigaste inslaget i deras anställningsskydd är kravet på saklig grund för uppsägning från arbetsgivarens sida, *och det skulle inte återstå mycket av det skyddet om man ej betraktade orsaken till uppsägningen som hänförlig till arbetstagaren personligen.*⁴⁵¹ När frågan gäller hurvida det beror på arbetsbrist att en arbetstagare med tidsbegränsad anställning inte får fortsatt anställning vid anställningstidens slut är utgångspunkten en annan, såtillvida att det är just företrädesrätten till återanställning som utgör arbetstagarens egentliga anställningsskyddsrättsliga anspråk gentemot arbetsgivaren. Mot den bakgrunden kan det från arbetstagarens synpunkt måhända te sig naturligt att, som metallindustriarbetareförbundet gör i detta mål, lägga tyngdpunkten vid arbetsgivarens intresse i saken och göra gällande att skälet till att fortsatt anställning inte erbjuds är arbetsbrist. Likväl finns det enligt arbetsdomstolens mening inte någon hållbar grund för att med tanke på tidsbegränsade anställningar tunna ut begreppet arbetsbrist på det sätt som förbundet gör och med den utgångspunkten behandla de båda fallen på olika sätt. Även när en vpl-anställd slutar anställningen för att påbörja sin värnpliktstjänstgöring är or-

⁴⁵¹ Min kursivering.

saken till att fortsatt anställning inte kommer i fråga att arbetstagaren av skäl som hänför sig till hans person inte står till förfogande för arbete.

Innebörden av metallindustriarbetareförbundets synsätt är, som förbundet också har bekräftat i målet, att en arbetstagare i Alemos situation alltid skall anses ha vägrats fortsatt anställning på grund av arbetsbrist, om ej arbetsgivaren kan visa på andra skäl hänförliga till arbetstagarens person än värnpliktstjänstgöringen, vilka skulle ha utgjort saklig grund för uppsägning från en tillsvidareanställning. Något stöd för denna ståndpunkt kan inte som förbundet menar hämtas från domen AD 1977 nr 98, eftersom saken där gällde valet mellan arbetsbrist i den tidigare nämnda vedertagna meningen och personliga förhållanden som orsak till att en arbetstagare med tidsbegränsad anställning vägrades fortsatt anställning. Med tanke på grunden för att lagen tillåter tidsbegränsning av en anställning inför arbetstagarens värnpliktstjänstgöring, nämligen att anställning av ungdomar som ännu inte har fullgjort sådan tjänstgöring skall främjas, hade man väntat sig ett uttryckligt uttalande i ämnet i förarbetena redan till 1974 års anställningsskyddslag, om avsikten var att dessa ungdomar skulle få den form av anställningsskydd som företrädesrätt till återanställning innebär. Utan ett sådant uttalande är det föga rimligt att anta att lagstiftaren åsyftade att införa företrädesrätt i hithörande fall, så mycket mindre som det skulle förutsätta en från vanligt språkbruk avvikande och även i övrigt mycket speciell tolkning av termen arbetsbrist. Något uttalande i ämnet finns inte i 1974 års förarbeten.”⁴⁵²

Av det av mig i citatet kursiverade stället framgår med all önskvärd tydlighet att domstolen menar det vara av omedelbar betydelse för frågan om saklig grund hur en uppsägning skall klassificeras i termer av personliga förhållanden eller arbetsbrist. Skulle uppsägningen inte betraktas som en uppsägning på grund av personliga förhållanden skulle det inte återstå mycket av skyddet.⁴⁵³ Underförstått innebär det att om man i juridisk/teknisk mening betraktar en uppsägning som föranledd av arbetsbrist då föreligger också saklig grund. Här tycks domstolen då relatera till vad den tidigare sagt om att arbetsbrist är saklig grund för uppsägning. Det är svårt att föreställa sig ett mer tydligt uttryck för föreställningen om en normativt relevant tudelning. Härigenom blir det också tydligt att den av domstolen i föregående stycke framställda distinktionen mellan principiell uppsägningsgrund och frågan om saklig grund endast är av relevans såvitt angår personliga förhållanden. Det är på grund av att domstolen själv ger uttryck för ett formalistiskt betrak-

⁴⁵² Domen var enhällig med Olof Bergqvist som ordförande.

⁴⁵³ Det bör också poängteras att även tillsvidareanställda har företrädesrätt till återanställning, något som med tanke på de ringa kraven då arbetsgivare åberopar arbetsbrist som uppsägningsgrund kanske är det mest substantiella i anställningstryggheten.

telsesätt som det blir problematiskt med kopplingen till 25 §. Tänker vi bort termen arbetsbrist när vi talar om 7 § uppstår inte detta problem.⁴⁵⁴

I denna dom tydliggörs att användningen av ett kontradiktoriskt arbetsbristbegrepp sammanhänger med att man blandar ihop de regler i vilka 'arbetsbrist' och 'personliga förhållanden' utgör rekvisit med de begrepp som används för att åskådliggöra vad som kan tänkas utgöra saklig grund för uppsägning enligt 7 §.⁴⁵⁵

...och används som normativ utgångspunkt.

AD 1987:34 Pensionären Stenström på Sheraton

I AD 1987:34 hade en tillsvidareanställd pensionär (Stenström), som vid uppsägningstillfället var 73 år gammal, sagts upp från sin anställning vid Sheraton-Stockholm Hotel med hänvisning till arbetsbrist.

Stenström var anställd vid den s k personalkontrollen som enligt bolagets organisationsplan skulle bemannas av fyra personer. P g a att två personer var långtidssjuka hade arbetsgivaren under våren 1984 tillsvidareanställt ytterligare en person vid personalkontrollen. Sedan de båda långtidssjuka återkommit i tjänst i november 1984 kom bemanningen vid personalkontrollen att uppgå till fem tillsvidareanställda. Dessa faktiska förhållanden var otvistiga och enligt arbetsgivaren var det detta och intet annat som föranlett uppsägningen av Stenström p g a arbetsbrist.⁴⁵⁶ Enligt Stenström utgjorde dessa förhållanden inte saklig grund

⁴⁵⁴ Försättningen rör i allt väsentligt just frågan om tidsbegränsade anställningar och är mer renodlat inriktad på frågan om arbetsbristrekvisitet i 25 § och skall därför inte närmare behandlas i detta sammanhang. Här öppnar förvisso domstolen dörrarna för att det skulle kunna vara möjligt att betrakta förhållandena på annat sätt när det rör tidsbegränsade anställningar men det är fortfarande arbetsbristbegreppet enligt domstolen betydelse för tillämpningen av 7 § som synes vara avgörande när den kommer fram till att den inte vill "tunna ut begreppet arbetsbrist". Med hänsyn till den vida bestämning av begreppet arbetsbrist som domstolen anslutit sig till ovan framstår också den avslutande hänvisningen till att arbetstagsidans uppfattning skulle innefatta "en från vanligt språkbruk avvikande och även i övrigt mycket speciell tolkning av termen arbetsbrist" som ett icke övertygande argument.

Domstolen kom härefter, med användande av ytterligare argument som inte är av intresse för den fråga som här står i förgrunden, fram till att anställningen inte medgav företrädesrätt. Jag vill poängtera att jag delar domstolens uppfattning att en vpl-anställning inte upphör p g a arbetsbrist i 25 §:s mening.

⁴⁵⁵ Jfr Kleinemans, (bl a) Skadeståndsansvar vid psykiska depressioner JT 1992/93 s 814ff, kritik mot att domstolarna inte tar på sig ett "systemiseringskrav". Här kan vi se resultatet av en sådan ambition.

⁴⁵⁶ Att just Stenström, som inte var sist anställd, fick sluta berodde på att detta överenskomms vid förhandlingar med HTF. M h t att Stenström var pensionär äger turordnings-

för uppsägning. Med tingsrättens formuleringar utvecklade Stenström sin ståndpunkt enligt följande:

”Det vitsordas att en överbemanning uppstod vid personalkontrollen när de två långtidssjuka återvände i november 1984. Orsaken till denna övertalighet var dock att bolaget tidigare det året tillsvidareanställt en person. Bolaget måste då ha insett att en överbemanning skulle kunna uppstå. Denna övertalighet utgjorde därför inte en sådan arbetsbrist att saklig grund för uppsägning förelåg. Endast arbetsbrist förorsakad av driftsförändringar, omorganisation och liknande utgör saklig grund för uppsägning.”

Arbetsgivarens ståndpunkt var ”att uppsägningen av Stenström varit sakligt grundad eftersom arbetsbrist förelegat”.

Även om Stenström också antydde att relationen mellan honom och ledningen försämrats och att han skulle ha uppmanats att säga upp sig är således de grunder han åberopar helt inriktade på att det av arbetsgivaren åberopade skälet inte utgör saklig grund för uppsägning⁴⁵⁷ och det sätt varpå han utvecklat sin talan gör målet särskilt intressant i det att det innefattar ett krav på domstolarna att ta ställning till om saklig grund föreligger, inte vad som utgjort den verkliga uppsägningsgrunden eller om uppsägningen i någon juridisk/teknisk mening skall anses bero på arbetsbrist.

Sedan Stenström förlorat i tingsrätten gick han vidare till arbetsdomstolen, som inledde domskälen med en längre utläggning om de särskilda regler som gäller för arbetstagare som uppnått pensionsåldern.⁴⁵⁸ Härefter övergick domstolen till de konkreta förhållandena i målet:

”I målet är ostridigt att en övertalighetssituation har förelegat i personalkontrollen. Det är vidare ostridigt att denna uppstått till följd av att två långtidssjuk-

reglerna inte tillämpning och på denna punkt synes heller parterna inte ha tvistat; några särskilda grunder kopplade till detta förhållande åberopades inte av Stenström. Det krävdes således heller ingen turordningsavvikelse för att arbetsgivaren skulle ha rätt att i denna situation säga upp just Stenström.

⁴⁵⁷ Även om det finns anledning att påpeka att Stenström tycks utgå från att det trots allt är viktigt att använda sig av termen arbetsbrist i sammanhanget. (Eller är det domstolen som återger sin egen beskrivning av hur den uppfattat talan?)

⁴⁵⁸ Dessa utläggningar har ingen självständig betydelse för den fråga som var tvistig i målet. Att domstolen ändå gör en viss koppling till den i målet aktuella tvistefrågan framgår av att den omedelbart efter och i samma stycke som den angivit att saklig grund-bedömningen påverkas av att arbetstagaren uppnått pensionsåldern slår fast parternas i målet inställning. Detta ger intryck av att domstolen skulle mena att de åberopade motivuttalandena om kravet på saklig grund för pensionärer skulle äga generell giltighet och således även ha betydelse då den aktuella uppsägningsgrunden är hänförlig till verksamheten. Så kan naturligtvis inte vara fallet och även om det är så domstolen uppfattat saken synes det inte användas som stöd för den fortsatta bedömningen av frågan om saklig grund.

skrivna arbetstagare återgått i tjänst och att bolaget under deras frånvaro tillsvidareanställt en person, Briganti.

Stenström har i första hand gjort gällande att denna övertalighet inte utgjort arbetsbrist i anställningsskyddslagens mening eftersom den inte var orsakad av någon driftsinskränkning eller av någon omorganisation som lett till att hans arbetsuppgifter försvunnit.”

I detta inledande försök till klarläggande av rättsfrågorna gör arbetsdomstolen gällande att arbetstagaren hävdade att den föreliggande situationen ”inte utgjort arbetsbrist i anställningsskyddslagens mening”, när det han i själva verket gjort gällande är att det inte föreligger saklig grund. Detta kan synas vara en fråga om terminologi och formuleringar men är det ingalunda. Tonvikten i Stenströms argumentation är ju att det är arbetsgivaren som försatt sig i den uppkomna situationen och att det därför inte skulle utgöra saklig grund. Detta synes domstolen inte förstå utan tycks se som sin uppgift att i juridisk/teknisk mening ta ställning till om uppsägningen skall anses vara föranledd av arbetsbrist, närmast i betydelsen icke-personliga förhållanden, vilket sedan med automatik innebär att det föreligger saklig grund. Denna domstolens syn på reglernas konstruktion bekräftas när den här efter gör den utläggning som sedan ligger till grund för ställningstagandet i målet:

”Med arbetsbrist avses alla de grunder för en uppsägning som inte är hänförliga till arbetstagarens person. Arbetsbrist är ett relativt begrepp vars närmare innebörd i det särskilda fallet bestäms av arbetsgivaren. Anställningsskyddslagen bygger nämligen på principen att det är arbetsgivaren som ensam bestämmer hur hans verksamhet skall bedrivas, hur många anställda som skall finnas och hur arbetet skall vara organiserat. Arbetsgivaren är alltså i princip oförhindrad att t ex minska sin personalstyrka. Detta gäller också om det från verksamhetens synpunkt sett finns ett behov av arbetskraft.”

Vi noterar att domstolen fortsätter att förhålla sig till något arbetsbristbegrepp och inte ens nämner termen ”saklig grund”. Här är det också första gången arbetsdomstolen direkt normativt ger uttryck för ett formalistiskt synsätt i ett sammanhang där frågan om arbetsbrist och saklig grund är föremål för tvist. För det första får vi veta att ”arbetsbrist” skall definieras negativt.⁴⁵⁹ Den negativa definitionen utvecklas sedan, med att det först framhålls att arbetsbrist är ”ett relativt begrepp vars närmare innebörd i det enskilda fallet bestäms av arbetsgivaren”. Efter som arbetsbrist uppenbarligen per definition är saklig grund för uppsägning upplyses vi således här om att det är arbetsgivaren själv som bestämmer när en uppsägning är sakligt grundad.

⁴⁵⁹ Detta känner vi igen från Fahlbeck, Lunning och AD 1986:60.

Att det är arbetsgivaren som bestämmer innebörden av detta ”relativa begrepp” förklaras sedan med att ”(a)nställningsskyddslagen bygger () på principen att det är arbetsgivaren som ensam bestämmer hur hans verksamhet skall bedrivas, hur många anställda som skall finnas och hur arbetet skall vara organiserat”. Denna förklaring kan jag i huvudsak acceptera även om domstolen därmed går längre i sina konkretiseringar av vad arbetsgivarens friheter består i jämfört med vad som följer av motiven.⁴⁶⁰ Särskilt framhållandet av att arbetsgivaren bestämmer hur många anställda han vill ha kan det dock finnas anledning att kritisera eftersom det är ett beslut på s a s annan nivå än de andra exemplen om hur verksamheten skall bedrivas respektive organiseras. Frågan om antalet anställda kan snarast ses som en fråga som sammanhänger med de andra och därvid skulle man kunna ta utgångspunkt i motivuttalandena om att det ytterst är arbetsgivarens bedömning av hur en uppkommen ”arbetsbrist” påverkar arbetsstyrkans omfattning som är avgörande. Detta är emellertid något annat än att bara hävda att arbetsgivaren bestämmer hur många anställda han skall ha. Det är tydligt att utläggningarna och resonemangen blir klarare om man undlåter att använda termen arbetsbrist. Om man använder normativa utgångspunkter som i den nyss gjorda förklaringen finns det ingen anledning att gå över något arbetsbristbegrepp, det är bara förvillande i ett sammanhang där det rör frågan om saklig grund för uppsägning. Även om jag således accepterar denna utgångspunkt för resonemanget är det uppenbart att det inte kan läggas till grund för ett påstående om att med ”arbetsbrist avses alla de grunder för en uppsägning som inte är hänförliga till arbetstagarens person”, där det underförstått förhåller sig så att arbetsbrist utgör saklig grund för uppsägning.

Härefter gör domstolen vissa reservationer för fenomenet fingerad arbetsbrist:

”En annan sak är att en arbetsgivare kan tänkas åberopa arbetsbrist också när motivet för uppsägningen i själva verket är omständigheter som är hänförliga till arbetstagaren personligen. Man brukar i sådana fall tala om fingerad arbetsbrist. Uppsägningens tillåtlighet skall då prövas med hänsyn till den verkliga grunden för denna. Vid en sådan prövning blir det aktuellt att undersöka hållbarheten i arbetsgivarens uppgift att arbetsbrist förelegat; en förutsättning för detta har emellertid i rättspraxis ansetts vara att arbetstagaren gör sitt påstående att uppsägningen haft en annan grund sannolikt. Av vad som nu sagts kan man emellertid självfallet inte dra den slutsatsen, att en uppsägning som gjorts i en reell arbetsbristsituation skall förklaras ogiltig om arbetsgivaren ansett uppsägningen lämplig också på grund av omständigheter som är hänförliga till arbetstagaren personligen men som inte skulle utgöra saklig grund för en uppsägning

⁴⁶⁰ Vartill, som nämnts, inga hänvisningar förekommer. Däremot skulle det kunna sägas ge uttryck för de principer varpå motiven vilar, jfr nedan avsnitt 4.3.

av personliga skäl. Om arbetsbrist faktiskt föreligger, saknar sådana ytterligare överväganden från arbetsgivarens sida rättsligt intresse.”⁴⁶¹

Den del av domskälen som behandlar frågan om huruvida de otvistiga förhållandena utgjorde saklig grund avslutas härafter med följande korta konklusion:

”Av utredningen i målet framgår att bolaget valt att ha en ordinarie bemanning på fyra personer i personalkontrollen samt att det vid uppsägningstillfället fanns fem personer i denna. Därmed förelåg en arbetsbristsituation i anställningsskyddslagens mening.”

Här nöjer sig således domstolen med att framhålla att arbetsgivaren ”valt” att ha en viss bemanning och därmed rör det sig enligt domstolen om en arbetsbristsituation i lagens mening. Att arbetstagaren hävdade att det inte utgjort saklig grund mot bakgrund av hur övertaligheten uppstod bemöter domstolen överhuvudtaget inte på annat sätt än att indirekt slå fast att uppsägningsskylten inte är relaterad till arbetstagarens person.

Härefter går domstolen in på en prövning av om det i själva verket varit personliga förhållanden som legat bakom uppsägningen av Stenström:

”Stenström har emellertid också, för det fall att arbetsdomstolen inte skulle dela hans uppfattning om innebörden i begreppet arbetsbrist gjort gällande att bolaget, genom att dels ge Briganti fast anställning, dels återplacera de sjukskrivna i personalkontrollen, skapat övertalighetssituationen i syfte att göra sig av med honom, och att det således i själva verket varit fråga om en uppsägning föranledd av skäl som var hänförliga till Stenström personligen.

Av utredningen framgår emellertid att Brigantis anställning våren 1984 övergick till att bli fast först när denne själv begärde detta samt att det då fortfarande var ovisst när de två långtidssjukskrivna arbetstagarna skulle komma tillbaka i tjänst. Det framstår vidare som naturligt att bolaget, när de två sjukskrivna återkom, placerade dem i den verksamhet där de ursprungligen anställdes. Det saknar därmed betydelse om bolaget möjligen bedömde det som fördelaktigt att anställningsskyddslagens reglering innebar att det var just Stenström som skulle sägas upp i den uppkomna arbetsbristsituationen.

Det anförda innebär att bolaget i och för sig får anses ha haft saklig grund bestående i arbetsbrist för uppsägningen av Stenström.”⁴⁶²

⁴⁶¹ Det är svårt att se någon konsekvens i domstolens argumentation. Först talas det om att arbetsgivaren fritt bestämmer över sin verksamhet och att arbetsbrist är ett relativt begrepp. Därefter nu om reella arbetsbristsituationer etc. Skall dessa reella arbetsbristsituationer ställas mot irreella, av arbetsgivaren skapade arbetsbristsituationer eller hur har man tänkt sig det? Och hur skall man undersöka ”hållbarheten i arbetsgivarens uppgift att arbetsbrist förelegat” om arbetsbrist är ett relativt begrepp.

Som tidigare nämnts, framgår det inte alldeles klart av domen huruvida det är arbetstagaren som formulerat sin talan på detta sätt eller om det är domstolarna som tolkat hans talan på det sätt som här kommit till uttryck. Jag syftar då på vad jag ovan framhållit om att arbetstagaren inte primärt gjort gällande att arbetsbrist inte förelåg utan att han helt enkelt menade att de åberopade förhållandena inte utgjorde saklig grund. Min uppfattning är också att domstolen vid sitt ställningstagande i denna del bygger på den syn på reella arbetsbristsituationer etc som anfördes i avslutning till utläggningen om fingerad arbetsbrist. Detta styrks av att domstolen uttrycker konklusionen om att det saknar betydelse om bolaget ansåg det fördelaktigt om det skulle innefatta att Stenström sades upp på ungefär samma sätt som det ovan hävdades att det saknar betydelse om det i en reell arbetsbristsituation också funnits intresse för en arbetsgivare att bli av med en anställd på icke sakligt grundade personliga förhållanden. Faktum kvarstår också att domstolen överhuvudtaget inte problematiserar det förhållandet att arbetsgivaren tillsvidareanställt en person i en situation där han kunnat anställa vederbörande som vikarie. Hade arbetsgivaren agerat på detta mer naturliga, förefaller det, sätt hade frågan om övertalighet inte uppkommit.

Det speciella i detta mål är att det rör en pensionär för vilken reglerna om turordning och företrädesrätt inte gäller. Härigenom var det fullt legitimt att säga upp denne trots att han inte var senast anställd. Den typen av situationer är måhända inte särskilt vanliga och det finns viss anledning att anta att domstolen låtit detta förhållande också präglade de argument som framförs för att saklig grund förelåg. Mot detta talar å andra sidan de principiella utläggningarna. Den situation som målet rör var emellertid just en sådan som ofta anfördes som kritik mot de regler om undantag från turordningsreglerna som gällde under 1994.⁴⁶³ Om en arbetsgivare har rätt att undanta personer från turordningsreglerna finns det nämligen utrymme för att kringgå kraven på saklig grund vid personliga förhållanden just genom ett förfarande av det aktuella slaget, dvs genom att arbetsgivaren väljer att tillsvidareanställa när han istället kunnat vikariatsanställa.

Vi ser att domstolen använder uttrycket "saklig grund" när den sammanfattar sin bedömning av tvistefrågan. Detta till trots ser domstolen sig föranledd att lägga till "bestående i arbetsbrist" vilket bekräftar att den ser det som en nödvändighet

⁴⁶² Domen var enhällig med Claes Eklundh som ordförande. Domstolen bestod av endast tre ledamöter. Med hänsyn till den utomordentligt intressanta frågeställning som arbetstagaridans grunder inbjöd till framstår det som märkligt att domstolen dömde i liten sammansättning.

⁴⁶³ Jfr prop 1994/95:76 s 18.

att ta vägen över något arbetsbristbegrepp vid bedömningen av om saklig grund skall anses föreligga. Att domstolen talar om saklig grund ”i och för sig” beror på att den därefter tog ställning till om arbetsgivaren fullgjort sin omplaceringskyldighet. Beträffande denna förefaller domstolen ha fäst avgörande vikt vid arbetstagarens ålder när den kom fram till att arbetsgivaren fick ”anses ha fullgjort vad som krävts”.

Sammanfattningsvis finns det anledning att framhålla att detta mål är det första vari föreställningen om en normativt relevant tudelning direkt ligger till grund för ställningstagandet i saklig grund-frågan.

Det bör framhållas att den kritik jag här riktat i första hand rör domstolens argumentation. Jag menar emellertid samtidigt att förhållandena i detta mål var sådana att domstolen mycket väl kunnat komma fram till att uppsägningen inte var sakligt grundad utan att detta på något sätt skulle ha behövt innefatta ett ifrågasättande av den grundläggande syn varpå anställningsskyddslagen även enligt min mening bygger. Problemet är att när domstolen fångats av arbetsbristbegreppet på det sätt varpå det i denna dom kommer till uttryck, det är svårt att ogiltigförklara en uppsägning som i juridisk/teknisk mening skall anses bero på arbetsbrist. Av vad jag framfört i anslutning till AD 1982:107 framgår att samma problem alls inte uppstår om man tänker bort tudelningen mellan arbetsbrist och personliga förhållanden och istället inriktar sig på sin uppgift, nämligen att ta ställning till om saklig grund föreläggat.

3.4.10 Det schabloniserade synsättet ges stabilare normativ grund och skärps ytterligare

Under några år rådde det relativ stiltje på rättskällefronten. Förvisso förekommer under perioden 1988-90 några mål som ger ett påtagligt uttryck för ett schabloniserat synsätt.⁴⁶⁴ Det dessa mål härutöver har gemensamt är att de ger ett bestämt intryck av att obenägenheten att pröva en under åberopande av ett omorganisationsbeslut (eller motsvarande) företagen uppsägning bottnar i en föreställning om att detta i sig också innefattar ett ifrågasättande av omorganisationsbeslutet som sådant, vilket visar att man inte skiljer på frågan om företagsledningsbeslutet och det sätt varpå det genomförs. I två av målen menar jag dessutom att domstolens ställningstagande till övriga tvistefrågor ger uttryck för ett kompensatoriskt tänkande, vilket kan förklaras av att domstolen funnit de aktuella förhållandena tveksamma med utgångspunkt i kravet på saklighet men ändå i justifieringsprocessen inte ansett sig kunna öp-

⁴⁶⁴ AD 1988:32, 1989:47 och 1990:67.

pet bifalla talan på denna grund.⁴⁶⁵ Skälet till att jag avstått från att redovisa mina analyser av målen är att de endast är en konsekvens av de synsätt som utvecklats tidigare.

Under åren 1991 och 1992 förekommer endast ett mål i domstolen av intresse i sammanhanget. I AD 1991:136 ogiltigförklarade arbetsdomstolen en under beteckningen arbetsbrist företagen uppsägning, väsentligen på den grunden att arbetsgivarsidan på en missuppfattning av rättsläget helt enkelt betecknat de i allt väsentligt otvistiga faktiska förhållandena felaktigt. Målet är i och för sig väsentligt i det att det speglar det formalistiska synsättets förmåga att påverka både parterna och domstolen i riktning mot den skenargumentation som synsättet inbjuder till. Med hänsyn till att domstolen inte gör några principiella uttalanden avstår jag emellertid av utrymmesskäl att redovisa min analys av fallet.⁴⁶⁶

Härefter tog emellertid utvecklingen ny fart. I en serie mål kommer det schabloniserade synsättet att ges en klarare normativ bas samtidigt som utrymmet för reella prövningar förefaller allt mer begränsat. Och när domstolen på sitt bord får ett fall som otvistigt är verksamhetsrelaterat, men samtidigt uppenbart inte sakligt grundat, räddar domstolen situationen med hjälp av konstruktionen om ”uppsägningar för säkerhets skull”.⁴⁶⁷ Det finns anledning att framhålla att detta i sig visar att föreställningen om att arbetsbrist definierat som icke-personliga förhållanden utgör saklig grund är felaktig. Ett signifikativt uttryck för ett schabloniserat synsätt återfinns vi också i AD 1994:1, där domstolen uttrycker sig så att i den mån en arbetsgivare fattat ett företagsledningsbeslut som innebär att viss tjänst skall dras in, utrymmet för ogiltigförklaring ligger i att arbetstagsarsidan kan påvisa att det verkliga skälet är personliga förhållanden eller att omplaceringsskyldigheten inte fullgjorts.

Än viktigare för frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund är att föreställningen om en normativt relevant tudelning får sitt definitiva genombrott i en serie domar, som har så klara normativa ställningstaganden att det förefaller svårt att tänka sig att det skulle vara möjligt att återföra problematiken till vad den egentligen bör handla om, nämligen om en uppsägning mot bakgrund av förhållandena i det enskilda fallet är sakligt grundad. Denna utveckling behandlar jag i nästkommande

⁴⁶⁵ AD 1988:32 och 1990:67.

⁴⁶⁶ Sannolikt till följd av den osäkerhet om kommande förändringar som den dåvarande politiska situationen gav utrymme för var det också lugnt på litteraturfronten.

⁴⁶⁷ Detta tema var föremål för prövning i tre mål under 1993, AD 1993:129, 138 och 214. I det sistnämnda bifölls talan.

kapitel. Föreställningen blir här slutligt en metod för att avgöra huruvida det är nödvändigt att göra någon saklig grund-prövning. Att denna metod sedan lett till att arbetstagersidan vunnit flera mål är inte ägnat att lindra den kritik jag riktar mot synsättet. Metoden innebär nämligen att frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund reducerats till en rent terminologisk fråga.

AD 1993:101 Skattemyndigheten i Västmanland

I AD 1993:101 hade 14 assistenter⁴⁶⁸ vid Skattemyndigheten Västmanlands kontor i Västerås i juni 1992 sagts upp under åberopande av arbetsbrist. Till stöd härför hänvisades främst till nya krav från RSV på verksamhetens inriktning, vilket innebar att man fram till utgången av 1995 skulle genomföra en ordning som innebar att 20 % av antalet årsarbetskrafter skulle ägna sig åt revisionsverksamhet, samt statsmakternas krav på tioprocentiga nedskärningar. I enlighet med det s k revisionsmålet nyanställde myndigheten i anslutning till uppsägningarna av assistenterna nio handläggarspiranter.

Arbetstagarnas organisation, TCO-OF/C, väckte talan och yrkade att uppsägningarna skulle ogiltigförklaras med hänvisning till att det inte förelegat saklig grund. Till stöd härför åberopades flera omständigheter. Jag väljer att behandla dessa synpunkter i anslutning till redovisningen av domstolens ställningstaganden.⁴⁶⁹

Arbetsgivaren bestred yrkandena och invände väsentligen att uppsägningarna byggde på de bedömningar som gjorts av personalbehovet inom olika kategorier med anledning av sparkraven och revisionsmålet och att det inträffat ändrade förhållanden efter besluten om den s k SOL-reformen,⁴⁷⁰ och avslutade med följande sammanfattning av sin ståndpunkt:

”Tvisten i målet har egentligen sin grund enbart i att (arbetstagarorganisationerna) inte har velat godta myndighetens bedömningar. Detta hindrar emellertid inte att myndigheten ägt lägga dessa till grund för uppsägningarna och att upp-

⁴⁶⁸ Tvisten i målet kom sedermera att röra nio av dessa.

⁴⁶⁹ Det bör redan nu framhållas att flertalet av de synpunkter som arbetstagersidan framför innebär att man gör gällande att det inte förelegat saklig grund enligt första stycket i 7 § LAS, om än man är inriktad på att tala om att det inte förelegat ”arbetsbrist”, men också att myndigheten inte fullgjort sin omplaceringsskyldighet.

⁴⁷⁰ En reform som beslutats något tidigare men som kom att förändras med anledning av sparkraven och den av RSV nyss nämnda beslutade förändringen av inriktningen på verksamheten.

sägningarna därmed har saklig grund i vad som enligt anställningsskyddslagen är att betrakta som arbetsbrist. Det skall framhållas att TCO-OF/C inte ens har påstått att uppsägningarna skulle ha berott på de ifrågavarande assistenternas personliga förhållanden.”⁴⁷¹

I inledningen till behandlingen av ”frågan om arbetsbrist” utvecklar arbetsdomstolen utförligare än någonsin tidigare hur s k arbetsbristuppsägningar skall betraktas:

”Tvisten mellan parterna gäller i första hand frågan, om det i sådan mening som avses vid tillämpningen av anställningsskyddslagen föreligger arbetsbrist för de uppsagda assistenterna. Det skall anmärkas att TCO-OF/C inte har gjort gällande att det i målet skulle vara fråga om s.k. fingerad arbetsbrist, dvs att Skattemyndigheten Västmanland åberopat arbetsbrist endast som en förevändning för att skilja assistenterna från deras anställningar av skäl som i själva verket hänför sig till deras personliga förhållanden. De särskilda problem vid bevisprövning m.m. som uppkommer när fingerad arbetsbrist påstås (se t.ex. AD 1978 nr 110) är följaktligen inte aktuella i målet och berörs därför inte i det följande.

Som arbetsdomstolen i åtskilliga tidigare domar haft anledning framhålla framgår redan av förarbetena till såväl 1974 års som 1982 års anställningsskyddslag (prop. 1973:129 s. 123 och prop. 1981/82:71 s. 65) att vad som brukar kallas arbetsbrist godtas som saklig grund för uppsägning. Det kan, som uttalades i förarbetena till 1974 års lag, inte krävas av en arbetsgivare att han håller igång verksamheten i oförändrad utsträckning enbart för att tillgodose arbetstagarnas anställningstrygghet. Arbetsgivaren kan sålunda i kraft av den s.k. företagsledningsrätten av olika skäl besluta om sådana åtgärder som nedskärningar av verksamheten, omorganisationer, ändringar av verksamhetens inriktning m.m. Det är också arbetsgivaren som avgör hur många personer som han skall ha anställda för olika uppgifter i verksamheten och i princip även hur dessa uppgifter skall fördelas mellan de anställda. Skälen för arbetsgivarens bedömning kan vara av ekonomisk, organisatorisk eller därmed jämförbar natur. I den mån arbetsgivarens bedömningar och åtgärder av nu skisserat slag leder till uppsägning av arbetstagare talar man om uppsägning på grund av arbetsbrist. Härav framgår att begreppet arbetsbrist i anställningsskyddssammanhang i själva verket är en samlingsbeteckning för en mängd olika situationer och ingalunda alltid är liktydigt med att det i konkret mening saknas arbetsuppgifter för en arbetstagare (jfr även Lunning, Anställningsskydd, 7. omarbetade uppl, s. 251ff).

Anställningsskyddslagen bygger på principen att det ytterst är arbetsgivarens bedömning av behovet att genomföra sådana verksamhetsförändringar som nyss

⁴⁷¹ Här får vi alltså en tydlig bild av att arbetsgiversidans uppfattning är att något egentligt utrymme för en saklig grund-prövning inte föreligger då de åberopade skälen är hänförliga till verksamheten.

nämnts samt av sådana åtgärders återverkningar på behovet av arbetskraft som är avgörande för huruvida arbetsbrist i anställningsskyddslagens mening skall anses föreligga. Detta innebär bl.a. att en domstol inte kan gå närmare in på frågor om det berättigade från företagsekonomisk, organisatorisk eller därmed jämförlig synpunkt i att genomföra en förändring av arbetsgivarens verksamhet eller att genomföra den på det sätt som arbetsgivaren funnit lämpligt (se prop. 1973:129 s. 123, jfr prop. 1981/82:71 s. 65). De anställdas intresse av trygghet i anställningen beaktas i hithörande sammanhang främst genom att arbetstagarnas organisationer vid primärförhandlingar enligt medbestämmandelagen eller enligt avtal har möjlighet att påverka arbetsgivarens bedömningar och beslut. Avtal kan givetvis också ha träffats om särskilda trygghetsanordningar o.d. Bedöms uppsägningar som nödvändiga har den enskilde arbetstagaren - vid sidan av vad som eventuellt kan följa av avtal om sådana särskilda trygghetsanordningar - det skydd som ligger i regler om uppsägningstid, om turordning vid uppsägning på grund av arbetsbrist och om rätt till återanställning för den som uppsagts av sådan anledning. De nu berörda principerna är tillämpliga även såvitt avser verksamheten hos arbetsgivare inom den offentliga sektorn.

Som har framhållits bl.a. i domen AD 1984:26 får det sagda dock förses med en reservation. Anställningsskyddslagen bygger på att arbetsgivaren i görligaste mån skall söka undvika friställningar och bör överväga alla till buds stående möjligheter att genomföra olika verksamhetsförändringar m.m. utan att arbetstagare behöver sägas upp (jfr prop. 1981/82:71 s. 65). Såvitt gäller det statliga området har ett sådant grundläggande synsätt också kommit till uttryck i det statliga s.k. trygghetsavtalet, som TCO-OF/C i målet har hänvisat till. Av vad sålunda anmärkts följer att man inom rättstillämpningen måste ställa det kravet på arbetsgivaren att denne inte tar lätt på frågan huruvida uppsägningar måste ske på grund av arbetsbrist, utan verkligen gör en noggrann och seriös bedömning av verksamhetens behov m.m. Har detta gjorts kan emellertid, som har uttalats i bl.a. den nyss nämnda domen, arbetsgivarens bedömning i princip inte ifrågasättas av domstol vid prövningen av om saklig grund i form av arbetsbrist föreligger.”

När domstolen preciserar tvistefrågan är det inte frågan huruvida uppsägningarna varit sakligt grundade den framhåller utan om det föreligger arbetsbrist i anställningsskyddslagens mening.⁴⁷² Själva formuleringen baseras på att allt som kan beskrivas som verksamhetsrelaterade skäl också utgör saklig grund för uppsägning.⁴⁷³

I det därpå följande stycket tas ett grepp i syfte att klarlägga innebörden i det förhållandet ”att vad som brukar kallas arbetsbrist

⁴⁷² Vilket förvisso har stöd i parternas sätt att uttrycka sig.

⁴⁷³ Någon juridiskt/tekniskt betingad negativ definition rör det sig dock inte om. Det är också att notera att domstolen finner det vara av betydelse att särskilt framhålla att det inte rör sig om ett fall av fingerad arbetsbrist. Detta är ägnat att förstärka det schabloniserade synsättet. Se min kommentar till AD 1984:26 ovan.

godtas som saklig grund för uppsägning”. Detta sker genom att domstolen söker fånga essensen i vad som är skälet härtill och man går därvid betydligt längre än att föra fram det förhållandet att det gemensamma draget skulle utgöras av att skälen inte kan hänföras till de uppsagdas personliga förhållanden. Även om domstolen i tidigare domar varit inne på de omständigheter som här lyfts fram består det nya i att man söker vad som skulle kunna sägas utgöra det bakomliggande materiellt normativa draget hos de förhållanden som brukar uttryckas med att arbetsbrist är saklig grund för uppsägning.⁴⁷⁴ Det är nämligen i denna dom som domstolen, såvitt jag kunnat finna, för första gången i dessa sammanhang talar om *företagsledningsrätten*, som det som egentligen åsyftas när det i motiven talas om ”att vad som brukar kallas arbetsbrist godtas som saklig grund för uppsägning”. Liksom hos Fahlbeck,⁴⁷⁵ som är den som såvitt jag kunnat finna först förklarade förhållandena med företagsledningsrättens primat,⁴⁷⁶ innefattar detta en systematisering som är ägnad att klargöra den normativa kontexten. Samtidigt bidrar det till att legitimera rättsläget eftersom det härigenom får en från normativa utgångspunkter plausibel och systemenhetsbefrämande förklaring.⁴⁷⁷ Som kommer att utvecklas nedan finns det emellertid utrymme att ifrågasätta dessa normativa utgångspunkter.⁴⁷⁸

Efter att sedan ha exemplifierat området för företagsledningsrätten och olika typer av skäl som kan föranleda beslut inom dennas gränser återknyter domstolen till den inledande frågeställningen genom att slå fast att ”(i) den mån arbetsgivarens bedömningar och åtgärder av nu skisserat slag leder till uppsägning av arbetstagare talar man om uppsägning på grund av arbetsbrist”.⁴⁷⁹

⁴⁷⁴ Långt ifrån allt det som sägs finner stöd i lagförarbetena, som ju i huvudsak riktar in sig på företagsekonomiskt inriktade driftsinskränkningar, men eftersom det inte är det förhållandet att det står i förarbetena i och för sig utan den normativa utgångspunkten härför man hämtar stöd i finns det ingen anledning att anmärka på detta.

⁴⁷⁵ Praktisk arbetsrätt 1989 s 305.

⁴⁷⁶ Se också i samma kontext, Victorin Aktieägandet och löntagarintresset 1991.

⁴⁷⁷ Att man för in företagsledningsrätten som en normativ förklaring till gällande ordning i en tvist på det statliga området, innebär inte att den saknar värde. Det är ju också så att man inledningsvis lyfter fram företagsledningsrätten som en allmän överordnad norm i arbetsbristsammanhang och att man sedan, i och för sig utan närmare motivering, slår fast att motsvarande gäller på den offentliga sektorn. Det finns emellertid anledning att ifrågasätta detta. En myndighet är inte fri att bestämma om, hur och i vilken omfattning den vill bedriva sin verksamhet.

⁴⁷⁸ Se nedan avsnitt 4.3.

⁴⁷⁹ När man härefter med hänvisning till Lunning konkluderar med att ”arbetsbrist i anställningsskyddssammanhang i själva verket är en samlingsbeteckning” förtar detta i viss mån det klargörande som tidigare skedde i form av den normativa förklaringen med

I nästkommande stycke knyter man sedan ihop resonemanget genom att framhålla att LAS bygger på att det ”ytterst är arbetsgivarens bedömning av behovet att genomföra sådana verksamhetsförändringar som nyss nämnts samt av sådana åtgärders återverkningar på behovet av arbetskraft som är avgörande för huruvida arbetsbrist i anställningskyddslagens mening skall anses föreligga”.⁴⁸⁰

För att det skall vara meningsfullt att dela upp uttalandena på det sätt som gjorts måste de ha olika innebörd. Domstolen synes här lösa ett problem. Det är nämligen rimligt att låta den företagsledningsrättsanknutna definitionen av begreppet arbetsbrist ligga till grund för en juridisk/teknisk bestämning av 'arbetsbrist' som rekvisit i regler om turordning och företrädesrätt mm. För tillämpningen av dessa regler är detta konstaterande tillräckligt; man behöver dessutom inte ifrågasätta om det också utgör saklig grund. Det andra uttalandet är istället av relevans för frågan om saklig grund vid tillämpningen av 7 §. Problemet är att domstolen ser som sin uppgift att bestämma vad som utgör arbetsbrist och inte om saklig grund föreligger.⁴⁸¹ Det förhållandet att domstolen någon gång skulle finna att arbetsgivarens bedömning inte kan godtas och därför förklara en uppsägning ogiltig såsom inte sakligt grundad,⁴⁸² motsäger inte att en sådan uppsägning skulle kunna betraktas som en uppsägning p g a arbetsbrist om tvistefrågan istället varit huruvida arbetsgivaren brutit mot turordningsreglerna. Frågan om saklig grund saknar således relevans vid bedömningen av om rekvisitet 'arbetsbrist' (liksom 'personliga förhållanden') i de regler vari det förekommer är uppfyllt.⁴⁸³ Men omvänt saknar också möjligheten att inrymma en konkret uppsägningsgrund under något av dessa begrepp betydelse för frågan om saklig grund vid tillämpningen av 7 §. Med det synsätt som här

hänvisning till företagsledningsrätten, i och med att det återför oss till den ostrukturerade utgångspunkten.

⁴⁸⁰ Här blir användningen av arbetsbristtermen märklig. Först fick vi således veta att en uppsägning som bottnar i företagsledningsrättsrelaterade bedömningar och åtgärder betecknas som ”uppsägning på grund av arbetsbrist”. Sedan upplyses vi om att det ytterst är arbetsgivarens bedömning som är avgörande för om ”arbetsbrist i anställningskyddslagens mening skall anses föreligga”. Man kan inte rimligen mena samma sak med de olika uttryckssätten.

⁴⁸¹ Man kan emellertid inte utan vidare byta ut ”arbetsbrist” mot ”saklig grund”; det är naturligtvis inte arbetsgivarens som bestämmer om saklig grund föreligger. Däremot blir innebörden, om vi tänker bort 'arbetsbrist', att domstolen vid avgörandet av huruvida saklig grund föreligger i princip är bunden av den bedömning av behovet av uppsägningar som arbetsgivaren gjort.

⁴⁸² Jfr AD 1976:111.

⁴⁸³ Dock att det ändå är de sakliga uppsägningsgrunderna som ligger till grund för att man kan hävda en normativt relevant tudelning, jfr ovan 3.3.4.4.

presenterats blir det också möjligt att pedagogiskt framställa saklig grund-problematiken med utgångspunkt tagen i två huvudkategorier, som också behandlas på samma "nivå", med utrymme för att under båda kategorierna finna exempel på både sakliga och osakliga uppsägningsgrunder, om än antalet sakliga kommer att dominera kategorin 'arbetsbrist' medan de osakliga kommer att dominera framställningen under kategorin 'personliga förhållanden'. Och konklusionen om något befinnes inte vara sakligt grundat under kategorin 'arbetsbrist' skall inte vara att "arbetsbrist inte förelegat" utan att det inte förelegat saklig grund. Vem skulle, som framhållits ovan, komma på tanken att göra gällande att skälet till att en med hänvisning till personliga förhållanden företagen uppsägning befinnes inte vara sakligt grundad, är att det inte rör sig om personliga förhållanden?

För att återgå till domstolens utläggningar i det aktuella målet noterar jag att domstolen framhåller att den "inte kan gå närmare in på frågor om det berättigade" från företagsekonomiska eller motsvarande utgångspunkter att genomföra en åtgärd på det sätt arbetsgivaren funnit lämpligt. Detta är en mycket stark skrivning och det är då väsentligt att poängtera att man här inte åberopar företagsledningsrättens normativa överhöghet utan motivuttalandena till 1974 och 1982 års anställningskyddslagar.⁴⁸⁴ Dessa uttalanden i kombination med att man omedelbart härefter framhåller att arbetstagarnas skydd i dessa situationer består i arbetsgivarens förhandlingsskyldighet enligt 11 § MBL, i regler om uppsägningstider och om turordning och företrädesrätt till återanställning förstärker ett schabloniserat synsätt, samtidigt som det ger synsättet legitimitet i och med att man lyfter fram skyddsreglerna såsom en del av en helhet. Detta blir också en klar anvisning om vad som komma skall när domstolen strax härefter kommer in på prövningen av förhållandena i det aktuella fallet.⁴⁸⁵

Sedan domstolen redovisat de bedömningar myndigheten lagt till grund för uppsägningarna hade den först att ta ställning till frågan om *när* arbetsgivaren har att redovisa sina bedömningar och vad som således kan läggas till grund för

⁴⁸⁴ Se också AD 1984:26 och 1989:47.

⁴⁸⁵ Det förhållandet att man härefter nämner den praxis och de motivuttalanden som ger uttryck för att arbetsgivare skall "överväga alla till buds stående möjligheter att genomföra olika verksamhetsförändringar m.m. utan att arbetstagare behöver sägas upp", ändrar inte detta. Redan genom dess undanskymda placering har betydelsen av dem tonats ned och genom att man också synes acceptera den innebörd dessa motivuttalanden givits då de tillämpats i lärardomarna innebär de knappast någon begränsning i uppsägningrätten.

prövningen om arbetsgivarens bedömningar uppfyller de krav som kan ställas. Domstolen framställde och avgjorde denna fråga enligt följande:

”TCO-OF/C har i målet gjort gällande att arbetsgivarsidan vid de medbestämmandeförhandlingar som föregått uppsägningarna - och som ägde rum under senare delen av år 1991 och förra delen av år 1992 - inte tillfredsställande har klargjort de bedömningar som sålunda har redovisats i målet. Av den skriftliga bevisning i form av förhandlingsprotokoll m.m. som har åberopats i målet framgår emellertid att ST-Skatt och TCO-OF/C i allt väsentligt måste ha fått klart för sig att arbetsgivarsidan vid förhandlingarna i arbetsbristfrågan resonerade på det sätt och gjorde de bedömningar som inför arbetsdomstolen har beskrivits av Eva Johansson och Anders Lundqvist. Härtill kommer att det avgörande för domstolens bedömning av saklig grund-frågan måste vara vad som har redovisats i målet, i vart fall så länge detta inte kan hänföras till sanningslösa efterhandskonstruktioner. I förevarande fall saknas all anledning att anta att det skulle vara fråga om något sådant. I den mån det i målet har tillförts detaljer som inte dragits fram vid medbestämmandeförhandlingarna skulle detta därför möjligen kunna föranleda kritik mot arbetsgivarsidans sätt att agera vid förhandlingarna, men likväl inte påverka bedömningen av saklig grund-frågan.”⁴⁸⁶

Härefter gick domstolen över till att behandla den kritik som från arbetstagersidan riktats mot arbetsgivarens bedömningar.

Arbetstagersidan hade, ”som det får förstås” som domstolen uttryckte det, gjort gällande att de nya förhållandena, dvs besparingskraven och revisionsmålet, inte innebar att myndigheten behövt agera på annat sätt än vad som framkom i ”Målorganisation Västmanland”. Sedan domstolen konstaterat att dessa förhållanden ”drastiskt förändrat” situationen avfärdade den synpunkten med följande anknytning till sina inledande normativa utläggningar:

”Myndighetens bedömning, att dessa ändrade förhållanden ställde sådana anspråk på dess verksamhet att myndigheten inte längre kunde hålla fast vid planerna

⁴⁸⁶ Denna problematik, som inte tidigare varit föremål för domstolens prövning, synes här ha fått en rimlig lösning. Jag saknar dock en anknytning till 9 § LAS. Mitt intryck är nämligen att detta stadgande inte har någon nämnvärd praktisk betydelse vid verksamhetsrelaterade uppsägningar. Något skäl till att inte tillämpa detta på samma sätt som sker vid personliga förhållanden finns emellertid inte; själva poängen är ju att arbetsgivaren inte får åberopa sådant han vid tidpunkten för besked enligt 9 § hade kunnat uppge och detta oavsett om det rent faktiskt förelegat sådana omständigheter som i och för sig kunnat utgöra saklig grund för uppsägning. Problemet är att arbetsbrist alltid anses utgöra saklig grund. Även om termen används som något slags förkortning bör det dock inte vara tillräckligt att arbetsgivaren vid eventuellt besked enligt 9 § uppger blott arbetsbrist, försåvitt det inte rör arbetsbrist i den vardagsspråkliga betydelsen brist på arbete. En upplysning om att arbetsbrist utgjort uppsägningsgrund blir då inte mer informativ än om man i ett fall av misskötsamhet från en anställds sida skulle uppge att uppsägningen föranletts av personliga förhållanden.

enligt 'Målorganisation Västmanland' utan var tvungen att agera snabbare i syfte att kunna möta de nya kraven, *är en typisk sådan bedömning som arbetsdomstolen enligt vad som tidigare sagts inte kan ge sig in i en närmare prövning av.* Det har inte framkommit något som talar för att den skulle ha varit osaklig eller eljest vilat på oseriös grund.”⁴⁸⁷

Jag har svårt att se varför domstolen *inte skulle kunna* göra en sådan bedömning. Mot bakgrund av de inledande generella formuleringarna är det emellertid förståeligt att det i tillämpning får denna konsekvens. Man måste emellertid skilja på frågan om företagsledningsbeslutets genomförande och rätten att säga upp de anställda. Det sätt varpå domstolen i detta och tidigare mål uppfattat sin möjlighet att pröva huruvida arbetsgivaren gjort vad som är möjligt för att försöka undvika uppsägningar innebär att man inte skiljer på dessa båda frågor.

Det bör också framhållas att det är möjligt att förstå arbetstagsidans uppfattning i nu berörda avseende på ett annat sätt. Den omständighet arbetstagsidan lyfte fram var att det i samband med den då nyligen genomförda reformen av skattemyndigheternas organisation, den s k SOL 90-reformen, i en särskilt för myndigheten upprättad plan, Målorganisation Västmanland, synes ha varit förutsatt att denna reform skulle genomföras successivt utan att anställda skulle behöva sägas upp och arbetstagsidan gjorde härvid följande anmärkning:

”Det görs inte gällande att SOL 90-rapporten eller 'Målorganisation' Västmanland' innefattar någon bindande utfästelse om viss anställningstrygghet, men innehållet i handlingarna måste ändå tillmätas någon betydelse vid bedömningen av Skattemyndigheten Västmanlands handlande i uppsägningsfrågan.”

Denna ståndpunkt kan inte uppfattas på annat sätt än att arbetstagsidan menar att arbetsgivaren helt enkelt inte agerat sakligt när han först beslutar om en stor reform som kan genomföras utan uppsägningar för att strax därefter göra ytterligare förändringar som kullkastar vad som nyss lagts fast. Ett problem med att få in en sådan ståndpunkt på ett ”logiskt” sätt är att man är inriktad på frågan om 'arbetsbrist' i någon mening förelegat. Arbetstagsidan har inte lyckats argumentera på annat sätt och domstolens sätt att ”förstå” ståndpunkten är helt styrd av deras normativa föreställningar om vad det är möjligt att pröva i samband med arbetsbristuppsägningar. Det är betydligt lättare om tillämpningen av 7 § även på verksamhetsrelaterade uppsägningar är inriktad på frågan om agerandet framstår som *sakligt*. Frågar man sig i ett fall som det aktuella om arbetsbrist förelegat är svaret givet med de definitioner härpå som tillämpas. Frågar man sig istället om det aktuella för-

⁴⁸⁷ Min kursivering.

hållandet utgör saklig grund för uppsägning kräver det ytterligare överväganden innan det är möjligt att ta ställning.

Arbetsdagarsidan hävdade vidare att uppsägningarna kunnat undvikas om det inom myndigheten, i stället för att nyrekrytera, anordnats en ”utbildningstrappa”. Till detta gjorde domstolen följande ställningstagande:

”Staten har häremot invänt att varken anställningsskyddslagen eller trygghetsavtalet kan ge stöd för så långtgående anspråk på en arbetsgivare, men även att Skattemyndigheten Västmanland gjorde bedömningen att vad som kunde åstadkommas genom internutbildning av befintlig personal under alla förhållanden inte skulle vara tillräckligt. Detta har bekräftats av Eva Johansson och Anders Lundqvist, vilka har förklarat att myndigheten bedömde det som helt nödvändigt, för att i tid kunna nå det 20 %-iga revisionsmålet, att så snart som möjligt externrekrytera högskoleutbildade ekonomer för internutbildning till kvalificerade handläggare med revisorskompetens. Det har inte heller i denna del framkommit något som tyder på att dessa myndighetens bedömningar skulle kunna betraktas som osakliga. *De är därmed i själva verket helt avgörande, eftersom de vid sådant förhållande i enlighet med det tidigare sagda inte kan ifrågasättas av domstolen. Det behöver knappast sägas att denna princip i nu berört sammanhang framstår som närmast självklar. Det är naturligtvis uteslutet att en domstol skulle kunna överpröva myndighetens val av lämpligt tillvägagångssätt för att nå det aktuella målet avseende revisionsverksamheten, för att eventuellt förklara att annat tillvägagångssätt bort väljas i stället.*”⁴⁸⁸

Att i en tvist som bottnar i att en arbetsgivare sagt upp anställda för att kunna nyrekrytera andra, domstolen inte ens anser sig ha möjlighet att pröva och ifrågasätta arbetsgivarens bedömningar när den regel den har att tillämpa anger att en uppsägning skall vara *sakligt grundad* framstår som högst anmärkningsvärt. Det är också intressant att notera att domstolen som stöd för sin ståndpunkt antyder att det skulle innebära att den i praktiken anvisar arbetsgivaren ett annat tillvägagångssätt. Detta brukar inte vara något problem för domstolen vid personliga förhållanden och inte heller vid verksamhetsrelaterade förhållanden där en uppsägning ogiltigförklaras på den grunden att arbetsgivaren inte fullgjort sin omplaceringsskyldighet. *Domstolens uppgift är att ta ställning till om en uppsägning är saklig och däri ingår inte någon skyldighet att bistå arbetsgivaren med råd om hur han skulle ha gjort istället.* Uttalandet bekräftar än en gång att domstolen inte skiljer på företagslednings- och genomförandebeslut.

⁴⁸⁸ Min kursivering.

Det bör framhållas att domstolen också utvecklade denna ståndpunkt på ett sätt som innebär att den kan sägas i viss mån ha prövat den möjlighet som anvisades av arbetstagsidans:

”Arbetsdomstolen kan inte heller finna att Skattemyndigheten Västmanland vid valet av tillvägagångssätt för att tillgodose verksamhetens behov underlåtit att göra vad som i övrigt – enligt anställningsskyddslagen eller trygghetsavtalet – kunnat fordras av myndigheten för att undvika onödiga uppsägningar. Vad som i målet har uppgetts av Eva Johansson och Anders Lundqvist samt bl.a. det förhållandet, att myndigheten efter interna undersökningar av intresse och fallenhet antagit även två av myndighetens assistenter med tillfredsställande grundutbildning till handläggaraspiranter, talar sålunda för att myndigheten utifrån sina utgångspunkter varit angelägen om att i möjligaste mån beakta den befintliga personalens intresse av trygghet i anställningen. För fullständighetens skull skall tilläggas att parterna i målet är ense om att det inte funnits förutsättningar att bereda någon av de i målet aktuella nio assistenterna plats som handläggaraspiranter.”

Sättet att ange problematiken visar att det senast citerade stycket är ägnat att legitimera den redan intagna ståndpunkten, mer än att vara den prövning som ledde fram till ställningstagandet. Hade domstolen enbart använt det senast citerade hade vi kunnat tala om en reell saklig grundprövning. Nu rör det sig istället om en prövning av *arbetsgivarens* bedömning.

Som ytterligare stöd för yrkandet om ogiltigförklaring gjorde arbetstagsidans gällande att arbetsgivaren inte lyckats visa att det ”skulle föreligga en arbetsbrist som är hänförlig till just assistenter”.⁴⁸⁹ Arbetsdomstolen menade att bevisningen i målet gav klart stöd för

”att det genom SOL 90-reformen i länet uppkommit en övertalighet bland de i Västerås placerade assistenterna. Detta behöver som tidigare har berörts inte betyda att det fanns ett antal assistenter i Västerås som överhuvud taget inte kunde sysselsättas, utan endast att där fanns fler assistenter än som enligt myndighetens bedömning krävdes för verksamheten.”⁴⁹⁰

Sedan man diskuterat ytterligare bevisning som talade i motsatt riktning konkluderade domstolen:

”Det får sålunda anses visat att det redan till följd av SOL 90-reformen faktiskt uppstått vad som varit att betrakta som arbetsbrist (övertalighet) för assistenter vid myndighetens kontor i Västerås. Därtill har enligt vad Eva Johansson och Anders Lundqvist uppgett kommit effekter av bl.a. utökat ADB-stöd och andra

⁴⁸⁹ Citerat ur domstolens återgivning av arbetstagsidans ståndpunkt i domskälen.

⁴⁹⁰ Här tillhandahåller således arbetsbristbegreppet domstolen ett argument mot arbetstagsidans ståndpunkt.

av staten i dess sakframställning redovisade faktorer som ytterligare minskat behovet av assistentpersonal i sådan grad att myndigheten ansett sig kunna konstatera arbetsbrist för assistenter motsvarande minst 13 årsarbetskrafter. *Det är här fråga om en bedömning av verksamhetens behov, som domstolen varken har förutsättningar eller rättslig möjlighet att pröva närmare.* Så mycket bör emellertid sägas som att utredningen i målet på intet sätt talar mot statens uppfattning, att de olika verksamhetsförändringar som skett och kan väntas ske i så hög grad berör arbetsuppgifter som huvudsakligen ankommer på assistenter hos myndigheten att det varit befogat att anse den konstaterade övertaligheten i dess helhet hänförlig till denna personalkategori.⁴⁹¹

Återigen återkommer domstolen till att den saknar rättslig möjlighet att närmare pröva arbetsgivarens bedömningar. Men samtidigt görs även här utläggningar som kan sägas innefatta att den tar ställning till sakhetsen i *arbetsgivarens* bedömningar.⁴⁹²

Sedan domstolen också kommit fram till att arbetsgivaren *inte* åsidosatt sin omplaceringskyldighet ogillades käromålet.⁴⁹³

De långa och omfattande utläggningarna från domstolens sida ger intryck av att den faktiskt gör en noggrann saklig grund-bedömning. Men skenet bedrar. Varje utläggning mynnar ändå ut i att domstolen med hänvisning till de inledande normativa ställningstagandena anser sig vara förhindrad att ingå i prövning av de av arbetstagersidan framförda ståndpunkterna.⁴⁹⁴

⁴⁹¹ Min kursivering.

⁴⁹² Slutligen avhandlade domstolen arbetstagersidans med hänvisning till AD 1976:28 (i domen anges AD 1978:26, men det måste vara 1976:28 man avser) anförda synpunkt på uppsägningarnas saklighet, vilket av domstolen uppfattades och bedömdes enligt följande: "TCO-OF/C har i tvistefrågan rörande arbetsbristen vid kontoren i Västerås slutligen gjort gällande att sådan arbetsbrist inte skulle föreligga vid utgången av de uppsagda assistenternas uppsägningstider. Härmed torde avses antingen att uppsägningarna enligt TCO-OF/C:s mening skett för tidigt eller att de skett 'för säkerhets skull' (jfr bl.a. den av TCO-OF/C i detta sammanhang åberopade domen AD 1984 nr 26). Utredningen i målet ger emellertid inte något stöd åt vare sig den ena eller andra ståndpunkten." Såsom jag uppfattat arbetstagersidans ståndpunkt är det primärt AD 1976:28 som anförts. Denna dom kan sägas innebära att det för att saklig grund skall föreligga krävs att arbetsgivaren också genomför sitt beslut på sådant sätt att arbetsuppgifter saknas vid uppsägningstidens utgång. Det är nu inte riktigt så arbetsdomstolen uppfattar saken men å andra sidan är principen från 1976 års fall kanske inte helt adekvat i förevarande sammanhang.

⁴⁹³ Domen var enhällig med Ove Sköllerholm som ordförande.

⁴⁹⁴ Samtidigt kan man fråga sig varför domstolen vid flera tillfällen trots allt utvecklar tankegångarna, efter det att den slagit fast att den saknar möjlighet att överpröva de bedömningar arbetsgivarsidan gjort, för att därigenom också ge stöd för att det faktiskt är sakligt. Detta ger intryck av att man ogillar den tvångströja man själv spänt fast.

Man kan betrakta denna dom som en ny fas i utvecklingen. Det är första gången domstolen uttryckligen tar hjälp av en överordnad materiell norm när den anger de normativa utgångspunkterna för en domstols möjlighet att pröva sakligheten av arbetsbristuppsägningar. Tidigare har det främst varit hänvisningar till motivuttalanden som förekommit i sammanhanget och det skulle då kunna hävdas att det är den normativa föreställningen om förarbetenas status som rättskälla som varit styrande när domstolarna avstått från att pröva sakligheten. Andra har tidigare angivit skälen utan att samtidigt formulera normen. Genom att nu, förvisso med hänvisningar till förarbetsuttalandena, ge dem en materiellt normativ grund att stå på tonas samtidigt dess betydelse som just förarbetsuttalanden ned och detta är ägnat att ge ställningstagandena en ökad legitimitet. Hade det helt saknats motivuttalanden i ämnet hade domstolen sannolikt betydligt tidigare sett sig föranledd att skapa principer på egen hand för tillämpningen av saklig grund-regeln på arbetsbristuppsägningar och det är rimligt att anta att dessa principer hade sett ut på det sätt som de gör i förevarande mål.⁴⁹⁵ Något skäl till varför företagsledningsrätten bör ha denna överordnade ställning ges dock inte och som nämnts återkommer jag till och utvecklar min kritik mot företagsledningsrätten som normativ föreställning nedan.⁴⁹⁶

3.4.11 Föreställningen om en normativt relevant tudelning utvecklas till en metod

Omregleringsproblematiken får sin lösning

AD 1993:61 Thorn och bilförmånerna

I AD 1993:61 hade uthyrningsföretaget Thorn beslutat sig för att av ekonomiska skäl avveckla de bilförmåner som tillkom deras tekniker enligt anställningsavtalen. Thorn erbjöd berörda anställda ett engångsbelopp om 20.000 kronor mot att de frivilligt avstod från bilförmån i framtiden. Ett mindre antal tekniker accepterade detta erbjudande. Övriga, inalles ett hundratal, sades upp⁴⁹⁷ från sina anställningar med erbjudande om återanställning på tjänster utan bilförmån men med i övrigt samma villkor och arbetsuppgifter. Teknikernas organisation⁴⁹⁸

⁴⁹⁵ Vi hade då kanske sluppit en del märkliga resonemang kring huruvida arbetsbrist i någon mening föreligger eller inte.

⁴⁹⁶ Se nedan avsnitt 4.3.

⁴⁹⁷ Eller skulle komma att sägas upp. Alla berörda var vid tidpunkten för tvistens uppkomst ännu inte uppsagda.

⁴⁹⁸ Svenska Elektrikerförbundet.

väckte talan och gjorde beträffande de som accepterat bolagets erbjudande gällande att överenskommelserna var ogiltiga såsom stridande mot kollektivavtalet. Beträffande de som sagts upp p g a att de avböjt erbjudandet utvecklade förbundet sin talan enligt följande:

”Vad härefter gäller uppsägningstvister gör SEF gällande att uppsägningarna strider mot 7 § anställningsskyddslagen eftersom de inte är sakligt grundade. Skälen härför är följande. För det första utgör uppsägningarna ett led i ett kollektivavtalsbrott såsom förut har redovisats. En uppsägning kan inte vara sakligt grundad när den föranleds av att arbetstagaren motsätter sig en lönesänkning som strider mot kollektivavtalet. I andra hand är uppsägningarna inte sakligt grundade därför att det inte föreligger någon arbetsbrist. I själva verket måste uppsägningarna betraktas som uppsägningar av personliga skäl såsom föranleda av att arbetstagaren inte har velat acceptera bolaget anspråk på att avveckla bilförmånen. Om alla arbetstagare hade accepterat bolagets krav, hade ingen blivit uppsagd. Detta visar att någon arbetsbrist inte föreligger. SEF anser vidare att uppsägningarna strider mot de enskilda anställningsavtalen. Enligt dessa avtal kan bilförmånen helt bortfalla endast om befattningen ändras. Inga befattningar har ändrats. Arbetet bedrivs under oförändrade förutsättningar. SEF menar också att en uppsägning för omreglering av anställningsvillkoren inte kan genomföras på detta sätt. För att detta skall kunna ske måste sakliga och objektiva grunder för arbetsgivarens handlande föreligga. I detta fall är uppsägningarna godtyckliga. Arbetstagarna har tagit anställningarna därför att fri bil erbjöds och de behöver bilen för att ta sig till arbetet och för att använda den på fritiden. Bolagets handlande är främmande för de spelregler som gäller på svensk arbetsmarknad och de principer som tillämpas. Det är därför inte skäligt att uppsägningarna godtas.

Bolagets uppsägningar innefattade inte chefsteknikerna, fastän flertalet av dessa arbetar under Radio- och TV-avtalet. Varje tekniker klarar av att vara chefstekniker. Vid de flesta filialerna finns tjänster med bilförmåner kvar. Det kan då inte föreligga arbetsbrist.”

Vi ser hur styrd arbetstagersidan är i sin argumentation av föreställningen om att det krävs att man gör gällande att det inte rör sig om arbetsbrist för att man skall kunna ha framgång.⁴⁹⁹

Beträffande några av de uppsagda gjordes, med hänvisning till att de förbigångna hade tillräckliga kvalifikationer för arbete som chefstekni-

⁴⁹⁹ När man också talar om personliga förhållanden stärks detta intryck. Beträffande denna fråga se också AD 1983:110 där man blandar ihop vad som är uppsägningsgrunden. Där tycks arbetstagersidan mena att i den mån en arbetstagare sägs upp p g a att han tackat nej till ett erbjudande om omplacering, grunden för uppsägningen är att han tackat nej och inte det bakomliggande förhållandet, dvs det som föranlett omplacerings-skyldighetens inträde.

ker, i andra hand gällande att det förelåg turordningsbrott eftersom personer i sådana befattningar fått behålla sina bilförmåner.⁵⁰⁰

Arbetsgivarsidan var mycket sparsam i sin utveckling av sitt bestående av arbetstagarans talan. Beträffande frågan om saklig grund utgjordes den rättsliga grunden endast av ett påstående om att uppsägningarna skett ”med iakttagande av de regler som gäller i anställningsskyddslagen”. Skälet till åtgärden var att bolaget såg sig nödsakat att minska kostnaderna bl a till följd av att just bilförmåner belagts med sociala avgifter.

Sedan arbetsdomstolen först kommit fram till att bilförmånerna, främst med hänvisning till skriftlighetskravet i 23 § MBL, inte omfattades av kollektivavtalet och därvid ogillat talan såvitt angick de arbetstagare som accepterat uppgörelsen övergick den till att behandla frågan om saklig grund för uppsägning med följande inledande ställningstagande:

”Bolaget har angivit att uppsägningarna av teknikerna skedde för att bolaget ville minska sina kostnader. SEF har inte ifrågasatt att detta också var det verkliga skälet till uppsägningarna. Det kan alltså konstateras att skälet för uppsägningarna inte rörde den enskilde arbetstagaren personligen. Därmed är uppsägningarna att pröva enligt de bestämmelser i anställningsskyddslagen som gäller för uppsägningar på grund av arbetsbrist.”

Här ser vi tydligt hur det kontradiktoriska arbetsbristbegreppet slår igenom när domstolen inte nöjer sig med att slå fast att det är otvistigt att det varit ekonomiska skäl som föranlett uppsägningarna utan dessutom, till synes som ett självständigt ställningstagande av betydelse, att ”uppsägningarna *inte* rörde den enskilde arbetstagaren personligen”.⁵⁰¹ Att det således inte rör sig om personliga förhållanden leder sedan till slutsatsen att uppsägningarna skall prövas enligt ”de bestämmelser i anställningsskyddslagen som gäller för uppsägningar på grund av arbetsbrist.”

Som jag framhållit flera gånger tidigare finns det inte några sådana särskilda bestämmelser såvitt angår 7 §:s regler om saklig grund för uppsägning. Domstolen skiljer inte på arbetsbrist såsom ett potentiellt rättsfaktum av relevans för frågan om saklig grund och 'arbetsbrist' som rekvisit i regler om turordning och företrädesrätt.

Min uppfattning härom förstärks av vad som sägs i nästkommande stycke:

⁵⁰⁰ Härtill yrkade förbundet skadestånd för brott mot 11 § MBL på den grunden att bolaget redan fattat sitt beslut då förhandlingarna inleddes.

⁵⁰¹ Min kursivering.

”Till detta bör anmärkas följande. Det förhållande att uppsägningarna skall prövas som uppsägningar på grund av arbetsbrist innebär inte att det inte skulle finnas arbete att utföra hos arbetsgivaren. Uttryckssättet är olyckligt och ägnat att skapa missförstånd rörande den rättsliga betydelsen av att en uppsägning betraktas på detta sätt. Situationen framstår som klarare om uppsägningen beskrivs som en uppsägning som inte beror på förhållanden som hänför sig till arbetstagaren personligen (jfr uttryckssättet i 7 § tredje stycket anställningsskyddslagen). Att en uppsägning kan karaktäriseras på detta sätt leder till att uppsägningen skall prövas enligt de regler i anställningsskyddslagen som endast gäller för uppsägningar av detta slag. Sålunda kan exempelvis turordningsreglerna bli tillämpliga liksom reglerna om företrädesrätt till återanställning. Vidare finns utrymme i endast begränsad utsträckning för att ogiltigförklara uppsägningen.”

Här upprepar således domstolen uppfattningen att det relevanta är att definiera arbetsbrist negativt i förhållande till personliga förhållanden.⁵⁰² När den exemplifierar de särskilda bestämmelser av betydelse ser vi att domstolen nämner turordning och företrädesrätt och sedan också, för att få med 7 §, att det endast finns begränsat utrymme för att ogiltigförklara uppsägningen. Skulle det sistnämnda vara en regel i anställningsskyddslagen som gäller då en uppsägning inte är föranledd av den uppsagdes personliga förhållanden?

Det bör i och för sig framhållas att domstolen inte förbehållslöst låter den juridiskt/tekniska bestämningen av de förevarande uppsägningarnas bakgrund fälla avgörandet beträffande frågan om saklig grund. Det sägs ju heller inte uttryckligen i anslutning till den negativa definitionen av arbetsbrist att sådana grunder är sakliga. Domstolen gör också ett uttryckligt ställningstagande till innebörden av *kravet på saklig grund* när den sedan fortsätter:

”Bolagets uppsägningar har skett sedan det visat sig att någon överenskommelse om avveckling av bilförmånen inte har kunnat uppnås. Det är därmed fråga om uppsägningar för att bringa anställningsförhållandet att upphöra och anställningsskyddslagens uppsägningsregler är tillämpliga. Syftet har dock inte varit att minska antalet anställda. Bolaget har därför erbjudit de uppsagda TV-teknikerna återanställning utan bilförmån. Man kan ställa sig frågan vilken betydelse kravet i 7 § första stycket anställningsskyddslagen att en uppsägning skall vara sakligt grundad har för en uppsägning som på detta sätt endast syftar till omreglering av anställningsvillkoren och som inte beror på omständigheter som hänför sig till arbetstagaren personligen.”

⁵⁰² Vi ser också att domstolen tar stöd av månadsfristen för en normativt relevant tudelning.

Här ger domstolen förvisso uttryck för det som enligt min mening är det relevanta, nämligen att fråga sig om det föreligger saklig grund och inte om det föreligger arbetsbrist i någon mening. Vi ser dock att frågan man ställer sig är förbehållen sådana uppsägningar som inte har sin bakgrund i personliga förhållanden, varför den negativa definitionen alltså är aktuell för domstolen i dess ställningstagande. Svaret på den fråga som ställts är också mot bakgrund härav inte ägnat att förvåna:

”Svaret är att denna regel principiellt sett inte har något reellt innehåll i en sådan situation. Det står arbetsgivaren i princip fritt att genom uppsägning frigöra sig från anställningsavtalets innehåll och erbjuda ny anställning på ändrade villkor.”

Här gav således domstolen besked i den fråga det länge uttryckts bestämda uppfattningar om. Om inte det bakomliggande skälet utgörs av en önskan om att med hänsyn till den enskildes person förändra villkoren står det således arbetsgivaren fritt att så göra.

Efter att således ha givit klart besked i frågan om innebörden av kravet på saklig grund i en situation som den förevarande anförde domstolen sedan följande skäl till sitt ställningstagande:

”(A)lternativet skulle vara att det lades i domstolens händer att avgöra vad som utgör skäligen anställningsförmåner. Detta är en lösning som inte är accepterad i svensk arbetsrätt.”

Jag har svårt att uppfatta denna motivering som något annat än en konstruktion i syfte att legitimera den lösning som valts och som i sin tur är styrd av föreställningen om en normativt relevant tudelning. Vi måste ha klart för oss att domstolens kategoriska ställningstagande i praktiken innebär att *ena parten* i ett anställningsförhållande ensidigt äger rätt att ändra avtalade villkor, med den enda restriktionen att han måste iakta uppsägningstid. Jag kan inte se att en sådan lösning skulle vara mer accepterad i svensk rätt än den domstolen själv tog avstånd från. Härtill kommer att domstolen knappast kan ha tänkt igenom den motivering den anför. Den situation domstolen har framför sig innebär att parterna frivilligt ingått ett avtal på vissa villkor, som sedan den ena parten inte längre kan eller vill infria. Det skulle t o m kunna hävdas att domstolen just genom att avstå från att pröva sakligheten i uppsägningarna, för det är det frågan handlar om, tar ställning till vad som utgör skäligen villkor på det sättet att den normativt slår fast att det är den ena parten som avgör detta. Den kritik jag menar kan riktas mot domstolen, vid sidan av att den utgår från ett kontradiktoriskt arbetsbristbegrepp, är att den inte beaktar skillnaden mellan en prövning av uppsägningarnas saklighet enligt anställningsskyddslagen och en prövning av om de av arbetsgiva-

ren föreslagna villkoren är skäliga. Trots att domstolen inte tycks erkänna institutet uppsägning för omreglering, där just en sådan skälighetsbedömning av villkoren skulle kunna aktualiseras, och att det i enlighet härmed framhålles att det i målet rör sig om uppsägningar i syfte att få anställningsförhållandet att upphöra, tycks domstolen ändå i praktiken agera som om vi hade ett sådant rättsligt institut.

Vi måste också ha i åtanke att argumentet att det skulle innebära en prövning av skäligheten av anställningsvillkor anförs som stöd för uppfattningen att saklig grund-regeln inte har något reellt innehåll i omregleringssituationer *som inte beror på omständigheter som hänför sig till arbetstagaren personligen*. Det är så domstolen själv avgränsat tillämpligheten av sin uppställda rättssats. Jag frågar mig då om detta argument inte är aktuellt om bakgrunden till arbetsgivarens önskan om omreglering utgörs av personliga förhållanden? Är en sådan lösning mer accepterad i svensk rätt? Eller, åter, blandar domstolen ihop skälighetsprövning av anställningsvillkor med saklig grund-bedömning av uppsägning?

I omedelbar anslutning till vad som senast citerats, att en konsekvens av arbetstagaridans inställning skulle bli att det skulle läggas i domstolens händer att avgöra vad som är skäliga anställningsvillkor, fortsatte domstolen:

”Till det sagda bör fogas ett par förklarande anmärkningar. En lönesänkning kan självfallet inte genomdrivas i ett diskriminerande syfte eller eljest i strid med god sed på arbetsmarknaden. Dessutom måste beaktas att kollektivavtal kan ha ett innehåll som hindrar eller begränsar möjligheterna att försämra arbetstagares anställningsförmåner under kollektivavtalets giltighetstid. Ytterligare bör framhållas att det anförda bygger på förutsättningen att uppsägningen inte beror på omständigheter som hänför sig till arbetstagaren personligen. Annorlunda är situationen, om arbetsgivaren exempelvis vill minska anställningsförmånerna för en arbetstagare på grund av att denne enligt arbetsgivarens uppfattning inte fullgör en normal arbetsinsats. Uppsägningen sker då av personliga skäl och domstolen har därmed att pröva om det finns saklig grund för åtgärden (jfr AD 1978 nr 68).”

Man kan fråga sig vad domstolen har i åtanke när den reserverar sig för situationer där det finns ett diskriminerande syfte eller att det sker i strid med god sed.⁵⁰³ Finns det ett diskriminerande syfte bör väl detta fångas upp av den mer relevanta reservation som görs härefter, nämligen att om det är personliga förhållanden som föranlett önskemålen om för-

⁵⁰³ Man känner igen reservationen från Bylund och Zethraeus, där dessa talar om trakaseriåtgärder. Se Bylund ovan avsnitt 3.4.4 och Zethraeus Omplacering och annan omreglering av anställningsvillkoren 1984 s 4.

ändring av anställningsvillkoren; domstolen kan väl inte gärna mena att denna reservation endast gäller om det är på grund av arbetsprestationen arbetsgivaren önskar försämma den anställdes villkor.⁵⁰⁴ I slutet av stycket bekräftar domstolen här också att den menar att saklig grundprövningen är förbehållen personligt relaterade uppsägningsgrunder.

I målet hade arbetstagsidan som ytterligare skäl till att uppsägningsarna inte var sakligt grundade hävdat att de inte skulle leda till den kostnadsminskning som bolaget uppgav vara avsikten med dem. Härvidlag uttalade domstolen:

”Till detta bör framhållas att som utgångspunkt vid tillämpning av anställningsskyddslagens regelsystem gäller att domstol som princip inte har att överpröva de företagsekonomiska överväganden på vilka arbetsgivaren har grundat sitt handlande. Detta synsätt har särskild aktualitet när det gäller uppsägningar på grund av arbetsbrist. Särskilda omständigheter kan föranleda att det är motiverat att göra mer eller mindre långtgående avsteg från det nu angivna principiella synsättet. I det föreliggande fallet föreligger enligt domstolens bedömning inte några sådana särskilda omständigheter.”

Dessa uttalanden om att domstol i regel inte har att överpröva ”företagsekonomiska överväganden” känner vi igen. När domstolen emellertid sedan betonar att ”detta synsätt har särskild aktualitet när det gäller uppsägningar på grund av arbetsbrist” finns det emellertid anledning att ifrågasätta om man inser vad man säger. Uttalandet kan inte uppfattas på annat sätt än man menar att domstolen inte prövar de ekonomiska skälen när det (enbart) är ekonomiska skäl (arbetsbrist) som åberopas till stöd för en uppsägning. Om det däremot är personliga förhållanden som föranleder arbetsgivaren att av ekonomiska skäl säga upp anställningen blir situationen en annan. Uppenbarligen måste domstolen vid formuleringen ha kommit på att man faktiskt brukar beakta ekonomiska förhållanden vid uppsägningar som har sin grund i per-

⁵⁰⁴ Och hur skulle det kunna strida mot god sed på arbetsmarknaden att en arbetsgivare av ekonomiska skäl och med tillämpning av den i detta mål formulerade rättsatsen säger upp anställda med iakttagande av anställningsskyddslagens uppsägningsregler i kombination med erbjudande om anställning på nya villkor? Det bör poängteras att domstolen framhåller att kollektivavtalen sätter gränser för möjligheten att på det sätt som skett i förevarande mål genomföra förändringar på vederlagssidan under kollektivavtalets giltighetstid. Detta är naturligtvis en väsentlig begränsning av arbetsgivarens utrymme men å andra sidan har kollektivavtalens betydelse härvidlag successivt minskat i takt med att önskemålen om individuell lönesättning fått allt större genomslag. En egenhet i den ordning domstolen här slår fast är också att det skulle kunna sägas ha en antikollektivavtalsfrämjande effekt - det är en nackdel för arbetsgivaren att sluta kollektivavtal om vederlaget - och går därmed, kan det synas, stick i stäv med vad som anars präglar det svenska arbetsrättsliga systemet.

sonliga förhållanden. Den har därför sett sig föranledd att göra ett förtydligande som således innebär att principen om att domstol inte överprövar de ekonomiska skälen endast gäller när det är ekonomiska skäl som utgör uppsägningsgrunden.

Sedan domstolen också funnit att anställningsavtalens formuleringar inte begränsade arbetsgivarens rättigheter kom den fram till att uppsägningarna var sakligt grundade och ogillade käromålet i denna del.^{505 506}

Med hänvisning till den särskilda förtroendeställning en chefstekniker har ansågs heller inte de påstått förbigångna arbetstagarna ha tillräckliga kvalifikationer för detta arbete,⁵⁰⁷ varför även yrkandet om skadestånd för brott mot turordningsreglerna ogillades.⁵⁰⁸

Det skulle således dröja femton år från det att omregleringsdebatten var som intensivast⁵⁰⁹ med anledning av främst AD 1978:68 till dess domstolen fick ett fall av uppsägning i anslutning till en önskan om omreglering av vederlagssidan på sitt bord. Och det svar som gavs var således i enlighet med den lösning Bylund och sedermera även Zethraeus förespråkade. Domstolen går emellertid inte lika långt som dessa utan beaktar vad det är som föranlett önskan om omreglering och den därpå följande uppsägningen av anställningen när den låter föreställningen om en normativt relevant tudelning falla avgörandet.⁵¹⁰

⁵⁰⁵ Domen var enhällig med Hans Stark som ordförande.

⁵⁰⁶ Av intresse bör vara att framhålla att arbetstagarsidan lyckades kompensera inkomstbortfallet genom stridsåtgärder, se Malmberg Anställningsavtalet 1997 s 366.

⁵⁰⁷ Detta ställningstagande är mycket väsentligt. Se Eklunds träffande kritik i Hur man omreglerar anställningsvillkor – en praktisk viktig fråga JT 1993/94 s 201. Jag återkommer till denna fråga nedan avsnitt 4.2.4.2.3. Det förhållandet att personen inte synes ha varit chefstekniker vid tidpunkten för uppsägningarna berördes inte i domskälen. Vare sig domstolen eller parterna har heller reflekterat över om turordningsreglerna överhuvudtaget är tillämpliga i en situation som den förevarande (jfr Eklund i JT 1993/94 s 200).

⁵⁰⁸ Däremot bifölls yrkandet om skadestånd för brott mot 11 § MBL, av de skäl som åberopats av arbetstagarsidan. Det bör kanske nämnas att arbetsgivaren tillerkändes full ersättning för sina rättegångskostnader.

⁵⁰⁹ Se ovan 3.4.4 i anslutning till behandlingen av Bylunds artikel i Lag och avtal 1979.

⁵¹⁰ Som vi erinrar oss tycks Bylund (och även Zethraeus) nämligen ha menat att man vid avgörandet härvidlag skulle ta utgångspunkt i det förhållandet att arbetsgivaren beslutat att inte längre erbjuda anställningar på vissa villkor men inte varför så har skett. Genom att påstå att uppsägningsgrunden var brist på tjänster av visst slag kunde man också få in det under arbetsbristbegreppet. Om bakgrunden var personliga förhållanden synes ha saknat betydelse enligt deras uppfattning försåvitt det inte rörde sig om trakasserier eller diskriminering. Härvidlag menar jag att domstolen intar en hållning som är mer nyanserad i det att det avgörande för klassificeringen är de förhållanden som påkallat önskemålen om omreglering.

Det som var styrande för Fahlbecks och Lunnings normativa tudelning var att alla de icke-personliga förhållanden som vid den tiden aktualiserats, och som de själva konstruerade fram, var sådana att de kan sägas ha bottnat i det som kallas arbetsgivarens företagsledningsrätt.⁵¹¹ Så länge domstolen endast har sådana fall framför sig är det heller inget större problem. I dessa fall är det ingen dramatisk skillnad mellan ett schabloniserat och ett formalistiskt synsätt eftersom det sistnämnda bygger på föreställningen om att det den negativa definitionen på arbetsbrist endast täcker in sådana förhållanden som det schabloniserade synsättet tar utgångspunkt i, nämligen verksamhetsrelaterade beslut. Domstolen har heller överhuvud inte reflekterat kring att ta till det kontradiktoriska arbetsbristbegreppet och låta detta få betydelse för målets utgång när det rör sig om icke-personliga förhållanden som alldeles uppenbart legat utanför företagsledningsrättens område och som dessutom för var och en framstår som osakliga.⁵¹² Vad som här sagts ger vid handen min kritik skulle sakna reell betydelse. Så är emellertid inte fallet. Föreställningen om en normativt relevant tudelning är direkt ”farlig” i situationer där det i de sammanhang det egentligen är relevant, dvs vid tillämpning av regler vari arbetsbrist eller personliga förhållanden utgör rekvisit, finns utrymme för att diskutera hur uppsägningen *rättsligt* skall klassificeras.⁵¹³ Paradoxalt nog är det också i dessa situationer som föreställningen *som metod* är rättstillämparen till störst hjälp även vid hanteringen av frågan om saklig grund.⁵¹⁴ Omregleringssituationerna är typiskt sett sådana fall.⁵¹⁵ Det är därför heller inte ägnat att förvåna att det första fall där föreställningen om en normativt rele-

⁵¹¹ Jfr Malmberg Anställningsavtalet 1997 s 345 om att man vid lagens tillkomst främst var inriktad på strukturförändringar och inte förutsett att reglerna skulle komma att aktualiseras i omregleringssituationer.

⁵¹² Jfr AD 1979:117 och 1983:94.

⁵¹³ Jag vill poängtera att jag nu talar om situationer där man är oense om den rättsliga klassificeringen; de fall som rör s k fingerad arbetsbrist och som innebär att man har olika uppfattningar om vilka *faktiska förhållanden* som föranlett en uppsägning är i detta sammanhang ointressanta.

⁵¹⁴ Man reflekterar inte över metoden när något är ”självklart”; är det fråga om en av ekonomiska skäl betingad driftsinskränkning finns det ingen anledning att använda sig av ett kontradiktoriskt arbetsbristbegrepp.

⁵¹⁵ Och det finns säkert flera. Jag spekulerar inte häri av skäl som sammanhänger med min syn på min uppgift. Emellertid kan nämnas att man med utgångspunkt i exempelvis AD 1976:28 kan diskutera hur man skall bedöma situationer där det är så att en uppdragsgivare ställer krav på att en anställd skall bytas ut eller om ett företags ekonomiska problem är knutna till flera arbetstagares prestationer mm.

vant tudelning synes ha fått direkt betydelse både som metod och för utgången i målet är ett omregleringsfall.⁵¹⁶

I vad består då faran? Jo, i att man glömmer bort de *normativa föreställningar* som det schabloniserade synsättet vilar på när man bedömer de konkreta *faktiska förhållanden* som ger upphov till diskussioner om hur en aktuell uppsägningsgrund skall klassificeras. Den induktion som ledde fram till det juridiskt/tekniska begreppet arbetsbrist i betydelsen 'icke-personliga förhållanden' omfattade för få fall. Som *en beskrivning* av *något* gemensamt för de fall man hade för ögonen var den korrekt. När den emellertid framställs och vinner acceptans som en normativt relevant begreppsbestämning blir den förr eller senare föremål för deduktiva slutledningar och då är risken påtaglig att det inte uppdagas att det man fångade med begreppet 'icke-personliga förhållanden' egentligen inte var det primära gemensamma draget hos de situationer man hade framför sig. Det primära gemensamma draget var istället att de kunde relateras till den normativa föreställningen att en näringsidkare själv äger rätt att bestämma om, hur och i vilken omfattning etc han önskar bedriva sin verksamhet, dvs att de hör till vad som brukar kallas företagsledningsrättens domäner. Och då är vi framme vid poängen i min kritik mot att domstolen tar utgångspunkt i det formalistiska synsättet vid behandlingen av omregleringsfall. *Anställningsvillkoren är nämligen inte en fråga som hör till företagsledningsrättens område.*⁵¹⁷

I detta mål blir det därför tydligt att domstolen glidit iväg från det som med anknytning till företagsledningsrätten kallats arbetsbrist till att låta det förhållandet att uppsägningsgrunden utgjordes av arbetsbrist i den formalistiskt präglade betydelsen icke-personliga förhållanden få utgöra grunden för dess ställningstagande. I och med att flertalet tidigare mål, inklusive AD 1987:34, kan sägas utgöra fall där uppsägningarna haft sin grund i sådana verksamhetsbeslut som kan sägas ligga inom företagsledningsrättens domäner, har heller misstaget inte fått några allvarliga konsekvenser.

Poängteras bör, att jag inte härmed också tar ställning mot det resultat domstolen kom fram till. Jag menar dock att slutet inte kan motiveras vare sig med att det rör sig om icke-personliga förhållanden eller med hänvisning till företagsledningsrätten. Däremot hade det kunnat motiveras med att det i just den aktuella situationen framstår som sakligt att ar-

⁵¹⁶ Jag har tidigare tillskrivit detta AD 1987:34, men där träffade man mer rätt med sin definition.

⁵¹⁷ Att, som vissa, försöka få in detta i modellen genom att hävda att det relevanta företagsledningsbeslutet innefattar ett beslut om att framgent enbart ha anställningar på vissa villkor är inget annat än ett okritiskt, legitimerande nonsens.

betsgivaren fick agera som han gjorde eftersom det i andra sammanhang naturliga alternativet, att minska personalstyrkan, inte var rimligt mot bakgrund av verksamhetens uppläggnings och kraven på hög servicenivå som en del av affärsidén.⁵¹⁸

Dikotomin som metodiskt redskap förfinas

AD 1994:122 Lokkinen och lönesänkningen

I AD 1994:122 hade VVS-ingenjören Kauko Lokkinen sagts upp från sin anställning vid RTB Rörtekniska Byrån AB sedan han vägrat att acceptera en propå från arbetsgivaren om en sänkning av lönen från ca 19.000 till 15.500 per månad. Uppsägningen uppgavs av arbetsgivaren vara föranledd av arbetsbrist.

Lokkinen hade haft en mycket snabb löneutveckling hos bolaget. Med en begynnelselöne vid anställningens början 1985 om 10.500 hade han på en tid av sex år nästintill fördubblat sin lön genom individuella överenskommelser. Detta hade möjliggjorts av att bolaget haft ett uppdrag för Vattenfall, bestående i uppgifter vilka Lokkinen var den ende på bolaget som hade erfarenhet av. När detta uppdrag upphörde under 1991 kom också Lokkinens löneutveckling att avstanna. Lokkinen hade redan vid anställningstillfället bristande erfarenheter av de arbetsuppgifter som utgjorde bolagets huvudsakliga verksamhet, och genom de specialuppdrag han utfört för Vattenfall hade hans allmänna VVS-kompetens inte förbättrats. När bolaget därför på grund av en allmän försämring av orderläget i juni 1992 påkallade förhandlingar om nedskärningar ville bolaget säga upp fem personer, bl a Lokkinen, med hänvisning till arbetsbrist. Lokkinen stod emellertid inte ”i tur” för uppsägning och det hela mynnade ut i att två andra personer sades upp samtidigt som en person sjukpensionerades. I september 1992 erbjöds Lokkinen omplacering till en ”annan tjänst” med en lön på 15.500, men tackade nej. Med anledning därav påkallade bolaget förhandlingar med SIF varvid framhölls att bolaget inte kunde debitera kunderna en timkostnad som motsvarade Lokkinens lön och att han skulle komma att sägas upp om han inte accepterade förslaget. Lokkinen förklarade sig acceptera en lönesänkning om 2.000 kronor, vilket bolaget dock inte accepterade. Någon uppsägning skedde emellertid inte i detta ske-

⁵¹⁸ Man kan här knyta an till den diskussion som under nittiotalets början uppstod med anledning av att arbetsgivare framställde önskemål om att genom kollektivavtal sänka de anställdas löner. De fackliga organisationernas inställning var att företag som inte kan bära rimliga löner inte har något berättigande på marknaden.

de. I april 1993 tog bolaget åter initiativ till en förhandling på samma grunder. Då Lokkinen heller inte nu accepterade förändringen sades han den 10 maj 1993 upp under återopande av arbetsbrist.

Arbetstagar sidan väckte talan och yrkade i första hand ogiltigförklaring på den grunden att

”uppsägningen inte berott på arbetsbrist utan på förhållanden som varit att hänföra till Kauko Lokkinen personligen, att dessa förhållanden inte utgjort saklig grund för uppsägningen och att bolaget därför genom denna brutit mot 7 § anställningsskyddslagen”.

I andra hand yrkades skadestånd för turordningsbrott. Bolaget bestred käromålet.

Det som gör detta mål särskilt intressant är att när parterna är oense om huruvida uppsägningen skett på grund av arbetsbrist eller personliga förhållanden de *inte* är oense om det verkliga motivet till uppsägningen. Det rör sig därför inte om ett fall av fingerad arbetsbrist. Istället rör tvisten en *rättsfråga*, och består i att parterna har olika uppfattningar om hur de i och för sig otvistiga faktiska omständigheterna skall klassificeras i någon juridiskt/teknisk mening.

SIF hade förvisso gjort gällande att ett skäl till uppsägningen var att man från bolagets sida hyst agg mot Lokkinen. Denna fråga fick dock inget utrymme, och avfärdades också kort av domstolen. SIF uttryckte sig emellertid i detta sammanhang enligt följande, vilket visar att det väsentligen rör sig om en klassificeringsfråga, som de också menar ha relevans:

”För den händelse arbetsdomstolen inte skulle anse det klarlagt att det var personligt agg från bolagsledningens sida mot Kauko Lokkinen som orsakade uppsägningen, vill SIF peka på det skäl som bolaget angav för den föreslagna lönesänkningen, nämligen att bolaget inte kunde debitera kunderna en arbetskostnad motsvarande hans lön. Detta berodde enligt bolaget på att han inte var tillräckligt skicklig när det gällde arbete med konventionella VVS konstruktioner, eller med andra ord på att hans arbetsinsats därvidlag inte svarade mot hans lön. SIF bestrider riktigheten i sak av bolagets ifrågavarande påståenden. Om uppsägningen anses ha haft denna orsak, är det emellertid fråga om en uppsägning av personliga skäl och inte på grund av arbetsbrist (jfr AD 1978 nr 68 och 161).

Det sist sagda gäller även om orsaken till uppsägningen endast var att man hos bolaget ansåg att Kauko Lokkinens lön i och för sig var alltför hög och därför önskade omreglera hans anställningsavtal. Enligt SIF:s mening ter det sig sålunda naturligt att hänföra en uppsägning som sker på grund av att arbetstagaren vägrar att gå med på en omreglering, innebärande lönesänkning, till kategorin uppsägning av personliga skäl.

Möjligen får bolaget förstås så, att bolaget vill påstå att det önskat göra en besparing på sitt lönekonto om 3 950 kr i månaden. Bolagets lönekostnader vid tiden för uppsägningen kan emellertid uppskattas till ca 525 000 kr i månaden. Vidare var besparingen i realiteten endast 1 950 kr i månaden, eftersom Kauko Lokkinen hade förklarat sig beredd att acceptera en lönesänkning med 2 000 kr. Med hänsyn till det sagda är ett påstående av nyss nämnd innebörd inte trovärdigt. SIF får i detta sammanhang även hänvisa till domen AD 1976 nr 26. Arbetsdomstolen har där slagit fast att prövningen av en arbetsgivares påstående om s.k. företagsekonomiska skäl för uppsägning måste bli mer ingående än eljest, när det som i detta fall är fråga om en uppsägning som avser endast en enskilda arbetstagarare.”

Bolagets sammanfattande ståndpunkt var denna:

”Bolagets ledning har inte hyst personligt agg mot Kauko Lokkinen. I vart fall har uppsägningen inte berott på sådant personligt agg eller på något annat förhållande som är att hänföra till Kauko Lokkinen personligen. Den har som framgått haft sin grund uteslutande i företagsekonomiska överväganden och sålunda berott på ett sådant förhållande som vid tillämpningen av anställningsskyddslagen brukar hänföras under begreppet ”arbetsbrist”. Som framgår av förarbetena till både 1974 års och 1982 års anställningsskyddslag samt av rättspraxis utgör arbetsbrist - i denna vidsträckt mening - i och för sig en sådan saklig grund för uppsägning som avses i 7 § anställningsskyddslagen.”

Ovanstående bekräftar, bortsett från frågan om personligt agg, att parterna helt enkelt har olika uppfattningar om hur uppsägningsgrunden skall klassificeras i termer av ”arbetsbrist” eller ”personliga förhållanden”.⁵¹⁹ Arbetstagersidan menar att om en arbetsgivare vill sänka en anställds lön p g a att denne inte anser sig kunna debitera kunder motsvarande arbetstagararens lön skall en härpå följande uppsägning anses vara hänförlig till arbetstagararens personliga förhållanden.⁵²⁰ Arbetsgivaren menar att detta är ett företagsekonomiskt övervägande som skall hänföras till uppsägningar p g a arbetsbrist. Vi ser också av den officiella domsammanfattningen att tvisten beskrivs som en ”(f)råga huruvida uppsägningen med hänsyn till omständigheterna skall anses ha utgjort en uppsägning på grund av arbetsbrist eller på grund av förhållanden som varit hänförliga till arbetstagararen personligen (personliga skäl)”.

⁵¹⁹ Härtill kommer att parterna hade en intressant utläggning kring omplacerings- och turordningsreglernas tillämplighet i en situation som den förevarande. Emedan domstolen inte fann sig föranledd att gå in på dessa frågor redovisar jag heller inte parternas ståndpunkter härvidlag.

⁵²⁰ Men SIF visar med hänvisningen till AD 1976:26 att man inte riktigt skiljer mellan sak- och rättsfrågor.

De mycket principiellt hållna domskälen inleds under rubriken ”ändring av lönevillkor” med en redovisning av på vilka olika sätt löneändringar kan åstadkommas. Efter att ha redogjort för ändringar genom kollektivavtal och de situationer där arbetsgivaren ensidigt har rätt att förändra villkor övergår domstolen till det tredje alternativet, att parterna kommer överens om en ändring. I anslutning härtill görs följande allmänna uttalande om rättsläget:

”Om det i stället är arbetsgivaren som vill få en lönesänkning till stånd, uppkommer däremot frågan vilken betydelse som anställningsskyddslagen har för arbetsgivarens möjligheter att genom uppsägning frigöra sig från det gällande anställningsavtalet med dess lönevillkor.

Vad som därvid främst är av intresse är dels att 7 § anställningsskyddslagen generellt uppställer kravet att en uppsägning från arbetsgivarens sida, som syftar till att ett gällande anställningsavtal skall upphöra, skall vara sakligt grundad,⁵²¹ dels att arbetsgivaren vid en uppsägning som grundas på s. k. arbetsbrist inte står fri att välja vem som skall sägas upp, utan har att iaktta turordningsreglerna i 22 § anställningsskyddslagen.”

Vi ser här att domstolen framhåller att 7 § LAS *generellt* uppställer kravet på saklig grund. Det är intressant att man uttrycker sig så i ett mål där man, som vi snart skall se, i hela sitt resonemang utgår från att kravet på saklig grund inte gäller generellt.

Efter att också kort och allmänt under särskild rubrik ha berört det som brukar kallas uppsägning för omreglering kom domstolen, under rubriken ”Uppsägning av personliga skäl eller på grund av arbetsbrist”, in på det den uppfattar som kärnfrågan:

”När man talar om uppsägning på grund av arbetsbrist används 'arbetsbrist' som ett rättstekniskt begrepp. Det omfattar inte endast fall av brist på arbetsuppgifter, utan samtliga fall i vilka en uppsägning från arbetsgivarens sida beror på något annat än förhållanden som är att hänföra till arbetstagaren personligen (personliga skäl). Gränsdragningen mellan de båda kategorierna personliga skäl och arbetsbrist är av grundläggande betydelse vid tillämpningen av anställningsskyddslagen. En uppsägning på grund av arbetsbrist aktualiserar nämligen, som tidigare antytts, åtskilliga regler i denna lag som inte är tillämpliga vid en uppsägning av personliga skäl, bl. a. reglerna i 22 § om turordning vid uppsägning på grund av arbetsbrist. Detta leder till att en uppsägning vid en rättslig bedömning alltid måste hänföras till endera av de båda kategorierna; den kan inte betraktas både som en uppsägning av personliga skäl och som en uppsägning på grund av arbetsbrist.

När det sägs att varje uppsägning från arbetsgivarens sida som beror på något annat än förhållanden som är att hänföra till arbetstagaren personligen (person-

⁵²¹ Mina kursiveringar.

liga skäl) utgör en uppsägning på grund av arbetsbrist, är emellertid att märka att det inte finns någon given definition av vad som utgör sådana personliga skäl.

Så kan t.ex. - för att anknyta till det i målet aktuella fallet - frågas om det förhållandet att arbetsgivaren anser att en arbetstagares individuellt bestämda lön är alltför hög utgör ett förhållande som är att hänföra till arbetstagaren personligen eller ej. Något enkelt och klart svar kan inte lämnas. En grov teoretisk indelning kan dock göras på följande sätt. Om grunden för arbetsgivarens uppfattning är att företagsekonomiska överväganden leder till att verksamheten inte kan bära den aktuella lönen, är det i princip inte fråga om ett förhållande som är att hänföra till arbetstagaren personligen. Är grunden för arbetsgivarens uppfattning i stället att verksamheten visserligen kan bära den aktuella lönen i och för sig, men att arbetstagaren enligt arbetsgivarens mening inte presterar en arbetsinsats som svarar mot hans lön, är det däremot i princip fråga om ett sådant till arbetstagarens person hänförligt förhållande (jfr arbetsdomstolens uttalanden i AD 1993 nr 61).

Det är dock uppenbart att de båda nämnda fallen kan vara svåra att särskilja. Även i det senare fallet kan situationen naturligtvis beskrivas så, att verksamheten inte tål arbetstagarens lön. Skälet till detta är då emellertid inte arbetsgivarens bristande vilja eller förmåga att betala denna lön, utan i stället att han anser sig få alltför litet ekonomiskt utbyte av denna från just den ifrågavarande arbetstagaren. Denne är, för att använda ett populärt uttryckssätt, enligt arbetsgivarens mening inte nog 'lönsam'.

Med det nu sagda sammanhänger att arbetsgivaren i det förra fallet, principiellt sett, kan på ett för honom tillfredsställande sätt avhjälpa sitt problem genom åtgärder som riktas mot någon annan (något annat) än den ifrågavarande arbetstagaren. Om problemen måste lösas genom uppsägning av arbetstagare utgör det således inte något hinder för dess avhjälpan att arbetsgivaren är skyldig att tillämpa anställningsskyddslagens turordningsregler. Vad saken gäller är ju enbart att åstadkomma det av arbetsgivaren eftersträfvade förhållandet mellan på ena sidan intäkter eller tillgångar och på andra sidan kostnader.

I det senare fallet kan problemet däremot, fortfarande principiellt sett, lösas endast genom åtgärder som riktas mot den ifrågavarande arbetstagaren. Antingen måste dennes personliga arbetsituation förbättras eller också måste lönen ändras så att den enligt arbetsgivarens uppfattning kommer i paritet med arbetsprestationen. Kan bättring eller överenskommelse om ändring av lönen inte nås, är det givetvis mot just den ifrågavarande arbetstagaren som en eventuell uppsägning måste riktas för att problemet skall kunna avhjälpas.”

I det inledande stycket ser vi att domstolen gör en *negativ definition* av ”arbetsbrist”. När domstolen sedan framhåller att avgränsningen mellan personliga förhållanden och arbetsbrist är av ”grundläggande betydelse vid tillämpningen av anställningsskyddslagen”, exemplifieras

detta endast med turordningsreglerna, dvs en regel vari 'arbetsbrist' utgör rekvisit.⁵²²

Oavsett hur domstolens beskrivning är att uttolka och i vad föreställningarna bottnar är det av det sätt varpå domstolen här behandlar problematiken alldeles uppenbart att domstolen menar att det för tillämpningen av regeln om saklig grund i 7 § första stycket LAS är av omedelbar relevans hur en uppsägning juridiskt/tekniskt skall klassificeras i termer av "arbetsbrist" respektive "personliga förhållanden", varvid arbetsbrist definieras som 'icke-personliga förhållanden'.

Det är också att notera att domstolen med hänvisning till att det finns vissa regler i LAS som endast gäller arbetsbristuppsägningar, varvid man exemplifierar med 22 §, drar den slutsatsen "att en uppsägning vid en rättslig bedömning alltid måste hänföras till endera av de båda kategorierna; den kan inte betraktas både som en uppsägning av personliga skäl och som en uppsägning på grund av arbetsbrist".⁵²³ Att detta påstående saknar grund vad gäller tillämpningen av 7 § första stycket har jag berört tidigare. För att det skall finnas anledning att rättsligt klassificera en uppsägning i termer av "arbetsbrist" eller "personliga förhållanden" måste denna fråga vara tvistig *och* härtill rättsligt relevant.⁵²⁴

Domstolen tillhandahåller härefter ett normativt schema för hur man skall gå tillväga för att avgöra huruvida en uppsägning skall anses bero på arbetsbrist eller personliga förhållanden.⁵²⁵ Detta innebär att dom-

⁵²² Att domstolen här inte gör någon koppling till företagsledningsrätten som den, även då under Sköllerholms ordförandeskap, gjorde i AD 1993:101 kan förklaras med att det i det sammanhang vari arbetsbrist här definieras inte synes röra frågan om saklig grund för uppsägning utan istället en snarast överordnad fråga om hur uppsägningsgrunder skall betecknas. Problemet är i så fall att man inte inser att det är det man gör eller rättare sagt att den fråga man ställer sig i själva verket saknar relevans för den regel som är tillämplig i förevarande situation. En annan förklaring skulle helt enkelt kunna vara att om man åberopat företagsledningsrätten, det torde ha blivit uppenbart att denna inte kan användas i ett sammanhang som det förevarande och då faller den normativa överbyggnad, som domstolen själv bidrog till genom nyss nämnda dom. Jag påstår härvid inte att domstolen medvetet skulle ha resonerat på detta sätt men det är uppenbart att om det schabloniserade respektive det formalistiska synsättet ställs sida vid sida ståndpunkternas brister visar sig.

⁵²³ Märklig konklusion. Det är ju inte det som är poängen. Det naturliga vore väl att ta ställning till om det finns något tredje. Jfr AD 1980:133.

⁵²⁴ Så är, skulle jag vilja hävda, sällan fallet. För övrigt synes påståendet vara hämtat från Lunning i ett sammanhang där denne talar om konkurrerande uppsägningsgrunder och att arbetsgivaren måste bestämma sig för vilken han skall välja, ett uttalande som sedan missförstods av domstolen i AD 1980:133 och lyftes in i ett irrelevant sammanhang.

⁵²⁵ I domstolens schema saknas den situationen att arbetsgivaren kan men inte vill betala enligt avtalet och det inte är hänförligt till arbetstagarens person.

stolen använder *föreställningen om en normativt relevant tudelning som en metod*.⁵²⁶ Att detta schema kan vålla tillämpningssvårigheter hindrar inte att det teoretiskt är lätt att ta till sig. Problemet är emellertid vad vi skall ha det till. Domstolen ställer upp schemat för att avgöra en tvist där huvudyrkandet är ogiltigförklaring på den grunden att en uppsägning skett i strid med 7 § första stycket LAS. Det innebär således att tvisten rör frågan om den aktuella uppsägningen är sakligt grundad. För att ta ställning till denna fråga är det förvisso av intresse att veta vad som föranlett uppsägningen. Tvisten i målet gäller emellertid inte bevisfrågor kring vad som utgjort verklig uppsägningsgrund. I allt väsentligt synes parterna vara överens om de faktiska omständigheterna och också vad som faktiskt orsakat uppsägningen. Vi har således, som redan nämnts, inte att göra med en situation som brukar gå under beteckningen finge-rad arbetsbrist. Istället är parterna oense om hur uppsägningsgrunden i någon juridiskt/teknisk mening skall klassificeras.

Vi ser också att när domstolen utvecklar konsekvenserna av sitt schema den knyter an till tillämpningen av bl a turordningsreglerna. Detta visar att det är för dessa frågor som ett kontradiktoriskt arbetsbristbegrepp har betydelse. Det bekräftar samtidigt att det är de egentliga rekvisitreglerna som är orsaken till begreppsammansblandningen.⁵²⁷

Mot bakgrund av att domstolen lever med den normativa föreställningen att allt som i någon mening kan betecknas "arbetsbrist" utgör saklig grund för uppsägning innebär det i själva verket att när domstolen tror sig fråga sig om uppsägningen beror på personliga förhållanden eller arbetsbrist, den i själva verket ställer och besvarar en annan fråga, nämligen *om det behövs saklig grund*. Det är i vart fall svaret på den frågan domstolen sedan använder sig av när den går vidare.⁵²⁸

⁵²⁶ Den "teoretiska indelning" man här gör har påtagliga likheter med Källströms utvecklade distinktion. (Källström i Schmidt Löntagarrätt 1994 s 179.) Vi ser emellertid även här att domstolen uttrycker sig negativt; om det är av företagsekonomiska skäl man önskar få till stånd en lönesänkning är det således *inte* fråga om personliga förhållanden.

⁵²⁷ Se vad som sagts härom under behandlingen av AD 1986:60.

⁵²⁸ Detta visar sig när man senare konkluderar med att konstatera att uppsägningen följaktligen skall "bedömas enligt de regler som gäller för uppsägning av personliga skäl, som ett avstamp inför nästa rubrik som lyder "har bolaget haft saklig grund för uppsägningen?" Och i och med att det redan av lagregelns utformning framgår att det generellt krävs saklig grund för uppsägning visar detta att själva problemet med att i anslutning till tillämpningen av kravet på saklig grund i 7 § första stycket ställa sig frågan om en uppsägning i juridiskt/teknisk mening skall anses bero på personliga förhållanden eller arbetsbrist är ett skenproblem. Att det dessutom finns utrymme för att ifrågasätta om även turordningsreglerna är tillämpliga i sådana situationer som i detta fall var aktuella, dock inte på de grunder arbetsgivaren anförde, gör inte saken bättre. Visst finns stöd för

Härefter appliceras det sagda på förhållandena i målet under rubriken "Är bolagets uppsägning av Kauko Lokkinen att betrakta som en uppsägning av personliga skäl eller som en uppsägning på grund av arbetsbrist?"

Efter att ha redovisat förhållandena i målet gjorde domstolen följande ställningstagande:

"Mot bolagets och Jan-Erik Jonssons⁵²⁹ bestridande är inte styrkt att uppsägningen berott på att man inom bolagets ledning hyst personligt agg mot Kauko Lokkinen.

Av Jan-Erik Jonssons nyss redovisade uppgifter framgår emellertid att skälet till att bolaget önskade få till stånd en överenskommelse med Kauko Lokkinen om en sänkning av hans lön var, att hans arbetsprestation i anställningen enligt bolagsledningens uppfattning inte svarade mot hans lön. Det har inte påståtts, och i vart fall inte visats, att bolaget skulle ha haft svårigheter att sysselsätta honom eller att debitera kunderna i förhållande till hans lön för det fall att han haft den enligt bolagets mening erforderliga erfarenheten och därmed skickligheten avseende arbetet med konventionella VVS-konstruktioner."

Till belysande av tvistefrågans karaktär, att det inte rör sig om en situation med fingerad arbetsbrist, är det av visst värde att poängtera att det följaktligen är bolagets egna uppgifter om vad som utgjort uppsägningens grund som också ligger till grund för det ställningstagande domstolen härefter gör i klassificeringsfrågan:

"I enlighet med vad arbetsdomstolen i det föregående har utvecklat är bolagets uppsägning av Kauko Lokkinen - vilken föranletts av att han inte velat gå med på den av bolaget föreslagna lönesänkningen - därmed att bedömas som en uppsägning på grund av förhållanden som är hänförliga till Kauko Lokkinen personligen (personliga skäl). Situationen är närmast jämförlig med den som var föremål för arbetsdomstolens bedömning i domen AD 1978 nr 161. Oavsett att bolaget för sin del bedömt uppsägningen som en uppsägning på grund av arbetsbrist skall den följaktligen bedömas enligt de regler som gäller för en uppsägning av personliga skäl."⁵³⁰

Det är inte ägnat att förvåna att domstolen här får förhållandena i målet att ganska enkelt passa in i det schema den skisserade.

detta i AD 1993:61. Men vi bör då ha i åtanke att detta bygger på en felaktig föreställning om att arbetsbrist och icke-personliga förhållanden är samma sak. Man skiljer inte mellan kontradiktionen och oppositionen. Se ovan 3.2.3. Jag utvecklar detta nedan i avsnitt 3.5.

⁵²⁹ Bolagets VD.

⁵³⁰ Vilka dessa regler skulle vara i ett fall som det aktuella sägs inte uttryckligen men det framgår att härmed avses att uppsägningen skall vara sakligt grundad.

Domstolen övergick så till att behandla frågan om det förelegat saklig grund för den i målet aktuella uppsägningen. Uppläggnings av domskälen gör, som ovan framhållits, att det finns anledning att anta att domstolen inte ansett denna fråga relevant om den istället kommit fram till att uppsägningen skulle ha klassificerats som en uppsägning p g a arbetsbrist.⁵³¹

I inledningen till detta avsnitt gör domstolen vissa intressanta uttalanden:

”Bolaget har i målet argumenterat uteslutande utifrån sin egen rättsliga uppfattning att uppsägningen varit att bedöma som en uppsägning på grund av arbetsbrist. Bolaget har därmed visserligen inte formellt tagit ställning till SIF:s påstående att uppsägningen - för det fall den bedöms som en uppsägning av personliga skäl - inte varit sakligt grundad. Detta hindrar emellertid inte att bolaget får förstås så, att bolaget gör gällande att de skäl som åberopats till stöd för uppsägningen utgjort saklig grund för denna även om den rättsligt rubricerats⁵³² som en uppsägning av personliga skäl.”

Hela denna utläggning stärker mig i min uppfattning om att domstolen (och parterna) tänker fel. Det arbetsgivaren gjort är ju att rättsligt klassificera uppsägningen som föranledd av arbetsbrist. Det är emellertid inte rättsliga förhållanden som kan utgöra saklig grund utan faktiska förhållanden och vad man kallar dem saknar betydelse för domstolens skyldighet att pröva dem.⁵³³

Domstolen gjorde härefter en reservation för vad det är som prövas i ett fall av det aktuella slaget:

”Det bör framhållas att en bedömning av frågan huruvida bolaget haft saklig grund för uppsägningen av Kauko Lokkinen inte innebär att arbetsdomstolen prövar vad som utgjort skäligena anställningsförmåner för honom, något som det i princip inte ankommer på domstol att avgöra (se AD 1993 nr 61; här bortses från fall där det påstås att t.ex. lönevillkoren i ett anställningsavtal är oskäligena och därför skall jämkas med stöd av 36 § avtalslagen,⁵³⁴ se AD 1986 nr 78). Vad domstolens bedömning gäller är om bolaget, sedan (arbetstagaren) vägrat att gå med på en sänkning av den enligt hans gällande anställningsavtal med bolaget utgående lönen 19 450 kr i månaden, haft rätt att genom uppsägning

⁵³¹ Något som för övrigt kan utläsas av den officiella domsammanfattningen: ”Fråga huruvida uppsägningen med hänsyn till omständigheterna skall anses ha utgjort en uppsägning på grund av arbetsbrist eller på grund av förhållanden som varit hänförligena till arbetstagaren personligen (personliga skäl). Då det senare finnes vara fallet, fråga huruvida uppsägningen varit sakligt grundad eller ej.” Jfr ovan 3.3.2.

⁵³² Här bekräftar domstolen att det inte rör sig om en fingerad arbetsbrist-situation.

⁵³³ Jfr motsvarande i AD 1991:136 och grundläggande processrätt.

⁵³⁴ Här har man tagit intryck av Eklunds kommentar till Thornmålet i JT 1993/94.

bringa anställningsavtalet till upphörande. Detta är en fråga som faller under anställningsskyddslagen och kan prövas av domstol.”

Jag ställer mig frågande till varför domstolen ser sig föranledd att göra denna reservation. Samtidigt utgör det en utveckling av vad som sades i AD 1993:61 och där formuleringarna antydde att det skulle vara möjligt med sådana bedömningar vid personligt relaterade uppsägningsgrunder. Nu slår domstolen fast att det inte är det den gör trots allt. Det är emellertid uppenbart att en prövning av det slag som nu sker i vart fall indirekt innefattar en prövning av villkorens skälighet. Men som jag antytt i anslutning till behandlingen av motsvarande uttalanden i AD 1993:61 finns intet att erinra mot detta så länge det rör sig om en redan anställd som arbetsgivaren vill säga upp. Det är en väsentlig skillnad att pröva skäligheten av anställningsvillkoren i anslutning till prövning av om en uppsägning relaterad till anställningsvillkorens omfattning är sakligt grundad och i den situation som tycks tjäna som utgångspunkt för uttalandena om att domstol inte har att avgöra vad som är skäliga anställningsvillkor, nämligen fråga om vilka villkor som skall gälla mellan förhandlande parter i framtiden.

Saklig grund-prövningen utföll sedan sålunda:

”Det grundläggande skälet till att bolaget sade upp Kauko Lokkinen var som tidigare har framgått att han enligt bolagsledningens uppfattning inte kunde prestera ett arbete som svarade mot hans lön. Det är ostridigt att detta inte berott på något slags misskötsamhet från Kauko Lokkinens sida utan enbart på att han - som ostridigt har adekvat grundutbildning för arbete som VVS-konstruktör - enligt bolaget saknat den nödvändiga erfarenheten av arbetet med de konventionella VVS-konstruktioner som förekommer i bolagets verksamhet.

Det är i och för sig förståeligt att bolaget med hänsyn därtill velat ta upp frågan om en sänkning av Kauko Lokkinens lön, sedan han efter Vattenfall-uppdragets upphörande fått övergå till att arbeta med de konventionella VVS-konstruktionerna. En annan sak är emellertid, om bolaget också haft saklig grund för att bringa hans anställning till upphörande när han vägrade att gå med på den av bolaget önskade lönesänkningen.

Enligt vad som tidigare har redovisats var Kauko Lokkinens bristande erfarenhet av arbete med konventionella VVS-konstruktioner ett förhållande som var känt för bolaget redan när Kauko Lokkinen anställdes; bolagsledningens avsikt var att han skulle kunna upparbeta den enligt bolagets mening erforderliga erfarenheten i anställningen hos bolaget. Att så inte kommit att ske har enligt vad utredningen visat berott på att bolaget under drygt fem års tid låtit honom praktiskt taget uteslutande syssla med uppdragen för Vattenfall avseende VVS-konstruktioner för vattenkraftverk. Av Jan-Erik Jonssons uppgifter har framgått att man hos bolaget varit medveten om att detta inte i nämnvärd grad skulle öka hans erfarenhet av konventionella VVS-konstruktioner. Såvitt visats har man hos bolaget inte haft anledning att räkna med annat än att dessa uppdrag när som helst kunnat upphöra. Likväl har bolaget under årens lopp medverkat till att ge Kauko Lokkinen den lön, som sedermera satts i fråga, utan att samtidigt

söka tillse att han också, såsom ursprungligen åsyftats, fick erforderlig erfarenhet av arbete med de konventionella VVS-konstruktionerna. Med hänsyn till det nu anförda måste bolaget anses ha varit skyldigt att tåla att Kauko Lokkinens arbetsprestationer inom området för de konventionella VVS-konstruktionerna måhända inte kunde anses svara mot hans lön, i vart fall så länge det inte till äventyrs framkommit att de inte kunnat förbättras genom att han bereddes ökad praktisk erfarenhet inom området. Att så skulle ha varit fallet har inte visats i målet. Vad bolaget har uppgett därom att det inte ansåg sig kunna debitera sina kunder kostnaden för Kauko Lokkinens lön ändrar självfallet inte bedömningen.

Sammanfattningsvis kommer arbetsdomstolen alltså till slutsatsen, att bolaget inte kan anses ha haft saklig grund för sin uppsägning av Kauko Lokkinen i maj 1993. Bolaget har följaktligen, såsom SIF i första hand har gjort gällande, genom uppsägningen brutit mot 7 § anställningsskyddslagen.⁵³⁵

Domstolen argumenterar här på ett övertygande sätt för sin ståndpunkt och jag ser ingen anledning till kritik på denna punkt. Jag vill dock poängtera att detta också visar att frågan om hur uppsägningen skulle klassificeras saknar relevans. Hade domstolen kommit fram till att uppsägningen varit sakligt grundad i och för sig hade den därefter haft att ta ställning till om uppsägningen utgjort turordningsbrott. Först då hade det blivit aktuellt att tillämpa en regel vari 'arbetsbrist' utgör rekvisit och då hade frågan om den rättsliga klassificeringen varit relevant.

Detta är det första mål vari parterna⁵³⁶ vid tillämpningen av 7 § på ett tydligt sätt är oense om hur uppsägningsgrunden juridiskt/tekniskt skall klassificeras.⁵³⁷ Det är också här domstolen för första gången kan sägas använda det formalistiska synsättet som metod. Det må vara att utrymmet för att använda synsättet som metod är begränsat i det att det förut-

⁵³⁵ Domstolen var enhällig med Ove Sköllerholm som ordförande. Arbetsgivarledamöterna avgav emellertid ett särskilt yttrande av följande lydelse: "Lagen om anställningsskydd förutsätter, vad uppsägningar beträffar, att en uppsägning kan hänföras till endera av kategorierna 'personliga skäl' eller 'arbetsbrist'. Erfarenheterna har emellertid visat att det i praktiken kan inträffa fall där det är vanskligt att avgöra av vilket skäl en uppsägning har skett. Detta problem har behandlats i en rad uppsatser i olika juridiska tidskrifter och där författarna har redovisat skilda ståndpunkter. Arbetsdomstolen har i ett antal domar bedömt tvister liknande den i målet aktuella.

Enligt vår mening utgör den nu föreliggande tvisten ett sådant fall där stor tveksamhet råder beträffande frågan om till vilken kategori uppsägningen skall hänföras. Vi har emellertid slutligen stannat för att anse övervägande skäl i målet - såsom arbetsuppgifternas karaktär, utvecklingen av dessa under anställningstiden, sättet att fastställa lönen - talar för att uppsägningen i den speciella situation som här förelegat skall anses ha skett av 'personliga skäl'."

⁵³⁶ I detta mål har således även parterna helt gått på det formalistiska synsättet. I AD 1993:61 var det primärt domstolen, om än arbetstagersidan i viss utsträckning framhöll att det borde klassificeras som personliga förhållanden.

⁵³⁷ Jfr AD 1986:60 vad gäller arbetsbristbegreppet i 25 §.

sätter att parterna har olika uppfattningar om hur otvistiga faktiska förhållanden skall betecknas i termer av "arbetsbrist" eller "personliga förhållanden".⁵³⁸ Å andra sidan är det i dessa sammanhang, dvs där man tror sig behöva den och där den också är till hjälp, som den är ägnad att leda tankarna bort från de normativa utgångspunkterna för det schabloniserade synsättet.

Det bör framhållas att det jag menar utgör den största *faran med ett kontradiktoriskt arbetsbristbegrepp är att man vid bedömningen av hur en konkret uppsägningsgrund skall klassificeras låter sig styras av om man anser att grunden är saklig eller inte*. Med den föreställning man då har om att arbetsbrist alltid är saklig grund kommer detta härigenom (omedvetet) att styra en uppsägningsgrund man menar vara osaklig till kategorin "personliga förhållanden". Härigenom bidrar man till att konservera föreställningen om att allt som kan betecknas "arbetsbrist" också utgör saklig grund.

..och saklig grund blir en fråga om ord

AD 1995:40 Organisten Åberg och lönesänkningen

I AD 1995:40 hade kyrkoorganisten och tillika facklige förtroendemannen Kerstin Åberg i januari 1994 sagts upp från sin anställning hos Tensta, Lena, Årentuna pastorat under åberopande av arbetsbrist sedan hon vägrat acceptera ett förslag till omreglering av hennes anställningsvillkor, innefattandes att ett individuellt lönetillägg om 2.120 kronor skulle tas bort.

Läraryrket väckte talan och yrkade att uppsägningen skulle ogiltigförklaras såsom stridande mot både 7 § LAS och 8 § MBL men i vart fall mot 8 § FML.

Till stöd härför åberopades en rad förhållanden som man ansåg ge stöd åt att uppsägningen skett på personliga förhållanden och att förslaget om lönesänkning härtill kommit upp i anslutning till diskussioner om hennes fackliga arbete på sådant sätt att det fanns skäl att uppfatta arbetsgivarens agerande som föreningsrättskränkande.⁵³⁹

Pastoratet bestred talan och förnekade att de omständigheter arbetstagsidans framfört påverkat uppsägningen. Till stöd för denna inställ-

⁵³⁸ I och för sig måste domstolen kunna använda den även om parterna inte tvistar här om. Man uppfattar det ju som en renodlad rättsfråga.

⁵³⁹ Med hänsyn till hur domstolen kom att hantera frågan ser jag inget skäl att närmare utveckla arbetstagsidans grunder.

ning åberopades enbart att Åberg tackat nej till erbjudandet om anställning på nya villkor. Bakgrunden till erbjudandet var att man

”ansåg det inte vara så att säga företagsekonomiskt försvarbart att betala henne lön utöver tariff. Dessutom reagerade delar av pastoratets personal mot lönen och begärde lönetillägg för egen del, varför det fanns personalpolitiska skäl att om möjligt åtgärda Kerstin Åbergs lön”,

varefter framhölls att pastoratets inkomster i allt väsentligt utgörs av skattemedel. Arbetsgivaren menade således bl a att det framstod som orättvist att Åberg skulle ha en så hög lön.

Vad gäller det sistnämnda replikerade arbetstagarsidan med att framhålla att Åberg i samband med anställningen begärt och också fått behålla ett lönetillägg hon haft i sin tidigare anställning och att det var ”svårt att se att behovet av rättvisa skulle ha ökat från anställningstillfället till dess pastoratet väckte frågan om en sänkning av hennes lön”.⁵⁴⁰

Av domskälen framgår sedan att pastoratet medgett att uppsägningen inte varit sakligt grundad om den skulle anses grundad på personliga skäl.⁵⁴¹

Domstolen gjorde under rubriken ”arbetsbrist eller personliga skäl?” följande bedömning i denna del av målet:

”Vad som förevarit i samband med uppsägningen är i allt väsentligt ostridigt, även om parterna har kommit med olika påståenden om vilka bevekelsegrunder pastoratet hade för uppsägningen. Av utredningen framgår i huvudsak följande. Kerstin Åberg hade enligt sitt anställningsavtal förutom lön enligt tariff ett tillägg på 2 120 kr per månad. Det har inte framkommit att detta lönetillägg motiverats med att hon utförde några extra arbetsuppgifter. Hon hade alltså för sitt ordinarie arbete en individuellt bestämd lön som översteg tarifflönen. Pastoratet ville frånta henne detta tillägg. Pastoratet har inte påstått att brist på medel eller förändringar av arbetsuppgifterna motiverade en lönesänkning. Däremot har pastoratet gjort gällande att tillägget ”så att säga” inte var företagsekonomiskt försvarbart, eftersom Kerstin Åberg inte utförde några arbetsuppgifter utöver sitt ordinarie arbete. Pastoratet har också gjort gällande att det av personalpolitiska hänsyn var motiverat att inte längre betala detta tillägg, eftersom andra anställda reagerat mot Kerstin Åbergs lön och krävt högre löner för egen del. Slutligen har pastoratet som motiv för en sänkning av hennes lön hänvisat till att dess inkomster i allt väsentligt består av skattemedel. Det var mot denna bakgrund pastoratet erbjöd Kerstin Åberg en anställning utan detta lönetillägg

⁵⁴⁰ Man framhöll i sammanhanget också att kollektivavtalet numera byggde på individuell lönesättning.

⁵⁴¹ Jag återkommer till detta i mitt tycke mycket märkliga förhållande nedan.

men i övrigt oförändrade villkor och sedan sade upp henne, när hon avböjde erbjudandet.

Den första fråga som inställer sig är om uppsägningen kan anses vidtagen på grund av arbetsbrist. Arbetsdomstolen har i en dom (AD 1994 nr 122), som meddelats efter uppsägningen av Kerstin Åberg, uttalat bl.a. följande.

(Här följer ett långt citat ur AD 1994:122, där domstolen utvecklar sin syn på arbetsbrist respektive personliga förhållanden och framlägger och motiverar det schema som där kom till användning.)

Pastoratet har som framgått inte gjort gällande att några arbetsuppgifter skulle försvinna eller att medelsbrist skulle föreligga. Egentligen var det enda skälet för uppsägningen att pastoratet ville sänka just Kerstin Åbergs individuellt överenskomna lön och att hon inte godtog detta. Mot bakgrund av de återgivna uttalandena, som måste anses vägledande även i denna tvist, kan man enligt arbetsdomstolens mening inte komma till någon annan slutsats än att uppsägningen av Kerstin Åberg vidtagits av personliga skäl.

Pastoratet har medgivit att uppsägningen, om den anses grundad på personliga skäl, inte är sakligt grundad. Med den bedömning arbetsdomstolen nu gjort står det klart att uppsägningen enligt anställningsskyddslagens regler skall förklaras ogiltig och domstolen saknar anledning att uppehålla sig vid frågan om den också är att anse som ogiltig enligt andra lagbestämmelser.⁵⁴²

Här ser vi hur föreställningen om en normativt relevant tudelning präglar domstolens syn på frågeställningarna. Trots att arbetstagersidan alls inte varit inne på klassificeringsfrågan utan framfört att det varit andra faktiska skäl än de uppgivna som föranlett uppsägningen anger domstolen inledningsvis att den första fråga den har att ställa sig är om ”uppsägningen *kan anses vidtagen på grund av arbetsbrist*”. För bedömningen av vad det egentligen är domstolen prövar bör det därför framhållas att ställningstagandet inte grundar sig på de personliga förhållanden som arbetstagersidan lyft fram till stöd för vad de menat vara det verkliga skälet bakom arbetsgivarens agerande. Detta förstärks också av att domstolen härefter inte ansåg att det fanns stöd för påståendet om föreningsrättskränkande syfte. Istället är det det schema domstolen uppställde i AD 1994:122 som här tillämpas med utfallet att uppsägningen skall anses bero på personliga förhållanden. Härvid måste det vara det förhållandet att det inte är verksamhetens ekonomi som åberopas utan att arbetsgivaren av bl a ”rättviseskäl” velat sänka just Åbergs lön som fällt avgörandet. Beträffande denna tillämpning av schemat i 1994 års fall finns intet att invända annat än att det rör sig om ett sken-

⁵⁴² Domen var enhällig med Hans Tocklin som ordförande. Det bör poängteras att domstolen, de sistnämnda uttalandena till trots, därefter gick in och prövade om uppsägningen skett i föreningsrättskränkande syfte.

problem.⁵⁴³ Det är också i ljuset av detta som arbetsgivarsidans medgivande av att saklig grund inte förligger vid denna utgång i klassificeringsfrågan framstår som mycket märklig samtidigt som det visar hur djupt det formalistiska synsättet satt sina spår. Med hänsyn till att domstolens konstaterande av att uppsägningsgrunden skall betraktas som personliga skäl helt och hållet baserades på de uppgifter arbetsgivaren själv lämnat om varför han önskade få till stånd en lönesänkning, kan pastoratets ståndpunkt inte uppfattas på annat sätt än att de också menar att deras inställning till saklig grund-frågan är avhängigt vilka ord som skall användas för att beteckna de uppgivna omständigheterna. Att arbetsgivarens medgivande på denna punkt först framgår av domskälen kan möjligen förklaras av att detta är något de på direkt förfrågan från domstolen uppgivit och att det då måste ha uppstått ett missförstånd. Det kan nämligen inte rimligen vara det sätt varpå domstolen här använder medgivandet som det var avsett att innebära. Sannolikt kan pastoratets ståndpunkt förklaras med att de menat att för den händelse det skulle visa sig att domstolen kommit fram till att de av arbetstagersidan åberopade personliga omständigheterna också varit den verkliga uppsägningsorsaken, det då inte skulle ha förelegat saklig grund. Det faktum att domstolen behandlar medgivandet på det sätt den gör visar hur djupa spår föreställningen om en normativt relevant tudelning satt i dess tänkande.

Om arbetsgivarens medgivande inte kan förklaras genom det sålunda beskrivna missförståndet framstår denna dom som den slutliga bekräftelsen på det märkliga sakernas tillstånd som föreställningen om en normativt relevant tudelning vid tillämpningen av kravet på saklig grund ger uttryck för. Håller vi oss till vad som sägs i domskälen har nämligen arbetsgivaren medgivit att han inte menar det vara sakligt att av rättviseskäl sänka en anställds lön om man kallar det personliga förhållanden men däremot om man kallar det arbetsbrist. Och denna uppfattning backas upp av domstolen.⁵⁴⁴

⁵⁴³ Med hänsyn till hur domstolen här hanterat frågan, dvs som ett rent juridiskt/tekniskt problem, har jag avstått från att närmare återge arbetstagersidans påståenden om personliga skäl. Dessa personliga förhållanden, som enligt min uppfattning talar för att den verkliga bevekelsegrunden var en annan än de rättviseskäl arbetsgivaren kom att framföra, kan ha påverkat domstolens ställningstagande vid avgörandet av frågan om hur uppsägningsgrunden skulle klassificeras.

⁵⁴⁴ I själva verket rör detta mål en situation där arbetsgivaren åberopar omständigheter hänförliga till arbetstagersidans person till stöd för uppsägningen medan arbetstagersidan gör gällande att det i själva verket varit andra personliga förhållanden som varit den verkliga uppsägningsgrunden.

3.4.12 ...och lagstiftaren spelar med

Det kan ha visst intresse att avsluta denna beskrivning av utvecklingen med att se hur lagstiftaren under senare tid ställt sig till de frågor som här behandlas.

”Återställarproppen”

I enlighet med sitt vallöfte tog den tillträdande socialdemokratiska regeringen hösten 1994 omedelbart⁵⁴⁵ itu med att återställa arbetsrätten till det skick den hade när man senast lämnade ifrån sig makten.⁵⁴⁶

I motiven för att återställa turordningsreglerna får vi klart besked om lagstiftarens syn på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund:⁵⁴⁷

”Anställningsskyddslagen innehåller regler om saklig grund för uppsägning. Vid uppsägning av en arbetstagare av skäl som är hänförliga till arbetstagaren personligen innebär reglerna ett skydd mot obefogade uppsägningar. Arbetsgivarens skäl för uppsägningen kan prövas i domstol, och det är arbetsgivarens sak att visa att det finns tillräckliga skäl för åtgärden. Vid en situation då arbetsgivaren vill säga upp arbetstagare på grund av arbetsbrist är förhållandet däremot ett annat. Arbetsgivaren bestämmer ensam om det föreligger arbetsbrist i företaget. Det ställningstagandet kan normalt inte överprövas av domstol.⁵⁴⁸ Lagens regler om turordning vid sådana uppsägningar innebär i det läget ett visst skydd mot godtycke för den enskilde arbetstagaren. Arbetsgivaren får inte fritt välja vilka som skall sägas upp. Enligt lagen skall man följa en turordning som följer principen sist in - först ut. Den som är sist anställd får gå först, och den som har längst anställningstid har företräde till fortsatt arbete, under förutsättning att de som blir kvar har tillräckliga kvalifikationer för de arbetsuppgifter som finns kvar. Den som fått sluta har under en viss tid företrädesrätt till återanställning för det fall att arbetsgivaren vill nyanställa personal. Arbetsgivaren och den fackliga organisationen har frihet att avtala om avsteg från turordningen om det behövs.

Anställningsskyddslagens regler kan på det sättet sägas innebära en viss balans mellan arbetsgivarens och arbetstagarens intressen. Genom den regel som ger arbetsgivaren rätt att undanta två arbetstagare innan turordningen görs upp har emellertid denna balans rubbats, särskilt när det gäller de mindre företagen. Anställningsskyddet i de mindre företagen har drastiskt minskat. Den arbetsgivare som vill göra sig av med en arbetstagare utan att öppet redovisa sina skäl

⁵⁴⁵ Propositionen är dagtecknad den 20 oktober, dvs bara några dagar efter tillträdet.

⁵⁴⁶ Man glömde emellertid, som ovan framhållits, bort den s k månadsregeln. Frågan behandlades dock i riksdagen. Vänsterpartiet hade i en motion yrkat att även denna bestämmelse skulle återställas. Motionen avsågs dock sedan arbetsmarknadsutskottet funnit den nya regeln berättigad, se 1994/95:AU4 s 44-45.

⁵⁴⁷ Jfr också arbetsmarknadsutskottet i 1994/95:AU4 s 20.

⁵⁴⁸ Min kursivering.

kan utnyttja turordningsreglerna i det syftet. Det har i debatten anförts exempel på att ett sådant missbruk av reglerna har förekommit.

Regeringen ser det därför som en angelägen uppgift att återställa den balans som rådde tidigare i detta hänseende. Om turordningsreglerna någon gång skulle leda till verkliga svårigheter för ett företag är det både möjligt och önskvärt att arbetsgivaren och den fackliga organisationen träffar avtal om avsteg från turordningen.”⁵⁴⁹

Även om det kan finnas anledning att poängtera att ovanstående uttalanden används som argument för att arbetsgivarens frihet att undanta två personer från turordningsreglerna skall tas bort,⁵⁵⁰ är det ändå ett påtagligt kategoriskt uttryck för ett schabloniserat synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund som här kommer oss till del.⁵⁵¹

Uppsägningsförbudet i nya tredje stycket

Det skulle krävas en skrivelse från Efta:s övervakningsorgan ESA⁵⁵² för att Sveriges politiska makthavare skulle inse att det svenska regelsystemet inte uppfyllde de krav som uppställs i EG:s direktiv om skydd för arbetstagares rättigheter vid företagsöverlåtelser⁵⁵³ och som de åtog sig att följa genom EES-avtalet.

I den s k EES-propositionen gjordes bedömningen att svensk rätt uppfyllde direktivets krav.⁵⁵⁴ Härvid var det inte detaljerna utan helheten man synes ha tagit hänsyn till vid bedömningen. Med hänvisning till detta fann 1992 års arbetsrättsutrednings majoritet inte skäl att föreslå några ändringar av svensk rätt i dessa avseenden när den våren 1993 framlade sitt förslag till ny anställningsskyddslag.⁵⁵⁵ Mot detta ställningstagande reserverade sig utredningens ordförande, regeringsrådet och f d ordföranden i arbetsdomstolen Åke Bouvin.⁵⁵⁶ Han fick stöd för

⁵⁴⁹ Prop 1994/95:76 s 17-18.

⁵⁵⁰ Det finns knappast skäl att anta att detta inte skulle ge en korrekt bild av den socialdemokratiska regeringens syn på frågan.

⁵⁵¹ Jfr motsvarande i många stycken identiska argumentation i motion i anslutning till riksdagsbehandlingen av de bildtska ändringarna, återgivet i 1993/94:AU4 s 37. Jfr också kopplingen mellan företrädesrätt och anställningsskydd i prop 1996/97:16 s 42 och mellan turordningsregler och synen på arbetsbristuppsägningar i SOU 1998:115 s 91.

⁵⁵² Se skrivelse från organets chef Nic Grönvall återgiven i SOU 1994:83 som bilaga 2.

⁵⁵³ Rådets direktiv 77/187/EEG av den 14 februari 1977.

⁵⁵⁴ Prop 1991/92:170 Bilaga 9 s 25.

⁵⁵⁵ Se motiveringen härtill i SOU 1993:32 s 326-27.

⁵⁵⁶ Se SOU 1993:32 s 943 ff. Det är att notera att Bouvin här föreslog en regel om automatisk övergång av anställningsavtalen men inte något uttryckligt uppsägningsförbud. Det senare skulle vara en effekt av det första. Vid utvecklingen härav är det av in-

sin reservation i ett särskilt yttrande från experten och tillika professorn i arbetsrätt Tore Sigeman.⁵⁵⁷

Skrivelsen från ESA medförde att 1992 års arbetsrättsutredning fick anledning att åter behandla frågan om svensk rätts förhållande till de EG-direktiv Sverige åtagit sig att följa. I juni 1994 framlades ett särskilt betänkande med namnet "Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar, EU och den svenska arbetsrätten."⁵⁵⁸

I enlighet med nämnda direktiv föreslogs i betänkandet bl a ett nytt stycke i 7 § LAS, innehållandes ett förbud mot uppsägningar i samband med övergång av företag. Utredningens lagförslag var identisk med det nya tredje stycke⁵⁵⁹ som sedermera inflöt i 7 § LAS genom SFS 1994:1685 att gälla fr o m den 1 januari 1995. Bestämmelsen lyder:

"Vid en sådan övergång av ett företag, en verksamhet eller en del av en verksamhet som sägs i 6 b § skall övergången i sig inte utgöra saklig grund för att säga upp arbetstagaren. Detta förbud skall dock inte hindra uppsägningar som sker av ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl där förändringar i arbetsstyrkan ingår."

Sedan den 1 januari 1995 gäller således ett uttryckligt förbud mot uppsägningar på en grund som tidigare allmänt betraktats som en med hänvisning till arbetsbrist tillåten uppsägningsgrund. Det är av särskilt intresse att det som med hänvisning till arbetsbrist i vårt land självklart varit saklig grund för uppsägning omfattats av ett uppsägningsförbud i EG:s medlemstater i nära tjugo år.

Det är inte min avsikt här att närmare analysera innebörden av direktivet om arbetstagarnas skydd vid företagsövergång och heller inte att närmare belysa innebörden av uppsägningsförbudet i det nya tredje stycket. Däremot skall jag beröra vad som i motiven till bestämmelsen anförts av intresse för frågan om synen på arbetsbrist och kravet på saklig grund. Det kan antas att det förhållandet att det enda uttryckliga förbud vi har i anställningsskyddslagen mot uppsägningar är en grund hänförlig till kategorin arbetsbrist i den gängse tudelningen bör ha vållat lagstiftaren vissa bekymmer.

trasse att Bouvin talar om att detta måste "föra med sig vissa konsekvenser för bedömningen av vad som är arbetsbrist och kan läggas till grund för uppsägning". Det är således arbetsbristbegreppet som bör ändras med anledning härav, ett resonemang som vi återfinner även i 1994 års SOU, vartill jag strax återkommer.

⁵⁵⁷ Se SOU 1993:32 s 1027.

⁵⁵⁸ SOU 1994:83.

⁵⁵⁹ I lagrådsremissen ändrade man "övergång" till "överlåtelse" men sedan lagrådet anmärkt härpå kom sedan propositionens lagförslag att bli detsamma som i utredningens förslag, se prop 1994/95:102 s 41.

Jag ser ingen anledning att här närmare analysera den syn på gällande rätt före lagändringen som kommer till uttryck i motiven. Det är uppenbart att det var det förhållandet att det svenska systemet byggde på att överlåtaren fick säga upp de anställda vid en företagsöverlåtelse och att skyddet sedan bestod i rätt till återanställning hos förvärvaren i den mån denne ämnade anställa någon, som gav upphov till kraven på att Sverige skulle ändra sina regler så att de uppfyllde direktivets krav.

Dock kan nämnas att det i utredningen sägs följande om rättsläget:

”Vid en företagsöverlåtelse anses arbetsbrist uppkomma hos den överlåtande arbetsgivaren. Arbetsbrist utgör saklig grund för uppsägning av personalen.”⁵⁶⁰

Utredningen uppfattar det tydliga så att det är för att en företagsöverlåtelse föranleder arbetsbrist som den utgör saklig grund för uppsägning eftersom arbetsbrist är saklig grund.⁵⁶¹ Man känner sig således föranledd att gå via ett arbetsbristbegrepp för att nå fram till att det utgör saklig grund för uppsägning.

Även i propositionens beskrivning av gällande rätt återfinner vi samma resonemang:

”Arbetsbrist utgör giltig anledning för arbetsgivaren att avsluta ett anställningsförhållande genom uppsägning. Om en arbetsgivare avser att överlåta en verksamhet eller en del av en verksamhet till någon annan, anses det ha uppkommit arbetsbrist hos överlåtaren beträffande den delen av verksamheten som överlåtelser avser. Arbetsgivaren kan således på grund av en förestående eller en redan genomförd överlåtelse av en del av sin verksamhet säga upp arbetstagare på grund av arbetsbrist.”⁵⁶²

Detta som en aristotelisk syllogism uppställda resonemang hade varit betjänt av att man tagit bort ”arbetsbrist” på slutet.⁵⁶³ I övrigt visar uttalandet hur styrd man även här är av arbetsbristbegreppen i sitt tänkande.⁵⁶⁴

Vad gäller de egentliga motiven till uppsägningsförbudet i tredje stycket⁵⁶⁵ märks begreppsförvirringen tydligt i det sätt varpå man uttrycker sig både i utredningen och i propositionen.

⁵⁶⁰ SOU 1994:83 s 66.

⁵⁶¹ Jfr Eklund Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser 1983 s 134.

⁵⁶² Prop 1994/95:102 s 40. På s 51 talas det om ”arbetsbrist i teknisk mening, dvs andra skäl än sådana som rör den enskilda arbetstagaren personligen”.

⁵⁶³ Jfr vad som sagts ovan till bl a AD 1978:57.

⁵⁶⁴ Jfr också arbetsmarknadsutskottets mycket korta uttalande om rättsläget i 1994/95:AU4 s 27.

⁵⁶⁵ Dvs den del av förarbetena som är direkt inriktade på den föreslagna lagändringen.

Sedan utredningen stannat för att föreslå både en regel om automatisk övergång av anställningsavtalen och ett uttryckligt förbud mot uppsägningar från överlåtarens sida i samband härmed sägs i betänkandet följande som ytterligare motivering härför:

”Även om den automatiskt verkande regeln indirekt kan sägas föra med sig ett sådant uppsägningsförbud ansluter den nu föreslagna tekniken på ett tydligare sätt till direktivet. Dessutom gör man därigenom klart att verksamhetsövergången inte längre kan betraktas som ett fall av arbetsbrist som medger uppsägning.”⁵⁶⁶

Återigen skall man ta vägen över ett arbetsbristbegrepp när det inte handlar om annat att slå fast att ett konkret förhållande inte längre skall utgöra saklig grund för uppsägning.⁵⁶⁷ Än märkligare blir formuleringarna när man senare utvecklar uppsägningsförbudets närmare innebörd:

”Enligt vår mening kan saken inte förstås på annat sätt än att direktivets uppsägningsförbud har en förhållandevis begränsad räckvidd. Det torde egentligen bara hindra att uppsägning sker just på grund av, eller snarare med åberopande av, övergången som sådan. Därmed skulle det alltså finnas utrymme för uppsägningar som sakligt motiveras av andra organisatoriska skäl. *I princip torde alltså arbetsbristbegreppet vara tillämpligt* när det inte är övergången i sig som läggs till grund för uppsägning.”⁵⁶⁸

Klarare än genom denna formulering kan man knappast ge uttryck för att man uppfattar 'arbetsbrist' som ett rekvisit i 7 §. Det är således arbetsbristbegreppet som inte är tillämpligt när övergången i sig läggs till grund för en uppsägning.

I specialmotiveringen uttrycker kommittén sig något mer nyanserat:

”Förbudet får inte ges en alltför vidsträckt betydelse. Andra tillåtna skäl än just överlåtelsen i sig själv kan åberopas. Utrymmet för detta torde många gånger motsvara vad som i dag utgör saklig grund för uppsägning i form av arbetsbrist, med undantag just för överlåtelsen som sådan.”⁵⁶⁹

Även i propositionens specialmotivering uttryckes saken på ungefär samma sätt.⁵⁷⁰

⁵⁶⁶ SOU 1994:83 s 84. Min kursivering. Jfr Bouvins reservation i 1993 års betänkande, se not strax här ovan. I 1994 års SOU beskrivs det hela som att ”begreppet arbetsbrist skulle ges en annan innebörd i det att själva övergången inte längre skulle kunna utgöra grund för uppsägning av personalen.” SOU 1994:83 s 79.

⁵⁶⁷ Regeringen ansluter sig i propositionen till utredningens ståndpunkt och upprepar därvid i stort ordagrant den kursiverade meningen ovan, se prop 1994/95:102 s 41.

⁵⁶⁸ SOU 1994:83 s 87. Min kursivering.

⁵⁶⁹ SOU 1994:83 s 156.

⁵⁷⁰ Se prop 1994/95:102 s 82. Även utskottet har ett liknande sätt att uttrycka sig på när man i anslutning till behandlingen av motion A14 av Sinnika Bohlin (s), vari kri-

Det bör för ordningens skull avslutningsvis poängteras att preciseringen i lagtexten av när uppsägningsförbudet inte är tillämpligt inte är avsedd att kodifiera den praxis som vuxit fram kring tillämpningen av saklig grund-regeln. Formuleringen är direkt hämtad från direktivet och utgör därför inget självständigt (svenskt) normativt ställningstagande. Enligt propositionen bör lagtexten ”utformas i nära anslutning till direktivtexten för att klargöra sambandet mellan de nu föreslagna reglerna och direktivet.”⁵⁷¹

För den som levat i föreställningen om en normativt relevant tudelning bör den nu behandlade lagändringen skapa ett större problem än för schablonisterna. Vi har således numera i lagtexten ett exempel på en uppsägningsgrund som otvistigt måste betecknas som icke-personliga förhållanden men som samtidigt inte utgör saklig grund för uppsägning.⁵⁷² Några tecken på att detta skulle ha förändrat betraktelsesättet har jag emellertid inte kunnat skönja i källor som tillkommit härefter.

tik framförts mot att formuleringen kan synas motsägelsefull och därmed kan leda till kringgåenden och onödiga tvister, säger så här: ”Utskottet kan för sin del ha viss förståelse för kritiken. Man skulle kunna ställa sig frågan vilken reell betydelse uppsägningsförbudet har om det inte gäller i de fall som arbetsgivaren har ekonomiska, tekniska eller organisatoriska skäl att minska arbetsstyrkan. En företagsöverlåtelse medför ju oftast effekter av detta slag. Regeln är direkt hämtad från direktivet och uttrycker principen att övergången inte i sig utgör skäl för uppsägning. *Det görs klart att verksamhetsövergången som sådan inte kan betraktas som ett fall av arbetsbrist.* Utskottet delar den bedömning som såväl regeringen, ARK som remissinstanserna gjort. För att uppfylla direktivets krav bör lagen ändras.”

⁵⁷¹ Se uttalandet i prop 1994/95:102 s 41. Se också utskottet i 1994/95:AU4 s 39. Den som använder preciseringen av när förbudet inte är tillämpligt till stöd för att uppsägningar generellt får ske i sådana situationer är sålunda dåligt påläst.

⁵⁷² Detta bör föranleda en revidering av resonemanget i någon av ändarna. Skall man kanske skapa en tredje variant, men då kan man inte längre använda kontradiktionen ’personliga förhållanden-ickepersonliga förhållanden’ eftersom denna utesluter något tredje.

3.5 Kritiken sammanfattad och preciserad

3.5.1 Inledning

En uppsägning skall enligt 7 § LAS vara sakligt grundad. Av framställningen ovan torde ha framgått att min uppfattning är att arbetsdomstolen (numer) i de situationer som här är av intresse i regel inte ställer sig frågan om en konkret uppsägningsgrund är saklig. I stället har man sett det som sin uppgift att motivera en uppsägnings saklighet med att försöka få en faktisk omständighet att kunna betecknas med termen "arbetsbrist".

Jag har redan i det s k distinktiva avstampet kontrasterat de olika synsätten mot de uttalanden kring arbetsbrist och kravet på saklig grund som görs i motiven och redan där framgår eller antyds min kritik. Mot bakgrund av den framställningsmetod jag valt finns det skäl att nu precisera och sammanfatta kritiken. Kombinationen av det valda framställningssättet – en selektiv, kronologisk framställning där tonvikten ligger på analys av enskilda rättskällor och de olika synsätt som framträder i dessa – och att jag dessutom presenterar det som en kronologisk *utveckling* gör att det finns ett behov av en sammanfattande översikt över de olika momenten i kritiken där också andra rättskällor än de som hittills behandlats införs för att bredda materialet. Härtill finns det behov av att göra vissa utvidgningar som just har helhetsmaterialet som utgångspunkt och där den kritik som endast sporadiskt framförts kräver att tankegångarna utvecklas.

3.5.2 Sammanfattning och statistik

Man kan ana kronologin i framväxten av de schabloniserade och formalistiska synsätten redan i det rent kvantitativa materialet. En systematisering av samtliga arbetsbristdomar under perioden 1975-1998 ger nämligen en bild som bekräftar tesen om en utveckling från ett saklig grund-inriktat till ett alltmer schabloniserat förhållningssätt till frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund.

Gör vi en avstämning av utgången i arbetsbristmål vid olika tidsperioder är skillnaderna iögonfallande. Om vi exempelvis gör en avstämning just vid det tillfälle det av framställningen ovan framgått att min uppfattning är att det definitivt etableras ett schabloniserat synsätt - efter AD 1982:107 - kan vi se att arbetstagarsidan vid denna tidpunkt vunnit

i 9⁵⁷³ av 20⁵⁷⁴ avgjorda mål, dvs 45 %. I fyra av dessa nio mål har domstolen ogiltigförklarat uppsägningarna utan att den funnit den egentliga uppsägningsorsaken vara en annan än den uppgivna.⁵⁷⁵ Går vi tillbaka till 1976 visar det sig att arbetstagersidan vunnit i fem fall⁵⁷⁶ av sex,⁵⁷⁷ dvs i 83 % av fallen, föreningsrättsmålen inräknade. Motsvarande avstämning vid 1998 års utgång ger en helt annan bild. Av de 65 arbetsbristdomar som avkunnats vid denna tidpunkt har arbetstagersidans talan bifallits i 13 fall,⁵⁷⁸ dvs 20 %. Ett mål slutade, som framgått ovan, oavgjort.⁵⁷⁹ Av de 45 mål⁵⁸⁰ som avgjorts efter AD 1982:107 har således arbetstagersidan bara vunnit 4. Då bör vi samtidigt ha i åtanke att (minst⁵⁸¹) två av dessa utgörs av klassificeringsmål, dvs mål som mot bakgrund av den kritik jag riktar mot domstolens hantering av arbetsbristuppsägningar i själva verket utgörs av ”förluster”.⁵⁸²

De ur min synpunkt mest intressanta fallen utgörs av dem där rättsfrågan varit om uppsägningen varit saklig grundad, dvs där det inte ifrågasatts eller domstolen i vart fall inte funnit att andra faktiska förhållanden än de åberopade varit de egentliga skälen till en uppsägning. Denna kategori utgörs enligt den klassificering jag företagit av 35 mål.⁵⁸³ Av dessa har arbetstagersidan vunnit 8, dvs knappt 23 %. Mot bakgrund av hur etablerat det schabloniserade synsättet är, måste detta förhållande ändå anses vara värt att lyfta fram. Arbetstagersidan vinner

⁵⁷³ AD 1975:38, 1976:28, 1976:111, 1976:114, 1976:128, 1977:80, 1977:215, 1982:49 och 1982:107.

⁵⁷⁴ De övriga elva fallen är AD 1976:26, 1977:64, 1977:127, 1978:57, 1978:84, 1978:110, 1980:133, 1980:168, 1981:146, 1982:57 och 1982:60.

⁵⁷⁵ AD 1976:28, 1976:111, 1977:80 och 1982:107.

⁵⁷⁶ AD 1975:38, 1976:28, 1976:111, 1976:114 och 1976:128

⁵⁷⁷ Arbetsgivaren vann i AD 1976:26.

⁵⁷⁸ Utöver de nio redan nämnda, även AD 1991:136, 1993:214, 1994:122 och 1995:40.

⁵⁷⁹ AD 1985:79.

⁵⁸⁰ AD 1982:155, 1983:42, 1983:49, 1983:65, 1983:94, 1983:107, 1983:109, 1983:118, 1983:127, 1984:19, 1984:26, 1984:133, 1985:79, 1986:55, 1986:82, 1986:158, 1987:34, 1987:87, 1987:126, 1988:32, 1989:39, 1989:47, 1990:67, 1991:66, 1991:136, 1993:61, 1993:80, 1993:101, 1993:129, 1993:138, 1993:172, 1993:214, 1994:1, 1994:122, 1994:140, 1995:2, 1995:40, 1995:149, 1995:152, 1996:20, 1996:48, 1996:49, 1996:67, 1996:149 och 1997:121.

⁵⁸¹ Det är inte alltid helt klart hur ett mål bör klassificeras.

⁵⁸² Jag åsyftar AD 1994:122 och 1995:40.

⁵⁸³ AD 1976:28, 1976:111, 1977:64, 1977:80, 1978:57, 1980:168, 1981:146, 1982:57, 1982:107, 1982:155, 1983:42, 1983:109, 1983:118, 1983:127, 1984:19, 1984:26, 1984:133, 1982:82, 1987:34, 1987:87, 1987:126, 1988:32, 1989:47, 1991:136, 1993:61, 1993:101, 1993:129, 1993:138, 1993:214, 1994:122, 1995:40, 1995:152, 1996:20, 1996:48 och 1997:121.

således i mer än vart femte mål, där domstolen inte funnit att andra faktiska (personliga) förhållanden legat bakom.⁵⁸⁴ I tre av dessa har domstolen förvisso funnit uppsägningarna grundade på personliga skäl, dock i juridisk/teknisk mening.⁵⁸⁵ Även om man låter dessa tre fall på grund härav passa in i den bild av arbetsbristuppsägningar som synes allmänt omfattad återstår således fem fall, dvs drygt 14 %, vari arbetsgivarens verksamhetsrelaterade skäl underkänts såsom icke-sakligt grundade. För att återknyta till kronologitanken bör det framhållas att endast ett av dessa fem fall hänför sig till tiden efter den ”vändning” man kan tala om efter AD 1982:107.

Det samlade materialet innehåller följaktligen gott om argument för att med Wilhelmsson bedriva *symptomatisk kritik*.⁵⁸⁶

Även om jag hävdar att det skett en utveckling i synen på hur arbetsbristuppsägningar rättsligt skall hanteras och att denna inte enbart kan förklaras med att tvisteföremålet skiftar är det ändå viktigt att poängtera att det inte är fråga om någon utveckling i den meningen att nya synsätt efterhand *ersatt* andra. Man kan nämligen se flera olika synsätt förekomma delvis parallellt. Under år 1993 kan vi således finna såväl det formalistiska⁵⁸⁷ och det schabloniserade synsättet⁵⁸⁸ representerat samtidigt som arbetsdomstolen också underkänner en verksamhetsrelaterad uppsägning trots att det inte ens gjorts gällande att den verkliga uppsägningsgrunden skulle vara någon annan än den uppgivna.⁵⁸⁹

Samtidigt är det emellertid tydligt att de inledningsvis ofta i form av obiter dicta gjorda principiella ställningstagandena och de pedagogiskt betingade rättssystematiska konstruktioner som förekommer i litteraturen redan i slutet av sjuttioalet kring frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund efter hand kommit att direkt påverka rättstillämpningen. Det finns således skäl att anta att rätten i denna mening kan beskrivas som en process där nya föreställningar efter hand kommer till, påverkar rättsligt beslutsfattande och skapar nya föreställningar etc.

⁵⁸⁴ I vissa av målen har det i första hand gjorts gällande att det varit personliga förhållanden och i andra hand att det i vart fall inte utgjort saklig grund. Ibland uttrycks en uppfattning om osaklighet i termer av att det varit ovidkommande eller personliga skäl bakom, som en sorts förstärkning av synpunkten, vilket samtidigt är ett tecken på att man är bunden till ett schabloniserat (eller formalistiskt) synsätt i sin argumentation.

⁵⁸⁵ Flera av de mål där arbetsgivaren åberopat arbetsbrist men arbetstagersidan vunnit kan förklaras med utgångspunkt i den kritik jag här riktat mot domstolens rättstillämpning.

⁵⁸⁶ Se avsnitt 1.3.3.6.

⁵⁸⁷ AD 1993:61.

⁵⁸⁸ AD 1993:101 m fl.

⁵⁸⁹ AD 1993:214.

Som framgår av materialet återfinns vi flertalet av de sakliga grundinriktade utslagen under sjuttio-talet. Det är också så att de olika synsätten i viss utsträckning betingas av vad den konkreta tvistefrågan rör. Det är således signifikativt att föreställningen om en normativt relevant utdelning får sina främsta uttryck i tvister där företagsledningsrätten, som är det schabloniserade synsättets normativa utgångspunkt, inte kan användas för att nå fram till en lösning av tvisten. Det är därför inte ägnat att förvåna att det kontradiktoriska arbetsbristbegreppet får störst betydelse i omregleringssituationer, där domstolen i spåren efter Bylund och Zethraeus har användning av det som metod eftersom det i dessa fall finns utrymme för att ifrågasätta hur en uppsägning skall betecknas, samtidigt som företagsledningsrätten knappast kan åberopas till stöd för att en arbetsgivare skall ha rätt att - i vart fall indirekt - genomföra förändringar av anställningsvillkoren, vilka ju hör till avtalsområdet, eller den direkta bytesrelationen.⁵⁹⁰ Det förhåller sig dock inte så att det formalistiska synsättet enbart skulle vara betingat av att det rör sig om vad som i debatten betecknats en omregleringssituation.⁵⁹¹ Detta motsägs av att det kontradiktoriska arbetsbristbegreppet kommit till användning även i mål som inte rör omregleringssituationer.⁵⁹² Den negativa definitionen av arbetsbristbegreppet (i kombination med föreställningen om att allt som är arbetsbrist också utgör saklig grund för uppsägning) används således som normativ utgångspunkt eller för att normativt rättfärdiga utgången i flera "schablonmål" under senare delen av 80-talet och därefter.⁵⁹³ Det nya i särskilt AD 1994:122 är att den (dessutom) används som metod. Resultatet av det formalistiska synsättet i omregleringsfallen beror på att de bakomliggande skälen befunnits utgöra icke-personliga respektive personliga förhållanden och inte på att arbetsgivaren endast önskade åstadkomma en villkorsändring.

3.5.3 Synsätten preciserade

I syfte att inte göra framställningen allför svårtillgänglig och att inte spara poängerna till sammanfattningen valde jag att inledningsvis göra

⁵⁹⁰ Jfr Hydén i *Arbetslivets reglering* 1985 s 145.

⁵⁹¹ Jfr Christensen *Anställningsskyddet och besittningsskyddet* 1994.

⁵⁹² Se AD 1994:140 där klassificeringsfrågan står i förgrunden trots att det inte rör sig om ett omregleringsfall. I AD 1995:2 används det kontradiktoriska arbetsbristbegreppet som utgångspunkt för ett ställningstagande till vad som utgjort verklig uppsägningsgrund.

⁵⁹³ Se bl a AD 1987:34, 1994:140 och 1996:20. I det mål synsättet vann insteg i AD:s praxis, AD 1986:60, rörde det sig heller inte om en omregleringssituation.

en approximativ bestämning av de olika synsätt som präglar hanteringen av arbetsbristuppsägningar. Det har nu blivit dags att mot bakgrund av framställningen ovan och den begreppsapparat som inledningsvis introducerades precisera definitionerna i syfte att skapa förutsättningar för en utveckling av kritiken.

Gemensamt för det jag kallat ett schabloniserat respektive formalistiskt synsätt är uppfattningen att domstolen *inte* har att göra någon bedömning av en uppsägnings saklighet mot bakgrund av förhållandena i det enskilda fallet. Till skillnad från vid personliga förhållanden behandlas saklig grund-regeln som vilken rekvisitregel som helst där domstolens uppgift inskränker sig till att bedöma huruvida åberopade rättsfakta kan subsumeras under ett rekvisit 'arbetsbrist'. Det jag menar vara den väsentliga skillnaden mellan en sådan rekvisitregel och en intresseavvägningsregel är just att de i rättstillämpningsmomentet skiljer sig åt. Intresseavvägningsnormen är inte avsedd för en traditionell subsumtion och det innebär också att parternas bevisning inte på samma sätt är av omedelbar relevans i det att det inte finns något tydligt samband mellan styrkande av åberopade fakta och framgång i tvisten. Det sistnämnda kan samtidigt sägas utgöra en väsentlig poäng med regleringsformen som sådan.⁵⁹⁴

Dessa likheter till trots är det emellertid väsentligt att göra en åtskillnad mellan de båda synsätten. Det mest utbredda uttrycket är att man mot bakgrund av motivuttalanden och/eller materiella normativa föreställningar avstår från att göra en saklig grund-bedömning i den mån uppsägningsgrunden i vid mening kan hänföras till verksamheten – om vi ser till dess faktiska sida – eller företagsledningsrätten – om vi ser till dess normativa aspekt. Detta synsätt bygger således på en *s a s* förhandsbestämd intresseavvägning och innefattar ett *schabloniserat synsätt* på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund. När detta synsätt kommer till användning förekommer och används begreppen personliga förhållanden och arbetsbrist som *oppositioner*,⁵⁹⁵ där arbetsbrist används i den ungefärliga betydelsen 'verksamhetsrelaterade förhållanden'.

Det andra synsättet innebär att begreppsparet behandlas som en äkta dikotomi och att huvudfrågan vid tillämpningen av 7 § är huruvida en konkret uppsägningsgrund i juridisk/teknisk mening skall klassificeras som en uppsägning p g a personliga förhållanden eller arbetsbrist. En klassificering under kategorin arbetsbrist innebär att saklig grund-

⁵⁹⁴ Jag återkommer härtill nedan avsnitt 4.4.

⁵⁹⁵ Se ovan avsnitt 3.2.3.

frågan är avgjord till arbetsgivarens fördel. Jag har valt att beteckna detta förhållningssätt, som synes ha sin viktigaste funktion som metod, *föreställningen om en normativt relevant tudelning* eller ett *formalistiskt synsätt* på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund. Här används således arbetsbrist som kontradiktionen till personliga förhållanden, dvs i betydelsen 'icke-personliga förhållanden'. Den äkta dikotomin, som är det formalistiska synsättets kännetecken, utesluter – till skillnad från det schabloniserade synsättets oäkta dikotomi – uppsägningsgrunder som vare sig kan klassificeras som 'personliga förhållanden' eller 'arbetsbrist'.

Själva utgångspunkten för det jag kallat det formalistiska synsättet är att arbetsbrist utgör saklig grund för uppsägning och det jag kallat det schabloniserade synsättet innebär just att man menar att arbetsbrist (i den ungefärliga betydelsen 'verksamhetsrelaterade förhållanden') utgör saklig grund för uppsägning. Det schabloniserade synsättet utgör således ett normativt ställningstagande till frågan om saklig grund. Det formalistiska synsättet bygger på det schabloniserade men rör frågan om hur arbetsbristbegreppet skall definieras. Det rör sig således i själva verket om synsätt på olika företeelser.

Man skulle istället kunna säga att både det schabloniserade och det formalistiska synsättet relaterar sig till arbetsbristtermen och att de helt enkelt innebär olika sätt att definiera den. I båda fallen förutsätts ju att det finns en regel med lydelsen ”arbetsbrist är saklig grund för uppsägning”, vari 'arbetsbrist' sålunda utgör rekvisit. Beträktat på detta sätt är skillnaden mellan synsätten att det schabloniserade inte behandlar begreppsparet personliga förhållanden-arbetsbrist kontradiktoriskt utan som oppositioner medan det formalistiska innebär att man betraktar det som en kontradiktorisk dikotomi.⁵⁹⁶

Det formalistiska synsättet fungerar som en metod för att bestämma innehållet i arbetsbristbegreppet och behövs där företagsledningsrätten inte kan användas som stöd, eller när man inte kan hänföra grunden till verksamheten. Det är därför fullt naturligt att de första tendenserna återfinns i ett fall där det inte rör sig om verksamhetsförändringar men väl förhållanden hänförliga till arbetsgivarens person⁵⁹⁷ och att det därefter

⁵⁹⁶ Att det inte är helt enkelt att göra åtskillnad mellan de olika synsättens arbetsbristbegrepp beläggs bl a av att det i litteraturen förekommer att man behandlar situationer, där parterna har olika uppfattningar om hur uppsägningsgrunden skall klassificeras rättsligt, som fall av fingerad arbetsbrist. Se bl a Johansson Ändring av anställningsvillkor och prövning i domstol 1994/95 och Andersson i Andersson m fl Arbetsrätten i staten 1996. Se också AD 1995:152.

⁵⁹⁷ AD 1977:127.

kommit till användning i omregleringsfallen, där det förvisso kan anses hänförligt till verksamheten men inte kan legitimeras med företagsledningsrätten.

Det gemensamma för de båda synsätten är att 'arbetsbrist' behandlas som ett rekvisit i saklig grund-regeln. Tydligast kommer detta till uttryck i att domstolen generellt ser sig nödsakad att knyta an en konkret uppsägningsgrund till begreppet arbetsbrist. Om detta har åtskilligt sagts i anslutning till de konkreta analyserna ovan och jag ser inget skäl att vidareutveckla det. Av analysen, men främst kanske av det distinktiva avstampet, framgår att jag bestämt hävdar att arbetsbrist vare sig direkt eller indirekt utgör ett rekvisit i 7 § 1 st. När det i motiven i exemplifierande ordalag talas om att arbetsbrist som regel utgör saklig grund är det ett potentiellt rättsfaktum som omnämns. Jag kommer nedan att påstå att behandlandet av arbetsbrist som ett rekvisit står i direkt strid med själva idén bakom en intresseavvägningsregel av det slag saklig grund-regeln utgör. Själva poängen med en sådan regel är just att den inte skall inbjuda till subsumtionslogisk argumentation. Domstolen har således – understödd av den arbetsrättsliga litteraturen – skapat en precisrande regel av innebörden 'arbetsbrist är saklig grund'.

Med en terminologi som använts ovan skulle det formalistiska synsättet kunna beskrivas som en rättssystematisk begreppsbildning som kan härledas från rättsordningsnivån. Det schabloniserade synsättet verkar också på rättssystemnivån men kommer i sin tur från djupjustifieringsnivån. Det är detta som är den avgörande skillnaden och som fått mig att tala om olika synsätt och inte endast om olika arbetsbristdefinitioner. För att anknyta till debatten om rättens värdelöshet kan det schabloniserade synsättet inte utan vidare avfärdas med att det inte beaktar de värderingar som ligger bakom lagstiftningen. *Schablonen består just i att man tar hänsyn till de värderingar som uppfattas vara lagstiftningens utgångspunkt.* Dessa värderingar innefattar föreställningen om att en domstol inte skall göra företagsekonomiska bedömningar av verksamhetsrelaterade företagsledningsbeslut eller dess konsekvenser. Att dessa föreställningar kan ifrågasättas är en annan sak. *Det formalistiska synsättet däremot innebär att ställningstagandet i en tvist förlotrat kontakten med de värderingar som ligger bakom regleringen.* Begreppen har kommit att leva sitt eget liv och i dessa fall finns det skäl att påstå att rättstillämpningen är ”värdelös”.

3.5.4 Det schabloniserade synsättets uttryck och konsekvenser

Inledning

I framställningen ovan har jag i anslutning till analysen av de enskilda källorna framhållit - ibland även i kapitelrubrikerna - olika uttryck för och konsekvenser av ett schabloniserat synsätt. Dessa skall här sammanfattas och anknytas till andra källor än de som varit föremål för analys ovan.

Även beträffande det schabloniserade synsättet används således 'arbetsbrist' som ett rekvisit. Det har av framställningen ovan framgått att domstolen anser sig behöva fånga in en uppsägning under rubriken arbetsbrist och att det har omedelbar relevans för frågan om saklig grund. 'Arbetsbrist' används i dessa sammanhang närmast i betydelsen verksamhetsrelaterade förhållanden. Att det är på detta sätt förhållandet skall uppfattas går att utläsa på flera olika sätt. Först kan nämnas att det har direkta implikationer för det sätt varpå domstolen uppfattar arbetstagar-sidans invändningar. Ett påstående om att en verksamhetsrelaterad uppsägningsgrund är osaklig uppfattas som att arbetstagersidan gör gällande att det varit något annat skäl än det uppgivna som varit det verkliga skälet till uppsägningen. Man kan också se det i formuleringarna av hur domstolen uppfattar sitt mandat i dessa sammanhang. Här talar domstolen om att den inte kan, är förhindrad etc att pröva de närmare företagsekonomiska skälen etc bakom en uppsägning. Det stöd domstolen åberopar för detta begränsade mandat kan emellanåt härledas från det förhållandet att det följer av lagmotiven, emellanåt kan man skönja förreställningen om en bakomliggande överordnad norm som på senare år givits namn i form av "företagsledningsrätten". I detta sammanhang bör framhållas att jag i flera mål kunnat ana en "rädsla" för att ett ifrågasättande av en uppsägnings saklighet med nödvändighet också innefattar ett angripande av det företagsledningsbeslut som föranlett uppsägningen. Man skiljer inte mellan olika nivåer i beslutsfattandet och heller inte mellan att det man kallar uppsägningsgrunden ligger på olika nivåer och att olika uppsägningsgrunder skapar olika möjligheter.⁵⁹⁸

Konsekvenserna av det schabloniserade synsättet kan också beskrivas på olika sätt. Dels gör inriktningen mot sökandet efter illegitima motiv att även godtycke och inkonsekvens accepteras så länge det verkliga skälet inte är personliga förhållanden. Det skapar vidare ett reellt behov av kompensatoriska ställningstaganden i form av disharmonisk tillämpning av andra regler. Och det uppmuntrar ohederlighet.

⁵⁹⁸ Det sistnämnda belyses nedan avsnitt 4.5.

Det sätt varpå arbetstagersidans talan uppfattas

På flera ställen ovan har jag poängterat svårigheten för domstolen att förstå att arbetstagersidan många gånger menar att en uppsägning helt enkelt inte är sakligt grundad oberoende av om det föreläggat andra skäl bakom uppsägningen än de uppgivna. En invändning om att saklig grund inte föreligger uppfattas i regel som ett påstående rörande faktiska förhållanden, i första hand att något ovidkommande skäl ligger bakom.⁵⁹⁹

Efterhand som det schabloniserade synsättet etablerat sig har oförståelsen för sådana invändningar mot en uppsägning också tilltagit. Det bör då framhållas att även arbetstagersidan i regel omfattar ett schabloniserat synsätt varför dess sätt att lägga upp talan inbjuder till skendiskussioner.⁶⁰⁰ Istället för att fokusera kring frågan om uppsägningens saklighet lindar man in sig i argumentation kring huruvida arbetsbrist föreläggat eller inte. Menar man då att saklig grund inte föreligger tar sig detta formen av ett påstående om att arbetsbrist - i "lagens mening" eller liknande - inte föreligger, vilket av domstolen, särskilt under senare år med början i AD 1987:34, bemöts med påståenden om att arbetsbrist är ett lagtekniskt begrepp eller motsvarande.

Det finns starka skäl att anta att effekten av den uppfattning av rättsläget som tycks vara utbredd är att arbetstagersidan mycket sällan försöker få en uppsägning ogiltigförklarad om de av arbetsgivaren uppgivna skälen är arbetsbrist i betydelsen verksamhetsrelaterade förhållanden. I de fall det förekommer argumenterar man i enlighet med den förhärskande ideologin och försöker göra gällande att de av arbetsgivaren åberopade förhållandena inte utgör arbetsbrist ens i lagteknisk mening. Föreställningarnas styrka är så påtaglig att man på senare tid argumenterat utifrån att en uppsägning skulle stå i strid med goda seder.⁶⁰¹ Därmed tycks man mena att en sakligt grundad uppsägning i och för sig skulle kunna stå i strid med goda seder.

Icke-personligt "godtycke" tolereras

En följd av det sätt varpå talan uppfattas är att inkonsekvens, godtycke, dålig framförhållning, nonchalans etc från arbetsgivares sida accepteras

⁵⁹⁹ Jfr AD 1977:64, 1981:146, 1982:155, 1987:34, 1989:39, 1989:47, 1993:172, 1995: 149 och 1995:152. Jfr ovan till AD 1977:215 och 1986:55.

⁶⁰⁰ Jag menar dock att domstolens sätt att hantera frågeställningen inte kan förklaras med processuella argument om att man inte får gå utöver vad part åberopat.

⁶⁰¹ AD 1997:121, jfr AD 1996:149 (och domstolen spelar med).

såvida det inte finns bakomliggande illegitima motiv. Om domstolen lever i föreställningen om att ett ifrågasättande av en med hänvisning till arbetsbrist företagen uppsägning med nödvändighet innebär att man menar det vara ett illegitimt motiv bakom kommer domstolen att acceptera godtycke från arbetsgivarens sida i den mån den inte kan finna några sådana bakomliggande motiv. Detta menar jag att man kan notera i flera mål. I AD 1978:110 ansågs det inte anmärkningsvärt att en arbetsgivare tillsvidareanställt en person vid en tidpunkt efter det att man uppenbarligen måste ha beslutat sig för att flytta den enhet vari personen anställdes.⁶⁰² Arbetsgivaren kunde i målet inte heller precisera när han fattat sitt beslut. När arbetstagsarsidan i AD 1989:47 till stöd för sin uppfattning om att saklig grund för uppsägning av en restaurangchef inte förelåg gjorde gällande att arbetsgivaren bara ett par veckor före uppsägningen anställt personer i andra chefsbefattningar tycktes domstolen knappast ens förstå invändningen. Det enda domstolen såg skäl att fråga sig med anledning av att arbetsgivaren i AD 1987:34 tillsvidareanställt för många var om det skett i syfte att få bort den aktuelle arbetstagsaren, som på grund att han uppnått pensionsåldern var undantagen från turordningsreglerna. Att arbetsgivaren skulle få bära ansvaret för de konsekvenser detta tillvägagångssätt innebar föll inte domstolen in. Att arbetsgivaren i AD 1986:82 i strid med skollagen bedrivit verksamhet, som när den sedan lades ned medförde att de ordinarie lärarna i kommunen kom att hamna i samma turordningskrets och några av dem därmed blev uppsagda, utgjorde heller inte något som domstolen fann anledning att beakta. Tvärtom slog domstolen fast att detta inte hindrade arbetsgivaren från att ”tillämpa de regler som normalt gäller i fråga om anställningsskyddet vid arbetsbrist”. Något hinder mot att verkställa uppsägningar av tillsynslärartjänsteinnehavare förelåg inte i AD 1987:87, trots att funktionerna skulle finnas kvar och att arbetsgivaren vid uppsägningstillfället ännu inte fattat beslut om de förändrade ledningsfunktionerna. Inte heller var det osakligt att arbetsgivaren i AD 1990:67 först nyanställt personal för att strax därefter i samband med en facklig konflikt med omedelbar verkan skilja hela personalen från deras befattningar och lägga ut verksamheten på entreprenad – till en företagare vars seriositet var starkt ifrågasatt av arbetstagsarsidan – med de kostnader detta medförde i form av dubbelbetalning under uppsägningstiden. Exemplifieringen kan göras längre.⁶⁰³

⁶⁰² Jfr också AD 1983:49.

⁶⁰³ Se bl a AD 1993:101, 1994:140 och 1997:121. Man kan i sammanhanget även lyfta fram AD 1993:80 och 1994:1 för att visa hur arbetsgivaren byter fot vad avser kriterierna för hur organisationsbeslutet skall te sig.

Att domstolen i de nämnda exemplen inte bedömer *sakligheten* trots att arbetsgivarens handlande i flera situationer framstår som anmärkningsvärt nonchalant eller osakligt kan inte förklaras på annat sätt än att domstolen lever i föreställningen om att en invändning om att en med hänvisning till arbetsbrist företagen uppsägning är osaklig endast kan beaktas om det visar sig föreligga något annat reellt skäl bakom uppsägningen. Här har man glidit långt bort från de krav domstolen upprätthöll under de första åren efter LAS' ikraftträdande. Både ställningstagandena i AD 1976:49 och särskilt AD 1976:111 skulle enligt min bestämda uppfattning kunna användas i samtliga exempel till stöd för att arbetsgivarens beslutsunderlag är bristfälligt.

Domstolens syn på sitt mandat/sin uppgift

Åtskilliga är de domskäl vari arbetsdomstolen uttryckligen framhåller sitt begränsade mandat när det gäller möjligheten att överpröva verksamhetsrelaterade uppsägningar. Detta kommer till uttryck på flera olika sätt och med olika ”grader”.

I flera tidiga mål⁶⁰⁴ anger domstolen att den inte närmare skall undersöka etc. I AD 1984:26 talar domstolen om att den inte *kan* ... och hänvisar till AD 1980:133.⁶⁰⁵ I AD 1985:79 sägs att ”domstolen i princip inte har att överpröva...” Tingsrätten i 1987:34 anger att domstol ”skall inte pröva”. I AD 1989:47 anser sig domstolen *förhindrad*. Det måste framhållas som anmärkningsvärt att en domstol, vid tillämpningen av en regel som endast säger att det skall föreligga saklig grund för uppsägning slår fast att den i princip är *förhindrad* att pröva det företagsekonomiskt berättigade i en driftsinskränkning eller det sätt varpå den genomförs. Ett mer påtagligt uttryck för ett schabloniserat synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund än en föreställning om att domstolen i princip är förhindrad att pröva det företagsekonomiskt berättigade i både företagsledningsbeslutet *och* genomförandet härav i form av uppsägningar är det svårt att finna. Ett av de mer betydande uttalandena i dessa sammanhang återfinns vi i AD 1993:172, där vi får veta att ”(e)nligt LAS är det arbetsgivaren som bestämmer över verksamheten”.⁶⁰⁶

De normativa föreställningarna bakom domstolens uppfattning om sitt begränsade mandat - och litteraturens uppfattning om domstolens uppgift - är i regel inte helt tydliga. Det vanligaste är att domstolen åbe-

⁶⁰⁴ Bl a 1980:133 och 1983:42, jfr även 1983:127.

⁶⁰⁵ Jfr också AD 1997:121.

⁶⁰⁶ Jfr även AD 1982:57 och 1987:34.

ropar motivuttalandena i frågan när den beskriver sitt mandat. I senare mål hänvisas naturligtvis också till tidigare praxis. Först i AD 1993:101 talas det mera självständigt om *företagsledningsrätten*. Termen användes i förevarande sammanhang såvitt jag kunnat finna först av Fahlbeck 1989. Även om termen inte använts i domstolens praxis före nämnda mål har dock den normativa föreställning den betecknar förekommit i andra språkliga sammansättningar långt tidigare.⁶⁰⁷

Rädsla för att angripa företagsledningsbeslut och oförmåga att beakta heterogeniteten i de verksamhetsrelaterade uppsägningarna

I flera mål går det att mellan raderna utläsa att domstolens obenägenhet att pröva sakligheten bottnar i en "rädsla" för att den därvid också överprövar det företagsledningsbeslut som legat till grund för uppsägningen.⁶⁰⁸ Detta kan förklaras på olika sätt. Dels på normativa föreställningar om företagsledningsrättens överhöghet men också med att det ger uttryck för en bristande förmåga att se heterogeniteten i floran av verksamhetsrelaterade uppsägningsgrunder och på vilken nivå i beslutsprocessen saklig grund-regeln är avsedd att verka. Man måste nämligen göra en åtskillnad mellan företagsledningsbeslut och genomförandebeslut och jag vill påstå att de uttalanden som görs i motiven om att arbetsgivare skall göra vad som står i dennes makt för att undvika uppsägningar just handlar om genomförandestadiet. Jag vågar också påstå att detta är regel när företag fattar beslut om förändringar, naturligtvis med undantag för rena krissituationer. I detta sammanhang finns det också skäl att framhålla att begreppet uppsägningsgrund används något tvetydigt, vilket också får betydelse för hur domstolen ser på förhållandet mellan första och andra stycket i 7 § LAS. Härvid spelar det förhållandet att arbetsgivaren bestämmer hur "arbetsbristen skall läggas ut" också sin roll.⁶⁰⁹ Jag återkommer till dessa frågeställningar nedan.

Kompensatorisk och disharmonisk tillämpning av anknytande regler

Bl a som en följd av rädslan för konsekvenserna på företagsledningsplanet av en ogiltigförklaring av en uppsägning menar jag att man kan skönja uttryck för en sorts kompensatoriskt tänkande. I ett mål där omständigheterna är sådana att det finns skäl att ifrågasätta sakligheten

⁶⁰⁷ Jag återkommer till en kritik mot de normativa föreställningarna under rubriken "företagsledningsrätten", nedan avsnitt 4.3.

⁶⁰⁸ Se särskilt AD 1988:32 och 1989:47. Jfr AD 1982:57 och 1993:101.

⁶⁰⁹ Lunnings sätt att uttrycka domstolens ståndpunkt i AD 1983:94.

men domstolen anser sig ha möjlighet att bifalla talan på annan grund väljs istället den vägen. Därmed inte sagt att domstolen medvetet gör sådana överväganden. Främst är det den s k omplaceringsregeln i andra stycket och turordningsreglerna som använts kompensatoriskt. Detta kan förklaras i termer av process of discovery respektive justification. Om den ståndpunkt man kommer fram till på discoverystadiet av något skäl visar sig svår att justifiera söker man alternativ. Jag har framhållit vad här sagts i anslutning till flera analyser ovan och motsvarande kan sägas om ytterligare mål.⁶¹⁰

Det finns också mål som visar på motsatsen, dvs att domstolen tillämpar anknytande regler på sådant sätt att en person som rimligen bort sägas upp med hänvisning till personliga förhållanden istället kan sägas upp p g a arbetsbrist genom att man tänjer på turordningsreglerna.⁶¹¹

Särskilt den sistnämnda situationen är allvarlig såtillvida att den uppmuntrar till ohederlighet genom att bidra till att förstärka föreställningarna om att det är lämpligare för en arbetsgivare att konstruera en arbetsbristsituation och att det är närmast omöjligt att säga upp p g a personliga förhållanden.⁶¹²

Oförmåga att beakta rättsliga förändringar och särdrag

De skäl som i motiven åberopades till stöd för att inte konkretisera saklig grundregeln är också ett argument för att det bör ske en saklig grundbedömning i varje enskilt fall även beträffande verksamhetsrelaterade uppsägningsgrunder. Att de faktiska förhållandena i form av marknadens villkor och marknadsaktörernas beteenden i takt med utvecklingen allt snabbare förändrats torde vara obestridligt men härigenom finns det också anledning att anta att det sker förskjutningar i rådande värderingar. Men även den rättsliga kontexten har genomgått förändringar under den tid anställningsskyddslagstiftningen varit ikraft. Vid sidan av de direkta och manifesta skyddsreglerna finns det också andra rättsliga förhållanden som direkt eller indirekt har betydelse för anställningsskyddet i dess helhet. Således finns det anledning att här uppmärksamma det utökade utrymmet för tidsbegränsade anställningar, avskaffandet av arbetsförmedlingsmonopolet som numer även rättsligt

⁶¹⁰ AD 1978:84, 1982:60, 1982:155, 1986:55, 1987:126, 1988:32, 1990:67, 1991:66, 1993:80 och 1994:1.

⁶¹¹ AD 1995:2 är det mest slående exemplet. Man skulle här också kunna nämna AD 1989:47, där domstolens tillämpning av regeln om turordningskretsar knutna till kollektivavtal ingalunda var självklar.

⁶¹² Se här också AD 1995:149.

möjliggör uthyrning av arbetskraft etc.⁶¹³ Förändringar av detta slag, vilka förskjuter den rättsliga kontext i vilken saklig grund-regeln verkar, bör – utan att parterna i ett konkret fall gör gällande att detta bör inverka – påverka domstolens övergripande ställningstaganden till frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund. Man kan här göra en viss parallell med domstolens ställningstagande till arbetsgivarens i AD 1993:42 ståndpunkt att de nytillkomna rehabiliteringsreglerna inte kunde påverka innebörden av kravet på saklig grund.

”Arbetsgivarparterna har till en början bestritt att de nya bestämmelserna i arbetsmiljölagen och AFL skulle vara relevanta vid prövningen av den nu aktuella tvisten, eftersom det är en bärande princip i svensk lagstiftning att ändringar i gällande rätt sker genom ändringar i den relevanta lagen, i detta fall anställningsskyddslagen, eller genom motivuttalanden i anslutning till en ändring i denna lag och att så inte skett.

Arbetsdomstolen kan emellertid inte dela denna uppfattning. Bestämmelserna i anställningsskyddslagen om saklig grund för uppsägning och om arbetsgivarens omplaceringsskyldighet måste givetvis ses i belysning av de rättigheter och skyldigheter som arbetsgivare och arbetstagare har antingen dessa grundas på särskilda föreskrifter i anställningsskyddslagen eller annan lag eller på avtal som parterna är bundna av. Och häri ligger att även de ändringar som gjorts bl.a. i arbetsmiljölagen kan få betydelse vid prövningen i det enskilda fallet av vad som är saklig grund för uppsägning. Denna uppfattning har också kommit till uttryck i propositionen 1990/91:140 (s. 52) utan att någon annan uppfattning redovisats från lagrådets sida.”

Vid sidan av sådana generella rättsliga kontextförskjutningar måste vi också ha i beaktande att den rättsliga miljön, till vilka jag även räknar avtalsregler, ser, eller i vart fall kan se, olika ut inom olika branscher och mellan olika företag. För att konkretisera menar jag att det finns anledning att ta i beaktande att parterna i det konkreta fallet redan i förväg avtalat bort turordnings- och eller företrädesrättsreglerna,⁶¹⁴ att turordningsreglerna inte är tillämpliga för pensionärer⁶¹⁵ och att det i det konkreta fallet är så att arbetsgivaren styrt ett verksamhetsbeslut till ”enmansturordningskretsar”⁶¹⁶ etc. Menar man nämligen att den i praktiken fria uppsägningsrätten i verksamhetsfall kan försvaras av de

⁶¹³ Se nedan avsnitt 4.2.

⁶¹⁴ AD 1981:146 och 1996:20. Man skulle möjligen kunna hävda att det var sådana hänsyn domstolen i realiteten tog när den valde att ogiltigförklara uppsägningarna i AD 1993:214 under åberopande av att de skett ”för säkerhets skull”. Det förhöll sig nämligen så enligt avtalet att det inte var samma personer som hade företrädesrätt som hade sagts upp i enlighet med avtalets turordningsregler.

⁶¹⁵ AD 1987:34.

⁶¹⁶ AD 1988:32 och 1989:47, jfr 1989:39.

skyddsregler som finns i form av bl a turordnings- och företrädesrättsregler är det rimligt att prövningen av en uppsägnings saklighet får en annan utformning i situationer då dessa skyddsregler inte gäller.

3.5.5 Det formalistiska synsättet avfärdat

Utgångspunkten

Med den terminologi som ovan utvecklats innebär det formalistiska synsättet att man vid tillämpningen av 7 § uppfattar begreppsparet personliga förhållanden/arbetsbrist som en normativt relevant kontradiktorsrisk dikotomi. Att den är normativt relevant betyder att det för applicerandet av regelns rättsföljd är av omedelbar relevans att kunna subsumera ett faktiskt förhållande under begreppet 'arbetsbrist'. Även om det inte alltid uttryckligen sägs måste nämligen den som menar att frågan om klassificeringen i termer av arbetsbrist eller personliga förhållanden är en vid tillämpningen av 7 § 1 st LAS relevant rättsfråga mena att detta är kopplat till föreställningen om att allt som utgör arbetsbrist är saklig grund för uppsägning. Detta har också framkommit mer eller mindre tydligt i rättspraxis och litteratur.⁶¹⁷ Annars finns det nämligen intet som helst skäl att uppfatta det som en rättsfråga.

Redan här skulle till stöd för avfärdandet av det formalistiska synsättet - även om det snarare är ett tecken på att det är fel på det schabloniserade synsättet - kunna framhållas att arbetsdomstolen faktiskt vid flera tillfällen ogiltigförklarat verksamhetsrelaterade uppsägningar utan att det ens gjorts gällande - eller att det spelat in - att personliga förhållanden skulle utgjort verklig uppsägningsgrund. Det är inte endast i situationer där domstolen funnit att de verkliga skälen varit personliga förhållanden eller i juridisk/teknisk mening ansett det utgöra personliga förhållanden som uppsägningar under beteckningen arbetsbrist ogiltigförklarats. Det finns flera mål, senast AD 1993:214, där domstolen ogiltigförklarat uppsägningar trots att de otvistigt - både faktiskt och rättsligt - varit att hänföra till verksamhetens förhållanden.

Detta visar att själva utgångspunkten för föreställningen om dikotomin normativa relevans är felaktig. Finns det således inga omedelbara rättsföljder vad avser frågan om saklig grund knutna till en rent juridisk/teknisk bestämning av uppsägningsgrunden finns det heller ingen anledning att göra en sådan. Jag kan emellertid inte stanna här. För det första skulle man kunna få in de avgöranden jag åsyftar - i vart fall de

⁶¹⁷ Se bl a Glavå/Töllborg Arbetsrätt 1990 s 234, Fahlbeck Praktisk arbetsrätt 1989 s 298-99 och Malmberg Anställningsavtalet 1997 s 345.

senare – i det schabloniserade synsättets tankeram. Dessutom återstår ännu viss väsentlig kritik mot detta synsätt och det formalistiska synsättet måste avfärdas på dess egna brister.

Som jag påpekat i anslutning till AD 1994:122 är den fråga domstolen i själva verket ställer sig när den frågar sig om det rör sig om arbetsbrist eller personliga förhållanden om det behövs saklig grund. När man i en tvist som rör huruvida saklig grund föreligger väsentligen resonerar utifrån hur uppsägningen juridiskt/tekniskt skall klassificeras menar jag således att man får ett svar på en annan fråga än den man egentligen har ställt eller vill ha svar på.⁶¹⁸ Om svaret är att uppsägningen juridiskt/tekniskt är hänförlig till arbetsbrist är detta således inte svaret på frågan om saklig grund föreligger utan det är svar på frågan om turordningsregler etc skall tillämpas. Och då finns det anledning att förtydliga och förklara synsättet.

Sammanblandningen

Min förklaring till och kritik mot det formalistiska synsättet består i att man blandat samman de uttalanden som gjorts i motiven till LAS (och som därefter anammats i praxis) om att arbetsbrist normalt utgör saklig grund för uppsägning med de föreställningar som finns och de uttalanden som gjorts om att en uppsägning enligt lagens systematik måste kunna hänföras till antingen kategorin arbetsbrist eller personliga förhållanden.⁶¹⁹ Den sistnämnda uppfattningen bottenar i – och begränsar enligt min bestämda uppfattning sin relevans till – de regler i lagen vari 'arbetsbrist' respektive 'personliga förhållanden' utgör rekvisit.⁶²⁰ Det tydligaste exemplet på sammanblandningen återfinns vi i AD 1986:60,

⁶¹⁸ Med Håkan Andersson bör man här ställa sig frågan vad detta är svaret på? Se Töllborg Några reflektioner rörande relationen vetenskap/praktik inom juridiken i JT 1995/96 s 365 vid och i not 29.

⁶¹⁹ Vi har sett åtskilliga exempel på där det talas om arbetsbrist (och personliga förhållanden) som ett lagtekniskt eller rättstekniskt begrepp. Förutom Lunning och AD 1987:34, som behandlats ovan, se exempelvis Malmberg Anställningsavtalet 1997 s 346, AD 1994:140, 1996:20 och 1997:121.

⁶²⁰ Och jag är tveksam om den ens är relevant där, eftersom det mycket väl kan finnas anledning att inte tillämpa turordningsregler trots att en uppsägning inte kan sägas vara föranledd av en arbetstagares personliga förhållanden men där det förefaller orimligt att lösa problematiken annat än genom åtgärder riktade mot en konkret individ. Jfr arbetsgivarsidans inställning till frågan i AD 1994:122 och Tom Johansson (ombud i målet) i JT 1994/95. Se i övrigt ovan avsnitt 3.3. Jfr också historiken (avsnitt 2.5) där arbetsbrist i turordningsregler betydde brist på arbete men i vart fall långt ifrån allt det som idag hänförs till begreppet. En poäng i min kritik är också att i den mån man gör en reell saklig grund-prövning är det heller inte lika viktigt att turordningsregler tillämpas.

där domstolen uttryckligen avstår från att utvidga begreppet arbetsbrist i 25 § LAS med hänsyn till de konsekvenser detta skulle få för utrymmet för uppsägningar.⁶²¹ Lunning bidrar till att förstärka ”sammanblandningens relevans” när han vid behandlingen av saklig grund-regeln under hänvisning till målet - och utan att problematisera att tvisten rörde rekvisitet 'arbetsbrist' vid tillämpningen av reglerna om företrädesrätt till återanställning för personer med tidsbegränsad anställning - hävdar att ”arbetsdomstolen dragit sig för att tunna ut arbetsbristbegreppet för långt”.⁶²²

Med hänvisning till vad som ovan sagts om termer och begrepp⁶²³ kan det sägas att man har fallit i den fälla som kan förefalla oundviklig när lagstiftaren inom ramen för en och samma lag använder sig av samma term ”arbetsbrist” för att beteckna olika företeelser, vilka ligger nära varandra och därför inte utan vidare kan särskiljas genom den aktuella kontexten.

Ett annat sätt att förklara det formalistiska synsättet, men som ändå bottnar i samma föreställningar om tudelningens relevans, är att säga att det bottnar i en slarvigt utförd induktion.

Sammanblandningen mellan 7 § och rekvisitreglerna blir också tydlig när domstolen talar i termer av att resultatet av klassificeringen medför att uppsägningen skall behandlas *enligt de regler* som gäller för respektive kategori.⁶²⁴ När domstolen i AD 1993:61 exemplifierar dessa regler får vi veta att till dessa hör att utrymme finns ”i endast begränsad utsträckning för att ogiltigförklara uppsägningen”.

Synsättet avfärdas

Det formalistiska synsättet innebär i de termer som ovan definierats att man betraktar begreppsparet personliga förhållanden/arbetsbrist som en vid tillämpningen av 7 § 1 st LAS normativt relevant kontradiktorisk dikotomi, vilken således utesluter möjligheten av något tredje alternativ. I samband med saklig grund-regeln skulle det kunna sägas vara relevant att betrakta personliga förhållanden/arbetsbrist som *oppositionella* begrepp; i rekvisitreglerna däremot finns det (i vart fall visst) fog för att betrakta dem som *kontradiktoriska*.

⁶²¹ Jag åsyftar det ställe i domskälen där domstolen framhäver att ”det skulle inte återstå mycket av det skyddet om man ej betraktade orsaken till uppsägningen som hänförlig till arbetstagaren personligen”. Jfr också AD 1980:133.

⁶²² Lunning Anställningsskydd 1989 s 252.

⁶²³ Avsnitt 3.2.

⁶²⁴ Så uttrycks saken i bl a AD 1993:61 och AD 1994:122.

Ett av skälen till begreppssammanblandningen är att man inte har klart för sig att det är en annan del av verkligheten som är relevant i 7 § jämfört med rekvisitreglerna. I de sistnämnda är det nämligen kategorin *sakliga uppsägningsgrunder* som tudelas.⁶²⁵ Sådana skulle kunna sägas behöva hänföras till antingen arbetsbrist eller personliga förhållanden. Man kan emellertid inte rimligen använda sig av samma kategori när man har att bedöma huruvida en konkret uppsägningsgrund är saklig; här är det istället *alla uppsägningsgrunder* som ingår i kategorin.

Skillnaden mellan de bestämmelser vari 'arbetsbrist' respektive 'personliga förhållanden' utgör rekvisit och 7 § är just att den sistnämnda "har till uppgift" att skilja de sakliga från de osakliga uppsägningarna. Det är vid tillämpningen av 7 § man får fram den sakliga uppsägningsgrund som sedan – i den mån det är tvistigt – skall infogas i dikotomin. Och då kan naturligtvis dikotomin inte vara normativt relevant redan vid tillämpningen av 7 §. Även ILO-konventionen ger stöd för att tudelningen saknar normativ relevans enligt 7 § i det att den anger att en uppsägning skall kunna rättfärdigas genom att hänföras antingen till den uppsagdes person eller till verksamheten.⁶²⁶ Underförstått kan uppsägningsgrunder hamna utanför dessa båda tyfall.⁶²⁷

Skälet till att det i anställningsskyddslagen finns behov av att göra en distinktion mellan arbetsbrist och personliga förhållanden är att olika stadganden i lagen erbjuder helt olika rättsföljder beroende på om en uppsägning kan fastställas bero på arbetsbrist respektive personliga förhållanden. Det är i denna mening som begreppen kan sägas vara lagtekniska till sin karaktär. Begreppsdistinktionen har dock inte i sig någon betydelse för om en uppsägning är sakligt grundad eller ej. I 7 § 1 st finns nämligen ingen regel av sådant slag; en uppsägning skall vara sakligt grundad.

Det är nu dags att slutligt slå fast att det formalistiska synsättet inte bara är olämpligt utan jämväl felaktigt. Det finns uppsägningsgrunder som inte kan passas in i begreppsparet. Om en arbetsgivare godtyckligt väljer ut en anställd och säger upp denne för att han vill hämnas på en

⁶²⁵ Även om det i och för sig inte är nödvändigt att fastslå att en uppsägning är sakligt grundad för att kunna tillämpa rekvisitreglerna.

⁶²⁶ Se avsnitt 3.3.7 ovan.

⁶²⁷ Därvid skulle tudelningen ändå ha viss normativ relevans på det sättet att om en konkret uppsägningsgrund inte kan inrymmas under någondera kategorin, den således per definition skulle anses vara osaklig. Det är emellertid inte endast sådana uppsägningsgrunder som är osakliga, det kan naturligtvis även de vara som tillhör någon av kategorierna.

facklig förtroendeman⁶²⁸ bör de flesta kunna enas om att det rör sig om en uppsägning som inte kan passas in i kategorin personliga förhållanden.⁶²⁹ Med det sätt att hantera begreppsparet arbetsbrist/personliga förhållanden som är det formalistiska synsättets kärna innebär det då att det rör sig om en uppsägning p g a arbetsbrist eftersom förnekandet av det ena innefattar ett bejakande av det andra.

Skälet till att man använder sig av tudelningen är föreställningen om att allt som utgör arbetsbrist också är saklig grund för uppsägning. Eftersom en godtyckligt företagen uppsägning av en enskild arbetstagare i syfte att hämnas på en facklig förtroendeman enligt ovan utgör en uppsägning p g a arbetsbrist skulle den således vara sakligt grundad. Detta exempel visar att det formalistiska synsättet är felaktigt och bygger på att begreppsparet arbetsbrist/personliga förhållanden inte är en äkta dikotomi i saklig grund-sammanhang. Det finns förhållanden som ligger utanför. Detta uppenbara fall visar således att utgångspunkten är felaktig men samtidigt utgör i och för sig detta fall inte någon fara; ingen skulle komma på tanken att hävda att detta fall skulle vara saklig grund eftersom det rör sig om icke-personliga förhållanden. Det finns ur den aspekten väsentligt mer problematiska situationer.

Det finns i AD:s praxis även andra exempel på icke-personliga förhållanden som inte rimligen kan betecknas arbetsbrist och som inte ansetts utgöra saklig grund.⁶³⁰

Vi kan i sammanhanget också nämna uppsägningsgrunder som är relaterade till arbetsgivarens person. För att exemplifiera hur fel en negativ definition är både deskriptivt och framför allt normativt kan vi ta den situationen att en arbetsgivare vill säga upp anställda för att bereda plats för släktingar eller andra. Detta är ju ett fall av icke-personliga förhållanden som heller inte är verksamhetsrelaterade, de tillhör just kategorin arbetsgivarens personliga förhållanden.⁶³¹

Att man tycks utgå från att det är tillåtet att säga upp anställda i syfte att istället anställa familjemedlemmar⁶³² är inte lätt att förklara utifrån

⁶²⁸ Jfr AD 1983:94.

⁶²⁹ Att hämnd på facklig förtroendeman med metoden från AD 1994:122 utgör icke-personliga förhållanden visas genom att det hade kunnat uppnås oavsett vem som sades upp; det har intet med den uppsagde individen att göra.

⁶³⁰ Det mest intressanta är kanske AD 1979:117. Det är signifikativt att man i litteraturen haft problem med att kategorisera detta fall.

⁶³¹ Som i Norge tillhör den tredje kategorin under vilka sakliga uppsägningsgrunder kan hänföras. Se Fahlbecks klassificering i Praktisk arbetsrätt 1978, avsnitt 3.4.4 ovan. Se också Eklund Anställningsavtalet vid företagsöverlåtelser 1983 s 135.

⁶³² AD 1977:127.

domstolens principiella utgångspunkter.⁶³³ Om det är för att det är icke-personliga förhållanden finns det väl ingen anledning att skilja mellan familjemedlemmar och gamla skolkamrater eller andra bekanta. Jag har emellertid mycket svårt att se att AD skulle godta att en arbetsgivare säger upp en anställd i syfte att anställa en gammal skolkamrat,⁶³⁴ vilket visar att det inte är det icke-personliga förhållandet som är avgörande.⁶³⁵

Vi skulle kunna fortsätta och konstruera exempel på att det formalistiska synsättet är felaktigt men jag ser intet skäl härtill.

När jag gör gällande att domstolen går felaktigt till väga när den först frågar sig om en uppsägning är föranledd av arbetsbrist eller personliga förhållanden menar jag naturligtvis inte att uppsägningsgrunden skulle sakna betydelse för frågan om saklig grund. Självklart är det så att det är den verkliga uppsägningsgrunden som sedan skall ligga till grund för bedömningen av om saklig grund föreligger. Det är emellertid inte detta domstolen gör. När den ställer sig frågan om uppsägningen skett av personliga skäl eller arbetsbrist, på det sätt som sker i bl a AD 1993:61 och 1994:122, görs detta utifrån ett rättsligt synsätt i vilket en uppsägning antingen sker av personliga skäl eller arbetsbrist och där utgångspunkten är att sådant som inte är personliga skäl också utgör saklig grund för uppsägning. Man behandlar således denna problematik som en för tillämpningen av 7 § LAS relevant rättsfråga och det är på denna punkt jag menar att domstolen gör fel. I övrigt är naturligtvis frågan om vad som utgör uppsägningsgrunden en bevisfråga som i högsta grad är relevant för bedömningen av om saklig grund föreligger. Ett förhållande som gör det hela problematiskt är att domstolens tekniska syn på frågan om saklig grund även genomsyrar praktikens tillämpning. Av AD 1994:122 och särskilt 1991:136 framgår tydligt att problemet försvåras av att arbetsgivaren i samband med uppsägningen är övertygad om att den juridiskt/tekniskt skall betraktas som en uppsägning p g a arbetsbrist. Det vore därför särskilt angeläget att det i något mål blev aktuellt att klargöra att arbetsgivarens skyldighet vad gäller kravet att uppge uppsägningsgrund inte inskränker sig till att i juri-

⁶³³ Om detta inte skulle kunna anses ge uttryck för rådande rättsuppfattning har vi å andra sidan åter en situation som inte utgör personliga förhållanden men som ändå inte är sakligt grundad; för min kritik spelar rättsläget därför ingen större roll. Det visar i båda fallen på att det formalistiska synsättet är felaktigt, om än av delvis olika skäl.

⁶³⁴ Jfr AD 1976:111.

⁶³⁵ Här måste man hitta en annan normativ utgångspunkt än företagsledningsrätten eftersom det inte handlar om någon verksamhetsrelaterad förändring. Vad domstolen skulle kunna sägas bygga på i sitt ställningstagande är snarast vad Christensen talar om som det konservativa elementet i äganderätten (Hemrätt 1994 s 356), något som också skulle kunna sägas vara en sorts utgångspunkt för familjemedlemsundantaget i 1 § LAS.

disk/teknisk mening ange personliga förhållanden eller arbetsbrist. När arbetsgivare enligt 9 § skall ange vad han grundar uppsägningen på avses inte någon juridisk/teknisk bestämning utan de verkliga förhållandena.

Varför olämpligt

Det finns en utbredd föreställning om att arbetsbrist (i regel) är saklig grund för uppsägning och att personliga förhållanden (i regel) inte är det. Kategoriseringen i termer av det ena eller andra är därför i sig ägnat att påverka vår inställning till en konkret uppsägningsgrunds saklighet. Det är just detta förhållande som utgör faran med ett formalistiskt synsätt. Det finns nämligen starka skäl att anta att den som anser klassificeringen i termer av arbetsbrist eller personliga förhållanden vara relevant vid tillämpningen av 7 § 1 st låter klassificeringen styras av sin uppfattning att en uppsägning är saklig eller inte.⁶³⁶ Om förhållandena är sådana att det redan på discoverystadiet framstår som en saklig uppsägningsgrund kommer detta i justifieringsprocessen att ge resultat i form av en klassificering i termer av arbetsbrist (icke-personliga förhållanden). Är resultatet av discoveryprocessen att man anser uppsägningen osaklig blir klassificeringen istället i termer av 'personliga förhållanden'. Till visst stöd för vad här hävdats kan framhållas att jag inte funnit något klassificeringsmål där domstolen funnit uppsägningsgrunden vara personliga förhållanden *och* sakligt grundad. Det finns heller inga klassificeringsmål där domstolen ogiltigförklarat en uppsägning sedan den funnit uppsägningsgrunden utgöra 'arbetsbrist'.

Det typiska för klassificeringstvisterna skulle ändå kunna sägas vara att de utmärks av att omständigheterna inte sänder några klara signaler vad gäller saklighetsfrågan. Det är också därför jag menar att det formalistiska synsättet har befunnits vara en användbar metod i dessa situationer. I dessa situationer är det andra förhållanden som påverkar klassificeringsfrågan. Det finns nämligen, vill jag påstå, empiriskt stöd⁶³⁷ för att man vid sidan av uppfattningen i saklighetsfrågan låter sig styras av uppfattningen om på vilket sätt turordningsregler kan tillämpas när man avgör hur en uppsägningsgrund skall klassificeras. Har man svårt att se dem tillämpas, styr det avgörandet mot klassificering i termer av personliga förhållanden. Rättsläget vid arbetsbristuppsägningar skulle där-

⁶³⁶ AD 1995:152 är ett bra exempel på hur föreställningarna påverkar parternas argumentation och hur principen från 1994:122 och framåt påverkat föreställningarna om relevanta argumentationssätt. Jfr även AD 1994:140, 1995:2 och 1995:149.

⁶³⁷ Främst AD 1994:122.

med kunna sägas ha påverkats av föreställningar om att allt som inte är personliga förhållanden utgör arbetsbrist både i betydelsen saklig grund för uppsägning och att turordningsreglerna skall tillämpas. Det bör då klargöras att man vid regleringens tillkomst överhuvudtaget inte synes ha haft annat än sedvanliga driftsinskränkningar för ögonen. Att utan närmare reflektioner överföra de uttalanden som med dessa fall för ögonen görs i motiven till omregleringssituationer, inte bara såvitt angår frågan om saklig grund utan också beträffande frågan om turordningsreglernas tillämpning, framstår som påtagligt oanalytiskt.

Det som vållar problem är att de flesta fall av ickepersonliga förhållanden som en arbetsgivare kan tänkas åberopa framstår som sakliga, medan motsatsen gäller då åberopade omständigheter är hänförliga till arbetstagarens personliga förhållanden. Om svaret på klassificeringsfrågan blir icke-personliga förhållanden och det inte uppenbarligen är ett ovidkommande skäl blir resultatet av den juridiskt/tekniska bestämningen också det som läggs till grund för avgörandet.⁶³⁸ Skälet till att saklig grund föreligger i flertalet av fallen är emellertid inte att det rör sig om icke-personliga förhållanden utan att det rör sig om verksamhetsrelaterade förhållanden som normativt kan hänföras till företagsledningsrådets område. Glömmer man denna normativa utgångspunkt för det schabloniserade synsättet kommer de ur klassificeringssynpunkt tveksamma fallen att rida på den legitimitet som består i att flertalet ställningstaganden till fall av verksamhetsrelaterade förhållanden i AD:s praxis ändå kan antas åtnjuta acceptans. Om det dessa accepterade fall har gemensamt presenteras som icke-personliga förhållanden kommer således andra icke-personliga förhållanden som inte normativt kan härledas på motsvarande sätt ändå att accepteras.

De problem som här diskuterats skulle inte aktualiseras om domstolen gjorde det lagen föreskriver; prövade om uppsägningen är sakligt grundad.

Avrundning

Vad här anförts innebär inte att jag menar att begreppsparet personliga förhållanden/arbetsbrist inte skall användas i saklig grund-sammanhang. Även om begreppsparet inte är en äkta dikotomi i och med att det finns förhållanden som inte passar in under någondera torde det i de flesta fall inte vara problematiskt att använda det. Man måste emellertid be-

⁶³⁸ Bästa exemplet är kanske arbetsgivares personliga förhållanden, särskilt anhörigfallet.

gränsa användningen till pedagogiska eller beskrivande funktioner och inte använda det så att det finns risk att det uppfattas normativt. Men frågan är om det finns någon väg tillbaka som inte innefattar terminologiska förändringar. Vi är så låsta i vårt tänkande av vad vi lägger in i de termer vi använder att jag är tveksam till om det är möjligt att åstadkomma en ändring utan att också samtidigt rensa ut vissa avarter i språket.⁶³⁹

När domstolen ställs inför en uppsägningsgrund där det uppenbarligen inte rör sig om personliga förhållanden men samtidigt ett klart ovidkommande skäl kommer den naturligtvis, i den mån arbetsgivar sidan skulle komma på tanken att argumentera härutifrån, att inse att synsättet inte är hållbart. Skälet till att det inte uppdagats är helt enkelt att man inte ser problematiken i ljuset av sådana situationer eftersom de så självklart faller utanför. Detta innebär emellertid inte att synsättet är ”ofarligt”. Mot bakgrund av domstolens i hög grad icke-kasuistiska domskrivningssätt finns det all anledning att anta att domstolens argumentation direkt eller via den arbetsrättsliga litteraturen kommer att påverka praktikens syn på problemställningen. Det är ju också så att det formalistiska synsättet vuxit fram genom en missuppfattning av vad som är det centrala i det schabloniserade synsättet. Och genom att synsättet i de allra flesta fall träffar rätt – flertalet fall av icke-personliga förhållanden kan normativt hänföras till företagsledningsrättens område – är risken också stor att den just på grund härav används i situationer där företagsledningsrätten inte kan motivera ställningstagandet. Det är således väsentligt att man inte glömmer den verkliga normativa utgångspunkten för det schabloniserade synsättet. Att sedan även denna kan ifrågasättas är - just nu - en annan sak, till vilken jag återkommer nedan.

Det finns anledning att avslutningsvis framhäva att min kritik mot det formalistiska synsättet inte innebär att jag också generellt kritiserar de resultat det som metod lett fram till.

⁶³⁹ Jfr kommentarer kring arbetsbristtermens olämplighet eller motsvarande hos Eklund Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelse 1983 s 134-35 och i JT 1993/94, Källström i Schmidt Löntagarrätt 1994 s 196-97, Lunning (bl a) Anställningsskydd 1989 s 252-53, Malmberg Anställningsavtalet 1997 s 346, Sigeman Arbetsrätten 1995 s 125 m fl.

4. Anställningsskydd och företagsledningsrätt

4.1 Inledning

I denna avdelning avser jag att något utveckla kritiken mot ett schabloniserat synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund. Kritiken är av olika slag och innebär att problemet angrips från olika utgångspunkter men då dess syfte är detsamma kommer vissa argument att återkomma i de olika delavsnitten.

I kapitel 4.2 sätter jag in saklig grund-regleringen i ett vidare anställningsskyddsrättsligt perspektiv i syfte att granska om de kringgärdande skyddsreglerna fungerar på sådant sätt att det legitimerar ett schabloniserat synsätt.

I kapitel 4.3 försöker jag analysera den s k företagsledningsrätten i syfte att klargöra de normativa föreställningarna bakom ett schabloniserat synsätt. Avsnittet har en ideologikritisk ansats i det att de föreställningar som här redovisas rymmer mycket av förklaringen till den rättstillämpning som präglar arbetsbristfallen.

I kapitel 4.4 granskas ett schabloniserat synsätt utifrån en diskussion om olika regleringsfunktioner och därmed sammanhängande skillnader i de normtyper som används och de argumentationsmodeller olika varianter förutsätter.

I det femte kapitlet (4.5), slutligen, granskas rättstillämpningen från vad som närmast kan betecknas empiriska utgångspunkter. Avsikten är att med hjälp av ett grovt schema påvisa heterogeniteten i de verksamhetsrelaterade uppsägningarna och vilka implikationer detta har för utrymmet för saklig grund-prövningar. Avsnittet har därför också ett konstruktivt anslag i det att det skulle kunna sägas tillhandahålla ett metodologiskt instrument för hur saklig grund-prövningar skulle kunna gå till.

4.2 Anställningsskyddets struktur och skyddsreglernas begränsning

4.2.1 Inledning

Det finns, det skall villigt erkännas, klart rättskällestäd för att prövningen av om saklig grund föreligger, vid förhållanden som i vid mening är hänförliga till verksamheten, icke skall vara allt för ingående. Det jag har i åtanke är de regler som skall förhindra en arbetsgivare att fritt välja vilka som skall sägas upp, spärren mot skenåtgärder i form av regler om företrädesrätt till återanställning och regler om förhandlingskyldighet mm som ålägger arbetsgivare att närmare redovisa de skäl som förorsakar en nedskärning av driften, en omorganisation etc. Det är som framgått ovan ofta med hänvisning till dessa regler man legitimerar eller förklarar ett schabloniserat synsätt.

I detta avsnitt är det min avsikt att påvisa att dessa skyddsregler i flera avseenden inte är utformade eller tillämpas på ett sådant sätt att de rättfärdigar att man i rättstillämpningen inte prövar verksamhetsrelaterade uppsägningars saklighet. Självklart menar jag inte att reglerna saknar skyddsfunktion i sammanhanget. Det är emellertid inte min uppgift att här framhålla styrkan utan svagheten i reglerna. Jag kommer därför endast att behandla skyddsreglerna utifrån min syn på dess brister, och vad här sägs skall relateras till min kritik mot ett schabloniserat synsätt.¹

I fortsättningen utvecklar jag vad jag avser med skyddsregler och placerar in dem i vad som kan kallas det svenska anställningsskyddets struktur. Därefter kommer jag under skilda rubriker in på de delar av eller moment i skyddsreglerna som enligt min uppfattning förstärker kritiken mot ett schabloniserat synsätt i det att de inte fyller den avsedda skyddsfunktionen.

4.2.2 Anställningsskyddets struktur

Den svenska modellen för anställningsskydd består av flera sammanvävda moment. Själva grundstommen utgörs av kravet på saklig grund för uppsägning i 7 § LAS. Denna regel äger, som bekant, emellertid

¹ Att jag inte tar upp en viss skyddsregel innebär inte att jag därmed anser den fylla sin funktion.

endast² tillämpning på tillsvidareanställningar. För att regeln inte skall vara en chimär har den därför i 4 § kompletterats med en huvudregel om att anställningar skall gälla tillsvidare och att tidsbegränsade anställningar endast får förekomma i vissa särskilt angivna fall, numera 5, 5a och 6 §§.³ Med denna starka koppling mellan huvudregeln om tillsvidareanställning och saklig grund-regeln är det uppenbart att ett utökad utrymme för tidsbegränsade anställningar från en kollektiv eller systematisk synpunkt innefattar ett försämrat anställningsskydd. Henning har i sin avhandling *Tidsbegränsad anställning från 1984* påvisat att frekvensen tidsbegränsade anställningar har ökat efter LAS tillkomst, vilket kan förklaras av att det inte finns anledning att i samma omfattning tidsbegränsa anställningar när det saknas begränsningar av rätten att säga upp en tillsvidareanställning. Henning har också med empirisk metod visat att den relativa omfattningen av de tidsbegränsade anställningarna är mycket stor.⁴ Antalet tidsbegränsade anställningar i relation till det totala antalet anställningar har också ökat under nittio-talet.⁵

Vid sidan av att det faktiska utnyttjandet av möjligheterna att tidsbegränsa anställningar ökat har arbetsdomstolen varit relativt generös vad gäller tolkningen av utrymmet för tidsbegränsade anställningar.⁶ Härtill kommer att det legala utrymmet för tidsbegränsade anställningar vidgats väsentligt sedan den ursprungliga anställningsskyddslagens tillkomst.

Enligt 5 § i 1974 års lag var det tillåtet med tidsbegränsade anställningar i följande situationer: "Avtal om att anställning skall avse viss tid, viss säsong eller visst arbete får träffas endast om det föranleds av arbetsuppgifternas särskilda beskaffenhet. Avtal om anställning för viss tid får dock träffas, om avtalet gäller praktikarbete eller vikariat." Genom 1982 års lag utökades utrymmet för

² Härvid bortses från de situationer där man med stöd av 4 § eller kollektivavtal avtalat om att anställningen skall gälla "tillsvidare dock längst t o m" eller motsvarande.

³ Reglerna om tidsbegränsade anställningar är semidispositiva. I arbetsmarknadens kollektivavtal förekommer både bestämmelser som utvidgar möjligheterna att tidsbegränsa jämfört med LAS och bestämmelser som inskränker arbetsgivarens rätt att ingå tidsbegränsade anställningsavtal.

⁴ Det finns också anledning att anta att den propaganda som bedrivits sedan 80-talets början i syfte att få till stånd förändringar av arbetsrätten i hög grad förstärkt detta eftersom en viktig faktor här varit att sprida föreställningen om att det är mycket svårt att bli av med en tillsvidareanställd.

⁵ Se exempelvis Dir 1995:30 Kommission om den svenska arbetsrätten s 3. Att som i motiven till 1997 års ändringar använda den tilltagande förekomsten av tidsbegränsade anställningar som argument för att utöka de rättsliga möjligheterna därtill framstår i ljuset av detta som något märkligt. (Prop 1996/97:16 s 20 och 24.)

⁶ Jfr Henning *Tidsbegränsad anställning 1984* och Källströms anmälan i SvJT 1986.

tidsbegränsade anställningar väsentligt. 5 § i nya anställningsskyddslagen hade sålunda följande lydelse.

”5 § Avtal om tidsbegränsad anställning får träffas i följande fall:

1. Avtal för viss tid, viss säsong eller visst arbete, om det föränleds av arbetets särskilda beskaffenhet.
2. Avtal för viss tid som avser vikariat, praktikarbete eller feriearbete.
3. Avtal för viss tid, dock sammanlagt högst sex månader under två år, om det föränleds av tillfällig arbetsanhopning.
4. Avtal som gäller för tiden till dess arbetstagaren skall börja värnplikts-tjänstgöring eller annan därmed jämförlig tjänstgöring, som skall pågå mer än tre månader.
5. Avtal för viss tid som avser anställning efter pensionering, om arbetstagaren har uppnått den ålder som medför skyldighet att avgå från anställningen med ålderspension eller, om någon sådan avgångsskyldighet inte finns, när arbetstagaren har fyllt 65 år.”

Beträffande den första punkten skedde en utökning av utrymmet genom att man bytte ut ”arbetsuppgifternas” mot ”arbetets”. Härigenom skapades utrymme för att permanenta tidsbegränsade anställningar för vissa yrkeskategorier.⁷ Vidare utökades möjligheterna att anställa personer p g a dess status; studenter kunde anställas under ferier (p 2), blivande värnpliktiga i avvaktan på inryckning (p 4)⁸ och pensionärer (p 5). Den stora nyheten vad gäller grunden för tidsbegränsningen var möjligheten att anställa vid arbetstoppar (p 3). Slutligen bör framhållas att man genom 1982 års lag också införde möjligheten till *provanställning* under en period om högst sex månader (6 §).

Drygt tio år senare var det åter dags för en uppluckring av anställningsskyddet genom utökat utrymme för tidsbegränsade anställningar. Några nya former var det inte fråga om men både beträffande anställning för arbetstoppar och provanställningar utökades tiden från sex till tolv månader.⁹ Dessa ändringar återställdes emellertid genom den ny tillträdde socialdemokratiska regeringens sk återställare hösten 1994.¹⁰ 1996 var det emellertid dags för en socialdemokratisk regering att för första gången föreslå och genomdriva förändringar av utrymmet för tidsbegränsade anställningar. I en nyskapad paragraf, 5 a, infördes en ytterligare anställningsform, ”överenskommen visstidsanställning”, som ger en arbetsgivare en i det närmaste total frihet att välja tidsbegränsad anställning under

⁷ Se prop 1981/82:71 s 121.

⁸ Rätt att tidsbegränsa inför förestående vpl-tjänstgöring fanns redan enligt 2 § i 1939 års lag om förbud mot arbetstagares avskedande med anledning av värnpliktstjänstgöring mm (SFS 1939:727). Genom ändringar i samband med LAS' tillkomst anpassades formuleringarna till den nya rättsliga huvudregeln om tillsvidareanställningar, SFS 1974:362.

⁹ SFS 1993:1496, 5 resp 6 §.

¹⁰ Se SFS 1994:1685.

sammanlagt högst tolv månader under en treårsperiod. (Om arbetsgivaren inte haft anställda tidigare, är den tillåtna tiden arton månader.) En begränsning föreligger dock i att en arbetsgivare inte samtidigt får ha mer än fem anställda på denna grund. Den väsentliga skillnaden mellan denna anställningsform och de tidigare förekommande är att ”överenskommen visstidsanställning” vare sig relateras till verksamhetens behov eller till den anställdes status. Det bör framhållas att det samtidigt infördes begränsningar i rätten att vikariatsanställa. Om en person arbetat ”som vikarie i sammanlagt mer än tre år under de senaste fem åren, övergår anställningen i en tillsvidareanställning” (5 § 3 st).¹¹

Mot bakgrund av den sålunda redovisade utvecklingen finns det anledning att påstå att den rättsliga kontext vari saklig grund-regeln ursprungligen infördes väsentligt förskjutits. Då emellertid begränsningen av utrymmet för tidsbegränsade anställningar dels är en skyddsregel som inte specifikt tar sikte på verksamhetsrelaterade uppsägningar, dels rör anställningsskyddet ur kollektiv synvinkel ser jag inget skäl att ytterligare utveckla dess brister i detta sammanhang. Men det förtjänar framhållas att det är en viktig del i helheten bland de brister anställningsskyddet inrymmer.

Anställningsskyddets struktur inrymmer vidare de regler som begränsar arbetsgivarens rätt att i en arbetsbristsituation fritt välja vilka som skall sägas upp och reglerna om företrädesrätt till återanställning.¹² Vidare kan man om man så önskar även hänföra reglerna om förhandlingsskyldighet i 11-15 §§ MBL¹³ till de regler som i vid mening begränsar den fria uppsägningsrätten. Förhandlingsskyldigheten kan sägas vara inriktad på lämpligheten av det företagsledningsbeslut som sedan på verkställighetsstadiet kringgärdas av reglerna om turordning. Inför uppsägningar av personliga skäl finns en motsvarighet till förhandlingsskyldigheten i regler om rätt för arbetstagar sidan att begära överläggningar före beslutet om uppsägning.¹⁴

Utgångspunkten för hela detta avsnitt är att friheten att med hänvisning till arbetsbrist, verksamhetsförändringar etc säga upp personal är mycket stor och att det i regel inte sker vare sig någon ingående bevisprövning av de skäl arbetsgivaren åberopar som grund eller någon reell avvägning mellan arbetsgivarens intresse av att fritt få driva sin verksamhet och arbetstagarnas socialt och ekonomiskt betingade intresse av

¹¹ Med det utökade utrymmet för att anställa på annan grund och möjligheterna att hyra in arbetskraft torde betydelsen av denna reglering ha minskat.

¹² 22 resp 25-27 §§ LAS.

¹³ Se 29 § LAS.

¹⁴ Se 30 § LAS.

att få behålla sina arbeten. För att en sådan tillämpning av saklig grundreglerna skall kunna vinna legitimitet krävs det att det istället finns andra normer som begränsar arbetsgivares frihet att helt enkelt beteckna en uppsägning arbetsbrist och därefter säga upp personal efter fritt skön.

Man kan välja att beskriva dessa normer kronologiskt, dvs efter den ordningen de aktualiseras i beslutsprocessen. Inför ett beslut som kan leda fram till uppsägningar ”på grund av arbetsbrist” är en arbetsgivare i regel skyldig att ta initiativ till förhandlingar i enlighet med reglerna i 11-15 §§ MBL. Vid dessa förhandlingar är arbetsgivaren skyldig att presentera skälen för sitt beslut och att gå in i en saklig diskussion med sin fackliga motpart härom. Härigenom är tanken ur medbestämmandesynpunkt att de anställdas representanter skall få vara delaktiga i arbetsgivarens beslutsprocess. Vad som är av betydelse ur skyddsregelsynpunkt är emellertid det faktum att arbetsgivaren noggsamt förväntas redovisa skälen för sitt beslut. Följs förhandlingarna av ett beslut som innefattar att anställda behöver sägas upp¹⁵ träder turordningsreglerna in i bilden.¹⁶ Genom indelningen i relativt omfattande turordningskretsar och anciennitetsprincipen begränsas arbetsgivarens rätt att själv få bestämma vilka som skall drabbas av uppsägningar med anledning av företagsledningsbeslutet. Som ytterligare ett skydd mot godtyckliga eller skenuppsägningar träder efter verkställda uppsägningar reglerna om företrädesrätt till återanställning in. Dessa regler innebär en begränsning i arbetsgivarens i övrigt relativt fria antagningsrätt och innebär att arbetsgivaren vid nyanställningar inom viss tid är skyldig att återanställa de på grund av arbetsbrist uppsagda. På detta stadium kan det också finnas anledning att framhålla de s k vetorätsreglerna,¹⁷ som i sammanhanget kan fungera som en spärr mot kringgåendeförsök och bestämmelsen i 32 § LAS om förhandlingsskyldighet vid anställningar när någon har företrädesrätt till återanställning.

¹⁵ Jag bortser i denna beskrivning från omplaceringsskyldigheten. Omplaceringsskyldigheten är naturligtvis också på sitt sätt en skyddsregel. Den är dock inte specifik för just arbetsbristuppsägningar och behandlas därför inte i detta sammanhang. En viktig skillnad mellan omplaceringsskyldigheten och reglerna om turordning och företrädesrätt är att det inte föreligger saklig grund om inte omplaceringsskyldigheten fullgjorts.

¹⁶ Som framhållits annorstädes utgår jag från att man i praktiken behandlar dessa frågor parallellt, vilket också snarast uppmuntras av de nya bestämmelserna i 15 §. På det rättsliga planet är de emellertid klart åtskilda.

¹⁷ 38-40 §§ MBL.

Man kan också beskriva reglerna utifrån vilka de vänder sig till. Det kan då finnas anledning att tala om individuella respektive kollektiva skyddsregler. Till de individuella hör då i första hand reglerna om turordning och återanställningsrätt.¹⁸ Till de kollektiva skyddsreglerna, varmed avses att de skyddar kollektivet och/eller ger arbetsgivare skyldigheter mot arbetstagarorganisation, hör reglerna om förhandlingskyldighet i 11, 38 §§ MBL och 32 § LAS.¹⁹

Ett rättssystematiskt sätt att beskriva skyddsreglerna är att ta utgångspunkt i den gamla²⁰ § 32 och betrakta arbetsrättsreglering som begränsningar däri. Utifrån ett sådant betraktelsesätt innebär turordningsreglerna en begränsning av uppsägningsrätten, företrädesrätten till återanställning en begränsning av antagningsrätten och de kollektiva skyddsreglerna en formell begränsning av arbets- och företagsledningsrätten (om den sistnämnda nu skall hänföras till § 32²¹).

Det jag här kallar skyddsregler ger uttryck för reglernas funktion i den anställningsskyddsrättsliga strukturen. Detta hindrar inte att de enskilda skyddsreglerna egentligen har ett annat syfte. Turordningsreglernas mest väsentliga funktion är knappast att skapa ett skydd mot godtyckliga uppsägningar. Reglerna, som beträffande skyddsfunktionen legalt har sin föregångare i 1971 års äldrelagstiftning syftar till att skydda främst den äldre arbetskraften från utslagning på arbetsmarknaden.²² Med hänsyn till reglernas utformning får de ändå den funktionen att de förhindrar arbetsgivaren att fritt styra verkställigheten av företagsledningsbesluten. Möjligen skulle man här kunna säga att reglerna om turordningskretsar begränsar arbetsgivarens rätt att skapa arbetsbristsituationer i syfte att bli av med anställda på icke hållbara personliga grunder medan de egentliga turordningsreglerna²³ begränsar möjligheterna att utnyttja en faktiskt uppkommen ”arbetsbristsituation” för att bli av med vissa arbetstagare.

¹⁸ Här skulle man också kunna nämna rätten att följa med vid företagsöverlåtelser och regeln i 9 § LAS om att arbetsgivaren på begäran är skyldig att uppge uppsägningsgrunden.

¹⁹ Man kan också hänföra informationsskyldigheten i 19 § till denna kategori.

²⁰ Men alltså arbetsrättsystematiskt fungerande utgångspunkt, jfr uppläggningsen i Glavå/Töllborg Arbetsrätt 1990.

²¹ Jag återkommer till denna fråga i avsnitt 4.3 nedan.

²² Formellt är dock reglerna formulerade så att de tar hänsyn till anställningstid och inte ålder. Förvisso faller åldern utslaget vid samma anställningstid och dessutom har vi den s k 45-årsregeln.

²³ D v s principen sist in först ut.

Som redan nämnts har också förhandlingsreglerna primärt en annan funktion än att skydda mot osakliga uppsägningar.

Behovet av de individuella skyddsreglerna sammanhänger bl a med att det i svensk rätt görs en skarp uppdelning mellan frågan om saklig grund för uppsägning och tillämpningen av turordningsreglerna.²⁴ Processuellt innefattar detta också möjligheten att angripa både uppsägningens saklighet och frågan om tillämpningen av turordningsreglerna. Saklig grund-frågans ”överordnade” position i sammanhanget visar sig i att möjligheten att ogiltigförklara en uppsägning saknas om det endast rör sig om ett turordningsbrott.²⁵

Den svenska ordningen är inte den enda rådande. I Norge saknar man, som redan framhållits,²⁶ turordningsregler av det slag vi har i Sverige. I stället utgör turordningsfrågorna, dvs egentligen vilka personer som kommer att drabbas av uppsägningar, en del av saklig grundbedömningen som sådan.

4.2.3 Skyddsreglerna och ett schabloniserat synsätt

I motiven framhålls skyddsreglernas betydelse på ett tydligt sätt.²⁷ I allmänmotiveringen uttalar departementschefen således följande vad avser reglerna om företrädesrätt till återanställning:²⁸

”Jag har redan tidigare uttalat att det i princip måste accepteras att arbetstagare sägs upp när det uppkommer arbetsbrist i ett företag. Det är emellertid angeläget att så långt möjligt förbättra situationen för de arbetstagare som på detta sätt har blivit friställda. Detsamma gäller dem som har anställts för viss tid,

²⁴ Huruvida denna strikta uppdelning även tillämpas på arbetsplatserna ställer jag mig tveksam till. Utan samlat empiriskt stöd är det mitt intryck att det företagsledningsbeslut som formellt utgör den sakliga grunden för uppsägningarna i sig låter sig påverkas av vilka personer som skall sägas upp. Turordningslistorna är en del av frågan om hur många som skall sägas upp eller hur ”arbetsbristen skall läggas ut”, som det brukar heta.

²⁵ 34 § LAS.

²⁶ Avsnitt 2.2.4 med hänvisning till Jakhelln Oversikt over arbeidsretten 1996 s 303.

²⁷ Se också LO:s remissvar på 1973 års utredning där de lyfter fram förhandlingsskyldighetens i kommande MBL betydelse för friheten att säga upp med hänvisning till arbetsbrist, prop 1973:129 s 337. Jfr också uttalandena i den sk återställarpropositionen ovan avsnitt 3.4.12.

²⁸ Jfr också motiven till äldrelagen där departementschefen framhåller bl a återställningsrättens betydelse ”som ett nödvändigt komplement till reglerna om uppsägningstid, utan vilket det skydd som dessa regler är avsedda att ge skulle kunna urholkas.” Samtidigt poängterades att dessa bestämmelser också ”har stor självständig betydelse för att öka anställningstryggheten för de äldre arbetstagarna”. Prop 1971:107 s 104.

viss säsong eller visst arbete och som på grund av arbetsbrist inte får fortsatt anställning när den överenskomna tiden har gått till ända eller arbetet har slutförts. Jag anser därför, liksom utredningen, att man för de angivna grupperna av arbetstagare bör införa en rätt till återanställning för det fall att nya arbetstillfällen yppas hos den tidigare arbetsgivaren. En sådan återanställningsrätt medför också att det inte kommer att löna sig för mindre nogräknade arbetsgivare att försöka kringgå uppsägningsskyddet genom att vidta förmenta driftsinskränkningar och därefter nyanställa andra arbetstagare.”²⁹

Mot bakgrund av arbetets huvudinriktning är det kanske t o m av än större betydelse att belysa hur arbetsdomstolen ser på förhållandet mellan kraven på arbetsbristuppsägningar och regler om turordning, företrädesrätt etc. Vi bör då samtidigt ha i åtanke att domstolens återopande av skyddsreglerna fungerar som en justifiering av ett schabloniserat synsätt. I AD 1984:26 ger domstolen på ett övergripande sätt uttryck för förhållandet mellan det begränsade utrymmet för saklig grundprövningar och det jag här kallar skyddsregler.³⁰

”Av förarbetena till anställningsskyddslagstiftningen (prop 1973:129 s 123) framgår att det ytterst är arbetsgivarens bedömning av behovet av att genomföra en driftsinskränkning och dennas återverkningar på arbetsstyrkan som skall vara avgörande för huruvida arbetsbrist skall anses föreligga. Detta innebär bl a att domstolen inte kan gå närmare in på frågor om det berättigade från företagsekonomisk synpunkt i att överhuvudtaget genomföra en driftsförändring eller att genomföra den på det sätt som arbetsgivaren har kommit fram till (jfr AD 1980:133). Lagstiftaren har nämligen ansett att det inte kan vara ändamålsenligt att en domstol skall göra företagsekonomiska bedömningar. Detta innebär nu inte att de anställdas intresse av trygghet i anställningen inte alls blir beaktade. Arbetsdomstolen vill i den delen peka på den rätt arbetstagarnas organisationer har enligt medbestämmandelagen att få information och att påverka arbetsgivaren vid primärförhandlingar. Blir uppsägningar nödvändiga skyddas de uppsagda genom regler om uppsägningstid, om turordning och om rätt till återanställning.”

I AD 1995:108 framhålls, i anslutning till frågan om tilltåligheten av ett kollektivavtal som helt avtalade bort företrädesrätten,³¹ tydligt just före-

²⁹ Prop 1973:129 s 163. Min kursivering. Se också SOU 1973:7 s 148. I ett av de senaste lagstiftningsärendena uttrycks sambandet sålunda: ”Vid uppsägning på grund av arbetsbrist görs som huvudregel inte någon överprövning av de företagsekonomiska bedömningar som legat bakom arbetsgivarens beslut. Kärnan i anställningsskyddet vid arbetsbrist ligger i stället i att arbetsgivaren i dessa situationer inte fritt får välja vilka arbetstagare som skall sägas upp.” SOU 1998:115 s 91.

³⁰ Jfr också bl a AD 1990:67.

³¹ Målet berörs nedan avsnitt 4.2.4.6.

trädesrättsreglernas koppling till den liberala synen på arbetsbristuppsägningar:

”Hänsyn måste dock alltid tas till att anställningsskyddslagens regler om företrädesrätt till återanställning är ett betydelsefullt inslag i det socialt motiverade skyddssystem som byggs upp genom lagen och som i sina väsentliga delar är absolut tvingande. *Företrädesrätten till återanställning skall sålunda ses som ett viktigt komplement till reglerna om uppsägning på grund av arbetsbrist. Det brukar sägas att de senare reglerna visserligen ger ett betydande spelrum för arbetsgivaren men att den fördel som ligger i detta balanseras av reglerna om företrädesrätt till återanställning.* De företagsekonomiska skäl som kan föreligga för en uppsägning på grund av arbetsbrist kan visserligen i princip inte underkastas rättslig prövning men å andra sidan är arbetsgivaren skyldig att erbjuda den uppsagda arbetstagaren företrädesrätt till återanställning om det uppstår behov av att anställa personal under den ettårstid under vilken företrädesrätten kan göras gällande.”³²

När det gäller turordningsreglerna vid uppsägning på grund av arbetsbrist är förhållandet mellan dessa och ett schabloniserat synsätt uppenbart.

Turordningsreglerna har emellertid en djupare förankring än så. De har snarast karaktär av grundläggande rättvisenorm.³³ Detta bekräftas också av det sätt varpå frågan tas upp av departementschefen i motiven till 1974 års lag.

”När en arbetsbristsituation uppkommer och arbetsstyrkan till följd därav måste minskas är det för de berörda arbetstagarna av största betydelse efter vilken princip minskningen skall ske... I själva verket torde de regler som avgör vilka av arbetstagarna som får gå kvar i arbetet i allmänhet på arbetstagarhåll upplevas som de för anställningstryggheten mest väsentliga. Att lagen måste innehålla regler om turordning vid uppsägning och permittering är därför enligt min mening självklart. Dessa regler måste, i enlighet med utredningens på den punkten av remissinstanserna allmänt godtagna förslag, konstrueras som bindande rättsregler vilka ger de enskilda arbetstagarna rättigheter som i sista hand kan hävdas vid domstol.”³⁴

³² Min kursivering.

³³ Trots att principen är ung på rättslig nivå - först i samband med LAS blev den generell - är den så förankrad att folk genuint tycks uppfatta det som orättvist när avvikelser sker därifrån. Jfr äldre praxis (se bl a avsnitt 2.5.5) där avsteg från turordning tillmättes vikt vid bedömningen av om objektiva godtagbara skäl ansågs föreligga, trots att turordningsregler saknades. Jfr också Eklund Turordning i koncerner 1993 s 48-9.

³⁴ Prop 1973:129 s 155.

Det kan anmärkas att man i motiven till 1994 års ändringar av turordningsreglerna använde det faktum att principen först in sist ut av de anställda uppfattades som en rättvisenorm, som ett argument för att dispositiviteten inte gav de fackliga företrädarna tillräckligt förhandlingsutrymme eftersom pressen på dem från medlemmarna att inte avtala bort dem var för stor.³⁵

Vad gäller den närmare utformningen av turordningsreglerna tog departementschefen i de ursprungliga motiven avstånd från den av SAF förordade lösningen, som motsvarade huvudavtalets bestämmelser om att arbetstagarnas lämplighet och duglighet i första hand skulle vara avgörande, med hänvisning till att

”bestämmelserna tillgodoser kortsiktiga företagsekonomiska intressen men beaktar däremot inte tillräckligt sociala synpunkter och arbetstagarnas behov av trygghet i anställningen. Effekterna av reglerna blir ofta att den arbetskraft som har det största behovet av trygghet för den bestående anställningen, t ex. äldre arbetskraft eller arbetstagare med mindre god yrkesutbildning, löper de största riskerna att slås ut. Det är enligt min mening ofrånkomligt att man i en lag om anställningsskydd för in turordningsregler som först och främst tillgodoser trygghetsbehovet för den arbetskraft som har svårast att klara sig på arbetsmarknaden.”³⁶

Regler om turordning och företrädesrätt är som framgått av historikavsnittet inte någon ny företeelse. I kollektivavtal har det förekommit sådana regler sedan seklets början. Emedan de utgjorde en begränsning av antagnings- och uppsägningsrätten förekom de dock endast utanför SAF/LO-området och den faktiska omfattningen av dem är svår att uttala sig om. Vad som emellertid är av särskilt intresse just i detta sammanhang är att det förhållandet att det i kollektivavtal fanns regler om turordning och/eller företrädesrätt till återanställning i rättstillämpningen framtvingade krav på objektivt godtagbara skäl för uppsägning även i situationer där sådana bestämmelser saknades i kollektivavtalen.³⁷ Skälet var att arbetsgivaren annars enkelt kunde kringgå bestämmelserna. Som framhållits ovan hade vi således under trettioalet en situation där arbetsgivare försökte kringgå turordningsreglerna genom att beteckna arbetsbristuppsägningar såsom grundade på personliga förhållanden medan vi idag har den rakt motsatta situationen; kallar man det

³⁵ Se prop 1993/94:67 s 44-45 och SOU 1993:32 s 476. Jfr också hänvisningarna nedan i avsnitt 4.2.4.6.

³⁶ Prop 1973:129 s 155.

³⁷ Se ovan avsnitt 2.4.3.

arbetsbrist ställs inga krav och det är följaktligen mycket lättare att bli av med anställda.

Det är intressant att notera att regler om turordning och företrädesrätt också förekom i Saltsjöbadsavtalet efter apriluppgörelsen 1964,³⁸ men kravet på saklig grund gällde emellertid endast personligt relaterade uppsägningar.³⁹

Man kan således tänka sig ett system där det finns ett generellt krav på saklig grund och skyddsregler av nuvarande svensk modell. Vidare en modell av det slag som gällde under senare delen av saltsjöbadsavtalets tid och den modell med enbart turordningsregler som fanns i äldre kollektivavtal men som framtvingade generella krav på objektivt godtagbara skäl. Slutligen den norska varianten där anciennitetsaspekten är en del av saklig grund-prövningen.

Turordningsreglerna har ständigt varit föremål för kritik och krav på förändringar från arbetsgivarhåll.⁴⁰ Genom 1994 års ändringar vann man gehör när den borgerliga majoriteten under kraftigt motstånd från såväl politiskt som fackligt håll drev igenom en regel som innebar att en arbetsgivare vid en driftsinskränkning själv fick välja ut två personer som skulle undantas från turordningen.⁴¹ Jag ser inget skäl att här närmare utveckla de argument som framfördes i debatten. Men sett i den kontext som här är aktuell är det alldeles uppenbart att det är ohållbart att ha ett system där domstol inte prövar verksamhetsrelaterade uppsägningars saklighet samtidigt som arbetsgivaren själv i praktiken kan bestämma vilka som skall sägas upp i sådana situationer. När den nyttillträdde socialdemokratiska regeringen hösten 1995 motiverade sin s k återställare var det också, som framgått ovan,⁴² det schabloniserade synsättet på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund som användes som argument för att påvisa ohållbarheten i 1994 års undantagsregel.

4.2.4 Skyddsreglernas begränsning

4.2.4.1 Turordningskretsarna

Turordningskretsarnas utformning och omfattning är av central betydelse för anställningsskyddet och för turordningsreglernas skyddsfunk-

³⁸ Om än med annat innehåll.

³⁹ Se ovan avsnitt 2.2.6.

⁴⁰ Se här översiktligt i prop 1993/94:67 och SOU 1993:32.

⁴¹ Se här prop 1993/94:67 s 41-48.

⁴² Se avsnitt 3.4.12.

tion vid arbetsbristuppsägningar.⁴³ Enligt 22 § LAS utgörs turordningskretsen av driftsenheten. Arbetsgivarbegreppet är således inskränkt till att i dessa fall avse den berörda arbetsplatsen.⁴⁴ Skulle arbetsgivaren ha flera driftsenheter på samma ort kan de fackliga organisationerna begära att det skall upprättas en gemensam turordningslista för samtliga enheter på samma ort.⁴⁵ Är arbetsgivaren bunden av kollektivavtal utgörs därvid turordningskretsen av respektive berört kollektivavtalsområde.⁴⁶ Turordningskretsarna vid återanställning är enligt 25 § desamma som de som gäller vid uppsägning.⁴⁷

Den kritik turordningsreglerna utsatts för har inte enbart rört ancientsprincipen. I hög grad har kritiken också rört turordningskretsarnas utformning.⁴⁸ Att en inskränkning av turordningskretsarnas omfattning får direkt betydelse för turordningsreglerna som skyddsregler behöver knappast utvecklas⁴⁹ och nedan skall jag därför inte uppehålla mig vid vilka argument som närmare framförts i detta ämne utan vid några brister som redan idag finns i utformningen av och kanske främst vid tillämpningen av turordningsreglerna.

Eftersom arbetsgivaren enligt rådande uppfattning själv bestämmer hur "arbetsbristen skall läggas ut"⁵⁰ har turordningskretsarna från skyddssynpunkt sin främsta betydelse i det att de förhindrar att arbetsgivaren styr ett i och för sig motiverat driftsinskränkingsbeslut (eller motsvarande) till att avse vissa anställda eller att han skapar en arbets-

⁴³ Se departementschefens argumentation kring turordningsreglernas utformning i prop 1973:129 s 156 ff.

⁴⁴ Om arbetsgivarbegreppet se bl a Flodgren Något om arbetsgivarbegreppet 1982.

⁴⁵ Beträffande ortsbegreppet, se AD 1984:4, 1984:59 och 1993:99. I AD 1993:99 kom domstolen fram till att olika kommuner inte kan anses vara samma ort vid tillämpningen av turordningsreglerna. Jag återkommer härtill strax här nedan.

⁴⁶ Skillnaderna mellan de båda typfallen skall inte överdrivas. Reglerna om tillräckliga kvalifikationer sätter ändå en praktisk gräns för arbetsgivarens skyldighet att omplacera till andra arbeten. Jfr Lunning Anställningsskydd 1989 s 365.

⁴⁷ I propositionens ursprungliga lagförslag var kretsen vidare vid återanställning. Förslaget utsattes emellertid för kritik och under riksdagsbehandlingen kom det att ändras, se InU 1973:36 s 36ff.

⁴⁸ Se bl a Ds A 1981:6 s 84 ff.

⁴⁹ Jfr här bl a Ds A 1981:6 s 84-86. Mot att tillgodose önskemål från arbetsgivarhåll om ökad möjlighet att ta hänsyn till individuell duglighet och insnävningar av turordningskretsarna till att avse arbetstagare med i huvudsak jämförbara arbetsuppgifter framfördes att detta skulle innebära "allvarliga risker för en försämring av anställningsskyddet i strid mot direktiven till kommittén". Se också departementschefens argument för att inte tillgodose önskemålen i prop 1981/82:71 s 59 f.

⁵⁰ Lunnings beskrivning av domstolens ställningstagande i AD 1983:94. Se ovan avsnitt 3.4.8.

bristsituation för vissa anställda av ovidkommande skäl. Ju större turordningskretsarna är desto mindre blir utrymmet för sådana manipulationer.

Ett exempel på turordningskretsarnas brister som anförts i debatten under senare år är effekten av att anställda i allt större omfattning bedriver sitt arbete med utgångspunkt i den egna bostaden.⁵¹ Utvecklingen har möjliggjort att anställda med tele- och datateknikens hjälp kan fungera även i relation till medarbetare utan att behöva vara närvarande på arbetsplatsen. Det finns många aspekter på denna utveckling där de arbetsrättsliga kanske inte är av störst betydelse. Håller vi oss emellertid till den fråga som här behandlas är det tydligt att en sådan sak som turordningskretsen kan komma att påverkas av att de anställda utför arbetet i bostaden.⁵² Motsvarande problematik gäller för arbetstagare som arbetar som platsrepresentanter eller andra situationer där företag använder sig av enmanskontor.⁵³ Genom att i en i och för sig äkta arbetsbristsituation styra nedskärningar till sådana enmansenheter kan arbetsgivaren i praktiken säga upp vem han vill. Är det också så att nedskärningar är nödvungna måste det, särskilt när det är fråga om anställda på skilda orter med enmanskontor, vara oerhört svårt för domstolen att underkänna en sådan uppsägning eftersom den då uppfattar det som att den i praktiken kräver att arbetsgivaren skall fatta ett annat beslut.⁵⁴

Turordningskretsarnas brister i detta sammanhang skulle kunna sägas bestå i att de endast beaktar fysiskt/geografiska och fackliga förhållanden, däremot inte vad som kallats ”organisatoriska” eller funktionella samband.⁵⁵ De problem som här antytts bekräftas också av arbetsdomstolens praxis. Domstolen har dragit sig för ett ”organisatoriskt” betraktelsesätt på turordningskretsarnas utformning.

I AD 1988:32 gjorde arbetstagsidan gällande att ett enmanskontor, inrättat i arbetstagarens bostad i Jönköping, skulle anses utgöra samma driftsenhet som företagets Göteborgskontor, bl a med hänvisning till att Jönköpingskontoret inte var fast inrättat av bolaget utan av arbetstagaren själv och att administrati-

⁵¹ Regeringen beslutade försommaren 1997 att en utredning i syfte att utreda distansarbete skulle tillsättas, se Dir 1997:83 Regleringen av distansarbete. Utredningens betänkande lades fram i september 1998, se SOU 1998:115 Distansarbete.

⁵² Jfr SOU 1998:115 avsnitt 4.2 och AD 1988:100.

⁵³ Jfr AD 1988:32 och 1989:39.

⁵⁴ Se AD 1988:32, där jag menar att domstolens obenägenhet att bifalla förstahandsgrunden bottnade i en osäkerheten om effekten härav på företagsledningsbeslutet.

⁵⁵ 1993 års arbetsrättsutredning hade här ett mer organisatoriskt inriktat förslag om ”arbetsenheter”, se SOU 1993:32 bl a s 492 ff. Se också SOU 1998:115 s 90 ff.

va funktioner sköttes av Göteborgskontoret, som således var organisatoriskt överordnat. Domstolen underkände detta resonemang och framhöll att begreppet driftsenhet enligt förarbetena är ett ”begrepp av närmast geografisk karaktär och inte ett begrepp som hänför sig till en teoretisk struktur”. Enmanskontoret utgjorde således en egen driftsenhet. Domstolen kom till samma resultat i *AD 1988:100*, där en tidnings lokalredaktion ansågs utgöra en självständig enhet.⁵⁶ Domstolen gjorde i målet principiella ställningstaganden där bland annat orts- och driftsenhetsbegreppen knyts samman:

”Det är i och för sig tydligt att man inte kan finna tillräcklig ledning för bedömningen av alla olika tänkbara tillämpningsfrågor i de inledningsvis gjorda konstaterandena om innebörden av begreppet driftsenhet enligt förarbetena till 1974 års lag. Man kan t ex fråga sig hur man skall bedöma fall i vilka arbetstagarna inte har någon fast arbetsplats, som fallet kan vara t ex med resemonter och handelsresande, eller när arbetet är organiserat som s k distansarbete. Likväl finns det enligt arbetsdomstolens mening inte utrymme för att gå så långt i riktning mot vad som skulle kunna kallas ett organisatoriskt synsätt som SJF vill göra med sikte på sitt eget verksamhetsområde. Om man på det sättet låter sådana omständigheter som graden av central ledning av arbetet, integrationen av olika led i en produktionsprocess och uppläggnings av personaladministrationen bli avgörande, har man enligt domstolens uppfattning avlägsnat sig från det driftsenhetsbegrepp som åsyftades av lagstiftaren och försatt sig i en situation där man i realiteten inte längre har några fasta kriterier för bestämmande av begreppets innebörd.

Arbetsdomstolen finner sig inte ha underlag för att i detta mål mer allsidigt gå in på de olika tillämpningsfrågor som kan tänkas uppkomma i detta sammanhang. Enligt domstolens mening kan man dock, med ledning av vad som har sagts om begreppet driftsenhet i förarbetena och med sikte på tvisten i detta mål, ange som en princip att det inte bör anses vara fråga om en och samma driftsenhet om arbete utförs åt en arbetsgivare på skilda orter under sådana förhållanden, att man med ett naturligt betraktelsesätt kan säga sig att arbetsgivarens verksamhet är förlagd till de olika orterna och att de enskilda arbetstagarna helt eller åtminstone till väsentlig del har sin arbetsplats förlagd till någon av orterna.”⁵⁷

I *AD 1996:56* gjorde arbetstagar sidan gällande att Hyresgästföreningens regionhuvudkontor i Helsingborg och dess expeditioner på skilda orter skulle utgöra en gemensam driftsenhet vid tillämpningen av återanställningsreglerna i 25 §

⁵⁶ Jfr *AD 1989:39*, där frågan emellertid inte var tvistig.

⁵⁷ Det bör kanske framhållas att domstolen poängterade att det i motiven fästes stor vikt vid att utforma kretsarna så att de framstod som rättvisa och att domstolen själv menade att det kunde ifrågasättas om de ställningstaganden till driftsenhetsbegreppet ”som här har antagits inte alltid kan anses tillgodose denna synpunkt”. Härvid pekades dock på dispositiviteten som en lösning.

LAS. Med hänvisning till de ovan refererade målen underkände domstolen denna ståndpunkt varvid den framhöll att "(s)kilda orter utgör därför en indikation på att det rör sig om olika driftsenheter".

Mot bakgrund av lagtextens formulering och motivens innehåll finns det intet skäl att kritisera domstolens ställningstagande på denna punkt. Ändå menar jag att domstolen ägnar sig åt formaljuridik. En mer ändamålsinriktad bedömning där turordningskretsarnas utformning sattes in i en vidare anställningsskyddsrettslig kontext där också dess karaktär av skyddsregler, i det avseende som är detta avsnitts tema, beaktades skulle ge ett annat resultat.

Ett problem med ett ickeorganisatoriskt turordningskretsbegrepp är, som framgår av AD 1988:100,⁵⁸ också att tvist mycket väl kan uppstå om var en arbetstagare egentligen är placerad och då blir argumentationsutrymmet stort.

Det bör också framhållas att fokuseringen på ortsbegreppet förvisso har stöd i reglernas utformning. I AD 1993:99 kom domstolen fram till att olika kommuner inte kan anses vara samma ort vid tillämpningen av regeln om kollektivavtalsbärande arbetstagarorganisations rätt att begära gemensam turordningslista för olika driftsenheter på samma ort. Om man när arbetstagare utför arbete i den egna bostaden skulle betrakta hemmet som en driftsenhet skulle det få märkliga konsekvenser. Det skulle nämligen innebära att en anställd som utför arbete i sin bostad vid ett företag med fast driftsställe i centrala Stockholm skulle behandlas olika om hon bodde i Solna eller i Bromma. Det finns därför skäl att göra åtskillnad mellan reella produktionsenheter och förhållanden där anställda utför arbete i hemmet,⁵⁹ även om en sådan gräns naturligtvis inte en gång för alla kan preciseras.

Kollektivavtalsområden

Indelningen i kollektivavtalsområden kan också leda till märkliga konsekvenser. I AD 1989:47 tillämpar domstolen kollektivavtalsregeln trots att endast ett kollektivavtal gällde på arbetsplatsen i fråga. I det aktuella fallet var det så att kollektivavtalet från sin tillämpning undantog personer i chefsställning. Grunden för uppsägningen i målet var att en restaurangchefsfunktion skulle dras in. Effekten i målet blev att den uppsagde restaurangchefen, med längst anställningstid och (sannolikt) tillräckliga kvalifikationer för merparten av befintliga arbeten inte ens kunde göra

⁵⁸ I vilket domstolen just utvecklade varför ett sådant inte kan gälla, se strax här ovan.

⁵⁹ Se Distansarbetsutredningens förslag till förtydligande av 22 § LAS, SOU 1998:115 s 90 ff.

gällande turordningsbrott; hans funktion var den som skulle försvinna och han utgjorde s a s sin egen turordningskrets.⁶⁰

När det gäller att räkna anställningstid saknar det betydelse inom vilket avtalsområde arbetstagaren varit anställd. En person som exempelvis gått över från arbetar- till tjänstemannaområdet får således tillgodoräkna sig anställningstiden som arbetare vid en eventuell arbetsbristsituation på tjänstemannasidan. En arbetsgivare får i en sådan situation finna sig i att en oerfaren tjänsteman med lång sammanlagd anställningstid går före en erfaren tjänsteman med kortare sammanlagd anställningstid. Detta är inte en effekt lagstiftaren förbisåg, det var ett medvetet ställningstagande.⁶¹ Men indelningen i kollektivavtalsområden får s a s motsatt effekt i det omvända fallet. Om en person byter avtalsområde och hamnar i botten på turordningslistan inom detta vid en nedskärning kan vederbörande inte göra anspråk på att bli omplacerad till sitt tidigare avtalsområde även om han har tillräckliga kvalifikationer och längst anställningstid.⁶² Det kan ifrågasättas om denna konsekvens av regleringen står i överensstämmelse med den rättvisesyn motiven anser turordningsreglerna bör vara baserade på.

Bolagisering och bolagskonstruktioner

Bolagisering är också en företeelse som har betydelse för det reella anställningsskyddets omfattning.⁶³ Sätter man driftsenheter på samma ort ”på bolag” har man därigenom också minskat turordningskretsarnas omfattning.⁶⁴ Bristen här består i den påtagliga (svenska) obenägenhe-

⁶⁰ För att sätta in målet i en vidare kontext bör det också framhållas att arbetstagaren i första hand gjort gällande att uppsägningen inte var sakligt grundad bl a under åberopande av att arbetsgivaren bara några veckor före uppsägningen av restaurangchefen nyanställt en hovmästare. Med en inriktning i argumentationen på arbetsgivarens bestämmanderätt och att ett påstående om att en under åberopande av arbetsbrist företagen uppsägning är osaklig nödvändigtvis innefattar ett påstående om att ovidkommande skäl förestavat uppsägningen kom domstolen ej ens att fästa vikt vid detta förhållande. En förklaring kan helt enkelt vara att domstolen hade svårt att överblicka konsekvenserna av en ogiltigförklaring.

⁶¹ Se prop 1973:129 s 159.

⁶² Se Lunning Anställningsskydd 1989 s 371.

⁶³ Jfr allmänt om fenomenet utifrån arbetsrättsliga utgångspunkter, Eklund Bolagisering – ett mode eller ett måste? 1992.

⁶⁴ Se den diskussion som fördes och de förslag som framlades angående ett koncernbegrepp vid tillämpningen av Ortsregeln i 22 § i samband med utredningen kring 1982 års anställningsskyddslag, DsA 1981:6 s 231 ff.

ten att öppna upp de formella rättsliga gränserna.⁶⁵ Utan att påstå att bolagiseringsinstrumentet primärt används i syfte att skapa arbetsrättsliga fördelar är det helt klart att det möjliggör kringgåenden av arbetstagar skyddande lagstiftning. Förvisso framhålls i motiven till 1982 års lag, om än med reservationen ”torde”, att det finns möjligheter att ingripa mot ”försök att genom juridiska ombildningar av företagen eller på andra sådana sätt kringgå lagen”,⁶⁶ men det finns anledning att ifrågasätta det reella utrymmet härför med hänsyn till att det just krävs kringgåendeförsök med de speciella krav domstolen därvid uppställer. I AD 1995:156 är domstolen påtagligt formalistisk när den avvisar företrädesrätt i ett helägt dotterbolag. Arbetstagar sidans argumentation om kringgåenden avvisades med följande utläggning:

”Det nu anförda innebär att de arbetstagare som SEF för talan för inte på anställningsskyddslagens regler kan grund några anspråk på företrädesrätt till återanställning hos Inelta som är en annan juridisk person än den, ABB Installation, från vilken de sagts upp. Därmed står Inelta inte i ett sådant förhållande till dessa arbetstagare att de över huvud taget kan grunda några anspråk gentemot Inelta på anställningsskyddslagens regler. Saken kan också uttryckas på det sättet att Inelta inte gentemot dessa arbetstagare har haft några skyldigheter som Inelta hade anledning att försöka undkomma genom ett sådant förfarande som av SEF betecknats som ett kringgående av anställningsskyddslagen...”

Att domstolen helt varit inställd på frågan om otillbörligt syfte förstärks när den avslutningsvis tillägger att

”utredningen i målet inte ger belägg för att de olika bolagen inom ABB-koncernen samverkat på det sätt som SEF påstått för att undvika att återanställa de berörda arbetstagarna. Utredningen ger alltså inte stöd för annat än att Inelta självständigt fattat beslutet om att på nytt starta verksamhet i Örnköldsvik och att Inelta anställde elektrikerna från Siemens därför att Inelta därigenom också kunde som kunder ta över de företag som dessa elektriker redan var sysselsatta hos. Arbetsgivarsidan har också framhållit att flertalet av de elektriker som SEF för talan för senare faktiskt har erhållit anställning hos ABB Installation och Inelta, dvs. inom ABB-koncernen.”

Rör det sig om helägda dotterbolag borde den intressanta frågan vara om bolagskonstruktionen påverkar de anställdas anställningsskydd och, om så visar sig vara fallet, det skulle sakna betydelse om det finns ett

⁶⁵ Jfr här Eklund Turordning i koncerner 1993, Bruun/Nielsen/Töllborg Corporate Labour Law 1993 och Töllborg Medinflytande och ansvarsgenombrott 1994. Jfr AD 1995:156.

⁶⁶ Prop 1981/82:71 s 62-63.

kringgåendesyfte eller inte bakom det aktuella handlandet eller bolagsbildningarna som sådana. *Anställningsskyddsregleringen har inte primärt till syfte att skapa förutsebarhet för arbetsgivare.*⁶⁷

Avslutning

Slutligen skall under denna rubrik nämnas att kombinationen av turordningskretsarnas utformning och att nyanställningsbegreppet vid tillämpningen av återanställningsreglerna inte omfattar omplaceringar mellan olika driftsenheter bidrar till att begränsa återanställningsrätten. Genom att någon bereds anställning på ledig befattning på en enhet där någon annan har företrädesrätt kan arbetsgivaren i praktiken förhindra att den företrädesberättigade kommer i åtnjutande av sin rätt.⁶⁸

4.2.4.2 Tillräckliga kvalifikationer

4.2.4.2.1 Utvecklingen har gjort turordningsreglerna arbetsgivarvänligare

När det på ett övergripande plan talas om turordningsregler är det vanligen turordningskretsarna och anciennitetsprincipen som ges störst uppmärksamhet. Enligt min uppfattning är det emellertid kanske kravet på tillräckliga kvalifikationer som är det viktigaste momentet i turordningsreglerna.

I debatten kring de föreslagna ändringarna av LAS kring 1992 års arbetsrättskommittés arbete framhölls ofta turordningsreglernas föga överensstämmelse med dagens verklighet. Det gjordes gällande att turordningsreglerna tillkommit under en tid när företagsstrukturen såg helt annorlunda ut, då ett stort antal arbetstagare i stort sett utförde samma typ av arbete och därför också i hög grad var utbytbara. I en tid då arbetsuppgifter och produktion är väsentligt mer komplicerade skulle reglerna ha spelat ut sin roll. Enligt min mening är det precis tvärt om. Och skälet är just reglerna om tillräckliga kvalifikationer. Anciennitetsprincipen vid enklare massarbeten innebär vid nedskärningar att arbetsgivaren får behålla den äldre, trötta arbetskraften medan de unga och raska får gå. Detta var i och för sig lagstiftarens syfte men ur arbetsgivarens synvinkel innefattar detta naturligtvis en belastning. Om man istället har en arbetsstyrka bestående av kvalificerade och specialiserade per-

⁶⁷ Jfr nedan avsnitt 4.4.

⁶⁸ Se här AD 1996:56. Jag återkommer till denna fråga nedan under 4.2.4.5.

soner är dessa inte på samma sätt utbytbara och även om turordningskretsarna alltjämt är desamma och anciennitetsprincipen gäller är det betydligt mindre sannolikt att en person med lång anställningstid vars uppgifter försvinner skulle kunna slå ut en i tjänsten yngre person med andra specifika yrkeskunskaper. Utvecklingen har således enligt min bestämda uppfattning successivt gjort turordningsreglerna allt mer arbetsgivarvänliga. Talar vi om reglerna ur skyddssynpunkt har detta också i praktiken inneburit utökade möjligheter för arbetsgivare att styra nedskärningsbesluten för att få de effekter på arbetsstyrkans personella sammansättning han önskar.⁶⁹ För en arbetstagare kan det vara helt avgörande hur en arbetsgivare väljer att lägga ut arbetsbristen. Har personalen olika funktioner och arbetsgivaren väljer att dra in den tjänst som innehas av någon som är minst kvalificerad och som inte förmår utföra de andras arbetsuppgifter blir det också denne som får gå, trots att denne kanske har längst anställningstid.

Det talas numera ständigt om hur utvecklingen leder till ett kontinuerligt behov av vidareutbildning även för personer med kvalificerad grundutbildning.⁷⁰ I praktiken kan därför en arbetsgivare, om vi ser det över ett visst tidsperspektiv, påverka vilka som är kvalificerade genom att exempelvis rikta utbildningsinsatser mot vissa arbetstagare eller genom att tillse att vissa inte erhåller erforderlig vidareutbildning.⁷¹ Jag åsyftar inte primärt avsiktliga åtgärder i syfte att göra sig av med någon; funktionen blir denna när arbetsgivaren satsar på vissa anställda. De anställningsskyddsrättsliga konsekvenserna måste då bli att arbetsgivaren ges ett internutbildningsansvar på individnivå som i vart fall måste tillåtas påverka bedömningen av om en arbetstagare är tillräckligt kvalificerad för fortsatt anställning i en omplaceringssituation.⁷²

⁶⁹ Jfr här de synpunkter som framfördes av vissa remissinstanser mot förslaget om att låta arbetsgivaren välja ut ett antal anställda som skulle undantas från turordningen och som innebar att det önskade resultatet kunde uppnås genom smärre justeringar av kravet på tillräckliga kvalifikationer, prop 1993/94:67 s 42.

⁷⁰ Det kanske t o m är mer adekvat att säga att det särskilt är för de högutbildade som detta är relevant.

⁷¹ Jfr AD 1988:32 med den facklige förtroendemannen som dock räddades genom en utvidgning av principen om facklig förtroendemans efterskydd i 4 § FML.

⁷² Jfr påståendena i AD 1996:42 och 1993:197. I sistnämnda mål framställdes saken i domskälen enligt följande: "I målet har den synpunkten framförts att det enda sättet för arbetstagarna att vidga sin kompetens som serviceingenjörer har varit att delta i bolagets internutbildning. Det är emellertid bolaget som haft det avgörande inflytandet över vilka kurser arbetstagarna kunnat genomgå och därmed över vilken kompetens de förvärvat rörande bolagets skilda produkter. Det kan göras gällande att bolaget borde ha förutsett den situation som uppstod och i tid berett arbetstagarna möjlighet att komplet-

Omplaceringsbegreppet mm

För att regeln om tillräckliga kvalifikationer överhuvud skall kunna aktualiseras krävs att en persons med längre anställningstid uppgifter tas bort och att en omplacering måste till för att den aktuella arbetstagaren skall få vara kvar. Antalet sådana tillfällen ökar i takt med att specialiseringen tilltar. Här blir således själva omplaceringsbegreppet centralt eftersom ett uttunnande av detta i praktiken skulle leda till att anciennitetsprincipen byts ut mot en regel som innebär att arbetsgivaren får behålla den mest kvalificerade av två personer som båda är kompetenta att utföra samma arbete. Det finns dock inga tecken på att domstolen skulle luckra upp detta krav. Tvärt om har domstolen försökt stävja detta. I AD 1993:104 fann domstolen att regeln om tillräckliga kvalifikationer inte var tillämplig eftersom det inte förelåg någon omplaceringssituation och att arbetsgivarens uppfattning därmed var att han önskade ha kvar den bästa av två aktuella arbetstagare. Domstolen poängterade med hänvisning till AD 1978:84 att

”turordningsreglerna inte tillåter en arbetsgivare att med avvikelse från lagens turordning välja den mest kvalificerade av två arbetstagare vid en uppsägning i en arbetsbristsituation”.

Vad nu sagts innebär dock att det finns anledning att vara mycket restriktiv i tillämpningen av reglerna om tillräckliga kvalifikationer och kanske särskilt vad gäller det omplaceringsbegrepp som i 22 § är förknippat därmed.⁷³ Vidare att det upprätthålls höga krav på arbetsgivaren vad gäller bevisningen när det görs gällande att en arbetstagare saknar tillräckliga kvalifikationer⁷⁴ och/eller erbjudits andra arbeten.⁷⁵

tera utbildningen i erforderlig utsträckning. I den uppkomna arbetsbristsituationen borde det därför ställas större krav på bolaget än vad som i allmänhet gäller att bereda berörda arbetstagare möjlighet till kompletterande utbildning.” Domstolen tillmätte inte synpunkten ”någon avgörande betydelse vid prövningen av kvalifikationsfrågan”. I 1996 års fall förefaller domstolen mer positiv till ståndpunkten men med hänsyn till förhållandena i målet tillmättes den ingen vikt vid bedömningen.

⁷³ Jag återkommer till att det här finns en skillnad mellan 22 och 25 § i det att omplaceringsbegreppet endast är relevant vid tillämpningen av 22 §.

⁷⁴ Se bl a AD 1991:66 där domstolen avvisade arbetsgivarsidans uppfattning om att arbetsgivarens bedömning kunde vara mer övergripande i större verksamheter, särskilt om de fackliga organisationerna inte konstruktivt medverkade till lösningar. Att arbetsgivaren har bevisbördan har domstolen uttalat i åtskilliga mål. I AD 1991:66 hänvisas till AD 1978:84, 1982:146, 1983:51 och 1984:144. Se också AD 1993:197 (där domstolen, liksom i AD 1991:66 och 1994:73, anger att det ”i princip” är arbetsgivaren som har bevisbördan), 1994:15, 1994:92, 1995:59, 1995:118, 1996:42 och 1996:140.

Omplaceringsbegreppet synes inte närmare klarlagt i motiven. Man kan dock urskilja två typfall. I det första rör det sig kanske inte om vad man vanligen kallar omplacering, däremot att den anställde får helt eller delvis nya arbetsuppgifter.⁷⁶ Men regeln är också tillämplig då det rör sig om identiska arbetsuppgifter om än på olika fysiska arbetsställen.⁷⁷ Det är kanske i det sistnämnda fallet det är problematiskt med tanke på att det då kan bli aktuellt att åberopa personliga förhållanden.

I AD 1994:4 hade en studieledig arbetstagare strax innan han skulle återinträda i tjänst sagts upp under åberopande av arbetsbrist och att han saknade tillräckliga kvalifikationer. Som ersättare för arbetstagaren under dennes tjänstledighet hade arbetsgivaren *tillsvidareanställt* en ersättare.⁷⁸ Sedan domstolen funnit att något brott mot studieledighetslagen inte förelåg uttalade den beträffande frågan huruvida kvalifikationsregeln överhuvud var tillämplig:

”Arbetet som NC-operatör fanns visserligen kvar men en viktig förändring hade skett genom införandet av CAD/CAM-systemet och arbetsuppgiften utfördes sedan en längre tid av annan arbetstagare. Enligt arbetsdomstolens mening föranleder dessa omständigheter att en situation får anses ha förelegat som är jämförbar med omplacering och att kvalifikationskravet således varit att tillämpa.”

Det kan således röra sig om en omplacering enbart på den grunden att arbetsuppgifterna förändrats under den anställdes frånvaro. Med hänsyn till utvecklingstakten inom många områden tycks detta innefatta att den som utnyttjar legala rättigheter till tjänstledighet under längre tid riskerar att i en arbetsbristsituation trots lång anställningstid förlora sitt arbete just på grund av frånvaron. Det bör anmärkas att arbetstagaren i

⁷⁵ Se även här AD 1991:66 där arbetsgivaren ansåg sig kunna utgå från att en arbetstagare skulle avvisa visst erbjudande men där domstolen framhöll att ”det kan emellertid inte anses visat att han verkligen har ställts inför valet mellan en lägre befattning och uppsägning. Inte heller kan det anses uteslutet att han framför arbetslöshet skulle för en längre eller kortare tid ha föredragit en lägre befattning..”

⁷⁶ Jfr här AD 1991:136 och 1994:4.

⁷⁷ Se AD 1995:59, där domstolen konstaterade att det var ostridigt att det rörde sig om en omplacering ”men att arbetsgivaren inte har förmått påvisa att det skulle föreligga några väsentliga skillnader mellan” arbetena. Detta föreföll innebära att frågan om tillräckliga kvalifikationer var avgjord. Domstolen kom emellertid senare in på vissa rent personliga förhållanden som arbetsgivaren anfört mot den aktuella arbetstagaren. Domstolen behandlade dem men ansåg dem sakna relevans i tvisten.

⁷⁸ Detta var enligt domstolen ”tydligtvis... en följdriktig åtgärd” av arbetsgivaren. Detta kan, som jag framhållit i anslutning till behandlingen av bl a AD 1987:34, ifrågasättas.

det aktuella målet ansågs ha kvalifikationer, varför talan bifölls. Domstolen framhöll dock att arbetstagaren "otvivelaktigt har särskilt goda förutsättningar med hänsyn till sin utbildningsbakgrund att tillägna sig de erforderliga kunskaperna".

I AD 1993:197 gjorde arbetstagarsidan i en turordningstvist i första hand gällande att det inte rörde sig om en omplaceringssituation och att reglerna om tillräckliga kvalifikationer därför inte var tillämpliga. Arbetsgivaren menade att det skulle betraktas som en omplaceringssituation eftersom det rörde sig om en omorganisation med "högre krav på kompetens både vad gällde omfattning och svårighet" beträffande samtliga kvarvarande befattningar. Domstolen gick på arbetsgivarens linje men de skäl som anfördes är av teknisk natur och relaterade till just de aktuella befattningarna varför några generella slutsatser knappast låter sig dras. Under alla förhållanden bör det framhållas att målet visar att en arbetsgivare som i samband med en nedskärning omorganiserar tjänstestrukturen relativt enkelt uppnår att det rör sig om en omplaceringssituation. Eftersom omplaceringsfrågan är helt avgörande för frågans om tillräckliga kvalifikationer relevans, finns det anledning att, på samma sätt som domstolens uppfattning om relevansen av en normativ tudelning i arbetsbrist och personliga förhållanden, anta att den sistnämnda påverkar resultatet. Det ligger i farans riktning att om man menar den anställde sakna kvalifikationer, justifieringen kommer att styras i riktning mot att det anses föreligga en omplaceringssituation, annars inte.⁷⁹

I litteraturen görs det gällande att en arbetsgivare inte är skyldig att flytta en person med längre anställningstid bara för att bereda plats för annan.⁸⁰ Motiven synes dock ha en annan uppfattning. I motiven till 1973 års lag uttalar sig departementschefen enligt följande:

"Om någon omplacering inte behöver ske, gäller således det på anställningstid (eller levnadsålder) grundade företrädet utan någon prövning av arbetstagarens kvalifikationer. Reglerna innebär vidare att det krävs av arbetsgivaren att han utnyttjar annan föreliggande möjlighet att fortsätta driften utan att omplacera den företrädesberättigade arbetstagaren, om sådan möjlighet står till buds. Därvid kan det självfallet komma i fråga att istället förflytta annan arbetstagare med

⁷⁹ Jfr dock AD 1994:4.

⁸⁰ Lunning Anställningsskydd 1989 s 367-8, som hänvisar till "en allmän uppfattning på arbetsmarknaden" och Bylund m fl Anställningsskyddslagen med kommentarer 1997 s 221-222.

de erforderliga kvalifikationerna, även om denne skulle kunna åberopa ännu längre anställningstid.”⁸¹

Med hänsyn till att den i litteraturen uttryckta uppfattningen påstås ge uttryck för arbetsmarknadsparternas uppfattning och därtill hävdas av vad som måste betecknas vara arbetstagarintressen finns det emellertid anledning att anta att uppfattningen får faktiskt genomslag om än den inte skulle klara en rättslig prövning.⁸²

4.2.4.2.2 Tillräckliga kvalifikationer och personliga förhållanden

Skillnaden mellan uppsägningar p g a personliga förhållanden respektive arbetsbrist brukar anges vara att de sistnämnda inte bottnar i arbetstagares person. Detta innebär emellertid inte att det är uteslutet att till och med helt öppet beakta personliga förhållanden i samband med uppsägningar p g a arbetsbrist.⁸³ Redan idag finns legala sådana möjligheter. Vad jag här har i åtanke är de delar av turordningsreglerna som talar om tillräckliga kvalifikationer.⁸⁴

På rättsföljdssidan föreligger en avgörande skillnad om en uppsägning anses bero på personliga förhållanden och inte anses sakligt grundad jämfört med om det rör sig om i och för sig turordningsrelevanta personliga förhållanden som emellertid inte anses innebära att den aktuella arbetstagaren saknar tillräckliga kvalifikationer. Av 34 § följer att det endast i förstnämnda fall kan bli fråga om ogiltigförklaring, med det särskilda ekonomiska skydd detta innefattar.⁸⁵ En felaktig tillämpning av kvalifikationsregeln i 22 § möjliggör således inte ogiltigförklaring. Först om man finner att det rör sig om ett planerat, ihop med det bakomliggande beslutet sammanhängande ”turordningsbrott” kan

⁸¹ Prop 1973:129 s 261.

⁸² Vilket antyds i AD 1997:98.

⁸³ Rent allmänt kan här hänvisas till AD 1977:215 där det diskuteras vad som får beaktas i turordningssammanhang. Se också AD 1994:1 där man belyser skillnaden mellan medvetna och omedvetna turordningsbrott. I målet hade en arbetsgivare bl a dragit in en viss befattning och sagt upp berörd person trots att han hade längre anställningstid än andra inom turordningskretsen. Trots att arbetsgivaren därvid sedermera ansågs ha brutit mot reglerna om turordning eftersom domstolen ansåg den berörde arbetstagaren ha tillräckliga kvalifikationer ansågs det inte utgöra ett fall av personliga förhållanden som kunde föranleda ogiltigförklaring.

⁸⁴ Redan i äldre praxis kunde personliga förhållanden utgöra skäl för att en anställd skulle mista sin företrädesrätt. Dock gällde inte något krav på saklig grund.

⁸⁵ Se 39 § LAS. En arbetstagare kan alltid ”köpas ut” varför skadestånd ändå är den yttersta sanktionen.

ogiltigförklaring komma ifråga.⁸⁶ Vidare kan ogiltigförklaring komma ifråga om det är så att en arbetsgivare utnyttjat en faktiskt uppkommen arbetsbristsituation och medvetet brutit mot turordningsreglerna i syfte att bli av med någon bestämd person.⁸⁷

Reglerna om tillräckliga kvalifikationer innehåller således ett personligt moment eftersom det är den enskilde individens förmåga att klara av det arbete som efter omplacering står till buds som är avgörande för om vederbörande får kvarstanna i anställning i en arbetsbristsituation där vederbörandes arbetsuppgifter försvunnit.

Själva poängen i de distinktioner som upprätthålls är att om arbetsgivaren valt att lyfta fram de aktuella personliga förhållandena redan på beslutsstadiet hade uppsägningarna tveklöst ansetts vara betingade av personliga skäl,⁸⁸ men det finns anledning att också poängtera att det är uppsägningsgrunden i förhållande till individen som är avgörande för frågan om vad som skall läggas till grund för saklig grund-prövningen.⁸⁹ Beaktar man andra förhållandena än sådana som naturligen hör till turordningsreglernas karaktär är risken stor att man inte upprätthåller denna princip. Redan vad som framhållits i föregående avsnitt om arbetsgivares möjligheter att styra arbetsbristen gör det emellertid särskilt problematiskt att personliga förhållanden tillåts påverka på turordningsstadiet.⁹⁰ Turordningsreglerna skapar här ytterligare ett instrument för otillbörligheter. Det är därför av avgörande betydelse för reglernas skyddskaraktär vilka typer av personliga förhållanden det är tillåtet att väga in vid kvalifikationsbedömningen enligt 22 §.

Det var tillskapandet av relativt vidsträckta turordningskretsar som föranledde behov av regler om tillräckliga kvalifikationer, vilket i propositionen utvecklades enligt följande.

”Om den grupp inom vilken gemensam turordning skall bestämmas blir så vidsträckt som nu förordats, måste ibland den situationen uppkomma att arbetstagare inom gruppen sköter ett arbete som andra arbetstagare inom samma grupp inte har förutsättningar att klara. 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 ar-

⁸⁶ Som jag framhållit i historikavsnittet gjordes inte denna distinktion i äldre kollektivavtalsreglering, se avsnitt 2.4.3.1 och 2.4.3.6.

⁸⁷ Se AD 1977:215.

⁸⁸ Jfr bl a AD 1993:104.

⁸⁹ Se AD 1977:215.

⁹⁰ I det avseendet menar jag att domstolens hantering av frågorna i bl a såväl AD 1994:1 som AD 1995:2 starkt kan ifrågasättas.

betet 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 kvalifikationer inte får ges en vidare innebörd än att arbetstagaren skall ha de allmänna kvalifikationer som normalt ställs på den som söker det arbete det är fråga om. En viss kortare inläringstid torde ofta få accepteras.”⁹¹

För att ytterligare belysa vad som kan ha avsetts med tillräckliga kvalifikationer bör följande uttalande av departementschefen framhållas:

”När det i övrigt gäller de turordningsregler som jag har förordat i detta avsnitt vill jag påpeka att de inte är avsedda att tillämpas vid annan uppsägning än sådan som sker på grund av arbetsbrist. Som utredningen har framhållit får emellertid reglerna den indirekta effekten att arbetsgivaren, om han menar att företrädesrätt inte skall komma i fråga eller om han vill frångå turordningen, måste visa att det rör sig om ett individuellt uppsägningsfall, för vilket det föreligger annan saklig grund än arbetsbrist.”⁹²

Om man mot den bakgrund som här skisserats skulle försöka formulera principer för att avgränsa olika förhållanden mot varandra vore det rimligt att endast sådana förhållanden som är relaterade till den personliga kompetensen eller lämpligheten för de arbetsuppgifter till vilka det kan bli fråga om omplacering tillmättes relevans. Förhållanden av personlig karaktär som kan riktas mot arbetstagaren redan i den befintliga befattningen skulle därmed inte få beaktas. Så har nu emellertid arbetsdomstolen under senare tid inte riktigt betraktat saken.⁹³ Det bör framhållas att domstolen i AD 1993:104 beskrev rättsfrågan på följande sätt:

”De omständigheter som arbetsgivarparterna anfört till stöd för ståndpunkten att bolaget i detta fall haft rätt att frångå den turordning som anställningsskyddslagen anger är delvis av sådan art som vanligtvis brukar anföras till stöd för uppsägning av skäl som hänför sig till arbetstagaren i fråga personligen. Det skulle därför kunna sättas i fråga huruvida bolagets agerande i själva verket haft sin grund i förhållanden som är att hänföra till (arbetstagaren) personligen (jfr AD 1991 nr 136).”⁹⁴

⁹¹ Prop 1973:129 s 158-59.

⁹² Prop 1973:129 s 161.

⁹³ I flera mål har domstolen framhållit att det endast är de allmänna kvalifikationerna för det aktuella arbetet som är av relevans. Ett företrädesrättsmål som brukar anföras i sammanhanget på g a att man där inte tillåter ett irrelevant argument, nämligen att den anställde inte fullgjort värnpliktstjänstgöring, är AD 1988:160.

⁹⁴ Sedan domstolen konstaterat att detta inte gjorts gällande fokuserades prövningen sedan på frågan om turordningsbrott. Se strax härövan under behandlingen av omplaceringsbegreppet.

Jag väljer att fokusera problematiken med utgångspunkt i ett mål och mot bakgrund av målets omedelbara relevans för hela arbetets huvudtema väljer jag att referera och analysera det ingående.⁹⁵

AD 1995:2 Fordonslärare J

I AD 1995:2 hade en fordonslärare sagts upp den 15 juli 1994 under återopande av arbetsbrist, närmare bestämt att hans tjänst kommit att sakna innehåll p g a en ändring av läroplanen och att han, trots mycket lång anställningstid, inte ansågs ha tillräckliga kvalifikationer för omplacering till andra arbetsuppgifter.

Inför läsåret 1992/93 hade J omplacerats till den tjänst som nu kom att sakna innehåll främst med hänsyn till samarbetsvårigheter med andra lärare men även relationsproblem med elever återopades. Förändringen innebar att J inte längre kom att arbeta i sitt gamla lärarkollektiv, att han framtogs ansvaret för en egen klass och fortsättningsvis kom att bedriva undervisning i andra lokaler, i huvudsak i ämnet arbetslivsorientering (AO) och i viss mån i praktisk fordonsel.

Tvist uppkom med anledning av både omplaceringen och uppsägningen.⁹⁶

Med anledning av omplaceringen gjorde arbetstagsidan gällande att denna stod i strid med kollektivavtalets regler om att en stadigvarande förflyttning av aktuellt slag krävde vägande skäl.

Kommunen menade i första hand att det rörde sig om en sedvanlig arbetsledningsåtgärd som inte omfattades av den aktuella kollektivavtalsbestämmelsen och i andra hand att man haft vägande skäl på de grunder som ovan angivits.

Domstolen kom i denna del av domen fram till att omplaceringen var en sådan stadigvarande förflyttning för vilket kollektivavtalet uppställde krav på vägande skäl. Man fann emellertid sådana föreligga redan på grund av de samarbetsvårigheter, som visats i hög utsträckning bero på J.

⁹⁵ Utöver AD 1995:2 har jag återfunnit motsvarande argumentation i ett mål avkunnat strax därefter, AD 1995:59. Någon hänvisning till AD 1995:2 görs inte vad gäller den inledande redogörelsen för begreppet tillräckliga kvalifikationer. I AD 1995:59 tillmätte domstolen påståendena ingen relevans i tvisten men man tog upp dem till prövning utan principiella ställningstaganden.

⁹⁶ Det mål som rörde omplaceringen var emellertid inte handlagt när uppsägningstvisten aktualiserades varför båda målen kom att behandlas vid en och samma huvudförhandling.

Beträffande uppsägningen yrkade arbetstagsarsidan i första hand ogiltigförklaring under åberopande av att det varit personliga skäl som föranlett uppsägningen och att kommunen inte fullgjort sin omplaceringskyldighet. I andra hand yrkades skadestånd för brott mot turordningsreglerna.

Till utveckling av sin talan i denna del anförde arbetstagsarsidan:

”Inför höstterminen 1992 var J omplacerad till de nyss beskrivna arbetsuppgifterna. Undervisningen, vars innehåll inte var klart, skulle först ske i en källarlocal i Y-skolan, vars lokaler ligger ca 600-700 m från X-skolan. Detta gick emellertid inte att genomföra, då lokalen utdömts av huvudskyddsombudet. J fick i stället bedriva undervisningen i andra lokaler i X-skolan. Den lokal han tilldelades var i dåligt skick och städades inte förrän långt in på hösten 1992. Stolar till lokalen kom först den 13 oktober 1992, vilket innebar att man fick hitta lösningar i andra lokaler fram till dess. Tryckluft installerades först våren 1993, det fanns inget vatten i lokalen och bullerproblemen var stora. Ventilationen sattes in först hösten 1993. Det fanns dessutom mycket lite materiel att arbeta med. J hade således en hopplös uppgift att göra ämnet praktisk fordonsintressant. Kommunen har sagt upp J på grund av arbetsbrist, trots att han har den längsta anställningstiden bland samtliga fordonslärare. Även bland övriga lärare på skolan måste det finnas ett stort antal som har kortare anställningstid än J. Kommunen har som stöd för sitt handlande gjort gällande dels att det inte funnits några andra lediga tjänster som J varit kvalificerad att omplaceras till, dels att J saknar tillräckliga kvalifikationer för att arbeta som lärare och att därför något turordningsbrott inte förekommit. Kommunen har i sistnämnda del åberopat dels tidigare påstådda samarbetsproblem med kolleger och relationsproblem med elever, dels vissa omständigheter som inträffade läsåret 1992/93. Lärarförbundet hävdar att det inte är arbetsbrist utan de till Js person relaterade förhållandena som är orsaken till uppsägningen av honom. Om uppsägningen inte skulle anses bero på Js personliga förhållanden, hävdar Lärarförbundet att uppsägningen i alla fall skall ogiltigförklaras eftersom kommunen haft möjlighet att omplacera J till andra lediga tjänster.”

Arbetstagsarsidan sammanfattade sedan sin ståndpunkt i uppsägningsfrågan enligt följande:

”Uppsägningen är grundad på personliga förhållanden och fingerad arbetsbrist. Alternativt strider den mot andemeningen i anställningsskyddslagen. Kommunen inrättade två år före uppsägningen en tjänst för J i syfte att bereda väg för en kommande uppsägning på grund av arbetsbrist. Kommunen har i de förhandlingar som förts inte ens försökt dölja att det är Js personliga sätt att vara som är orsaken till uppsägningen. Avsteget från turordningen skedde av andra skäl än som normalt åberopas i turordningssammanhang. Om det skulle röra sig om en uppsägning av personliga skäl, ligger ingen av de omständigheter som kommunen åberopat inom tiden för den s.k. tvåmånadersregeln.

Om arbetsdomstolen ändå skulle finna att det är fråga om en uppsägning på grund av arbetsbrist, gör förbundet gällande i första hand att omplaceringsskyldigheten enligt 7 § andra stycket lagen om anställningsskydd inte fullgjorts och i andra hand att kommunen brutit mot turordningsreglerna i 22 § samma lag. Någon grund för jämkning av yrkat skadestånd finns inte."

Kommunen förnekade att det skulle vara personliga förhållanden som föranlett uppsägningen och utvecklade sin ståndpunkt:

"Fr.o.m. läsåret 1994/95 gäller en ny läroplan för gymnasieskolan. Den nya läroplanen innebär att AO och skolpraktikverksamheten upphör som självständiga ämnen. Ämnena ryms i stället inom de program som skall genomföras för respektive utbildningslinje. Endast eleverna i årskurs 2 i gymnasieskolan har övergångsvis kvar AO som ett självständigt ämne under läsåret 1994/95.

Läroplansändringen innebär för J rent matematiskt att det enda som fanns kvar av hans undervisning var fem timmar AO per vecka i årskurs 2. Samtidigt fanns det heltidsanställda lärare på den fordonstekniska avdelningen som skulle ha detta ämne integrerat i sin verksamhet. Kommunen beslöt då att "Js fem timmar" skulle integreras i undervisningen hos andra lärare på den fordonstekniska avdelningen. Att ha en anställd lärare med endast fem timmars undervisning per vecka ansågs varken praktiskt eller rationellt.

Kommunen och skolläningen fick kännedom om denna förändring av läroplanen först någon gång under januari eller februari 1993. Bakom förändringen låg förslag i den första delen av läroplansutredningen som presenterades i september 1992. Detaljerna i förslaget kom i december 1992 eller kring årsskiftet. Kommunens beslut om Js nya arbetsuppgifter fattades i april eller maj 1992. I och med den nya läroplanen uppstod en arbetsbrist som kom att drabba Js arbetsuppgifter. J sades därför upp från sin anställning av detta skäl. Om kommunen hade velat säga upp J av personliga skäl, hade kommunen kunnat göra så redan i början av år 1993. För kommunen hade det rent ekonomiskt varit ett bättre alternativ."

Domstolen gjorde under rubriken "har grunden för uppsägningen varit någon annan än arbetsbrist?" följande ställningstaganden i denna del av tvisten:

"Av 7 § första stycket anställningsskyddslagen framgår att en uppsägning från arbetsgivarens sida skall vara sakligt grundad.

Kommunen har gjort gällande att grunden för uppsägningen varit arbetsbrist. Med uppsägning på grund av arbetsbrist avses enligt gällande rätt alla de uppsägningsfall där den enskilde arbetstagarens personliga förhållanden inte läggs till grund för uppsägningen.

Förbundet däremot har gjort gällande att uppsägningen reellt var grundad på förhållanden relaterade till J personligen, att fråga varit om fingerad arbetsbrist eller att uppsägningen i vart fall stridit mot andemeningen i anställningsskyddslagen.

Det är ostridigt i målen att ämnena AO och praktisk fordonsel, som J alltså undervisade i efter förflyttningen, kom att upphöra som självständiga ämnen i den nya läroplan för gymnasiet som gäller fr.o.m. läsåret 1994/95. Både AO och praktisk fordonsel integrerades i programmen för respektive utbildningslinje. Endast övergångsvis under läsåret 1994/95 fanns ämnet AO kvar och då med undervisning fem timmar per vecka i årskurs 2. Även dessa timmar kom att integreras i den ordinarie undervisningen.

Läraryrket har gjort gällande att kommunen valde att tilldela J ämnena AO och praktisk fordonsel, vilka kommunen kände till skulle upphöra som självständiga ämnen, för att senare kunna åberopa arbetsbrist som grund för att säga upp honom; i realiteten önskade kommunen bli av med honom av skäl hänförliga till honom personligen och med sitt agerande sökte kommunen kringgå lagens bestämmelser om saklig grund för uppsägning. Kommunen har förnekat detta.

Den utredning som förebragts i målen ger enligt arbetsdomstolen inte stöd för att kommunen med förflyttningsbeslutet år 1992 strävade efter att skapa en situation där arbetsbrist skulle komma att uppstå för J. Annat har inte kommit fram än att kommunen med sin omplacering av J syftade till att lösa konflikten på den fordonstekniska avdelningen och att det var en öppen fråga vilka uppgifter han skulle kunna fortsätta med den dag han inte längre kunde erbjudas undervisning i AO och praktisk fordonsel. Det förhållandet att konflikten på den fordonstekniska avdelningen var centrerad kring Js person kan inte tas till intäkt för att den uppsägning som senare följde grundades på förhållanden som var hänförliga till honom personligen.

Genom den nya läroplanens ikraftträdande inför läsåret 1994/95 och genom kommunens beslut att integrera den självständiga delen av ämnet AO som ännu kvarstod under detta läsår för årskurs 2 med undervisningen på den fordonstekniska avdelningen uppstod arbetsbrist för J. Domstolen kan inte finna annat än att det var denna arbetsbrist som var skäl för kommunen att säga upp honom.”

Här får vi inledningsvis veta att med ”uppsägning på grund av arbetsbrist avses enligt gällande rätt alla de uppsägningsfall där den enskilde arbetstagarens personliga förhållanden inte läggs till grund för uppsägningen”. Det finns anledning att fråga sig vad domstolen vill säga med detta när det föreligger en tvist om vad som faktiskt föranlett uppsägningen. Vi noterar ju att man inte talar om saklig grund utan helt enkelt om vad som avses med en ”uppsägning på grund av arbetsbrist”. Även om man nu menar att ”arbetsbrist” har en specifik juridisk/teknisk innebörd bör väl detta sakna intresse om det inte är så att part gör gällande att ett åberopat förhållande inte utgör saklig grund. Men arbetstagar-sidan bestrider ju inte att den åberopade grunden skulle vara saklig om det nu varit detta som varit det verkliga skälet. Den menar däremot att det inte varit det verkliga skälet. Det rör sig således om ett påstående om fingerad arbetsbrist.

När det gäller bakgrunden bör framhållas att arbetstagsidan inte förnekade att det till följd av läroplansförändringen uppkommit en arbetsbristsituation. Men den menade att det var med vetskap om att denna situation skulle uppkomma som arbetsgivaren placerade J på den nyinrättade tjänsten. I denna del av tvisten förnekade arbetsgivaren detta under hänvisning till att de inte fick kännedom om läroplansförändringen förrän drygt ett halvår efter omplaceringen. Det bör därvid framhållas att domstolen i denna del tydligen inte beaktat att arbetsgivaren till stöd för att omplaceringen i kollektivavtalets mening inte var stadigvarande genom vittnesförhör med skolans rektor åberopat att de redan då kände till att de ämnen J tilldelades skulle komma att upphöra. Nu berör förvisso domstolen delvis detta förhållande i det att den uttalar att omplaceringen skett i syfte att komma till rätta med missförhållandena på fordonsavdelningen och att det var en öppen fråga vad som därefter skulle hända med J "den dag han inte längre kunde erbjudas undervisning i AO och praktisk fordonsel". Betraktar man det hela så förefaller resonemanget förvisso plausibelt. Men det faktum att arbetsgivarens påståenden förefaller motsägelsefulla borde ha föranlett domstolen att ytterligare överväga arbetstagsidans uppfattning om varför J kom att placeras på det sätt han gjorde. Under alla förhållanden hade domstolen möjlighet att i detta mål komma fram till att uppsägningsgrunden var personliga förhållanden. Sedan domstolen härefter funnit att det saknades lediga tjänster för vilka J var kvalificerad och att kommunen således inte brutit mot andra styckets regel om omplaceringskyldighet ogillades förstahandsyrkandet.

Härefter övergick domstolen till frågan om turordningsbrott och då bekräftas min uppfattning om att den verkliga uppsägningsgrunden varit personliga förhållanden och att domstolen funnit dessa vara sakliga men inte ansett sig kunna bifalla talan på annat sätt än som nu kom att ske.

Det var i målet otvistigt att J hade längst anställningstid bland fordonslärarna. Arbetsgivaren hade emellertid till stöd för uppfattningen om att turordningsbrott inte förelåg gjort gällande att J saknade tillräckliga kvalifikationer för fortsatt anställning på uppgifter som utfördes av arbetstagare med kortare anställningstid. De skäl som här anfördes var emellertid inte sådana som vanligen förekommer i dessa sammanhang, det rörde sig om arbetsuppgifter som J utövat i dryga femton år. Till stöd för att J saknade tillräckliga kvalifikationer åberopades därför sådana förhållanden som också åberopats till stöd för den tidigare omplaceringen, nämligen samarbetsproblem med kollegor och ett "icke acceptabelt sätt att förhålla sig till eleverna". Vissa av de sist-

nämnda förhållandena hade förekommit efter omplaceringen. Sammanfattningsvis menade kommunen att J ”inte haft tillräckliga kvalifikationer som lärare”.⁹⁷

Efter att ha återgivit 22 § i relevanta delar och angivit parternas ståndpunkter gjorde domstolen följande klarlägganden och generella normativa ställningstaganden:

”Innan arbetsdomstolen går in närmare på dessa frågor finns det anledning att uppmärksamma vad som gäller när en arbetstagare har sagts upp på grund av arbetsbrist och, som i detta fall, tvist föreligger i frågan om denne har tillräckliga kvalifikationer för fortsatt arbete av samma eller i allt väsentligt samma slag. Så som arbetsdomstolen uppfattar det anser Lärarförbundet att det skulle ges utrymme för ett kringgående av lagen, om en arbetsgivare i en uppsägningssituation, som grundas på arbetsbrist, vid prövningen av frågan i vad mån arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för fortsatt anställning tillåts åberopa förhållanden, som är hänförliga till arbetstagaren personligen och som inträffat mer än två månader innan underrättelse lämnats om den tilltänkta uppsägningen.

Att frågan huruvida en arbetstagare efter en uppsägning på grund av arbetsbrist har tillräckliga kvalifikationer för fortsatt arbete hos arbetsgivaren kan inrymma också frågan om arbetstagaren har personliga förutsättningar att fullgöra ett sådant arbete framgår bl.a. av AD 1984 nr 133, som avsåg en kvalifikationsbedömning enligt 22 § anställningsskyddslagen, och AD 1994 nr 88, där kvalifikationsfrågan rörde företrädesrätt till återanställning enligt 25 § anställningsskyddslagen. Givetvis kan en arbetstagare vara okvalificerad för fortsatt arbete hos arbetsgivaren, exempelvis om han på grund av personliga förhållanden saknar förutsättningar att klara helt nya arbetsuppgifter. Men det är inte heller utslutet att, i de fall det fortsatta arbetet skulle innefatta samma eller i allt väsentligt samma uppgifter som de arbetstagaren sysslade med vid uppsägningen, en prövning av arbetstagarens personliga förhållanden kan leda till att denne inte anses ha tillräckliga kvalifikationer för fortsatt anställning. Har arbetstagaren sagts upp på grund av arbetsbrist, torde dock - när det är fråga om fortsatt arbete av samma eller i allt väsentligt samma slag som denne utfört hos arbetsgivaren - arbetstagaren normalt anses ha tillräckliga kvalifikationer för det fortsatta arbetet, om arbetsgivaren inte haft saklig grund för att säga upp honom av s.k.

⁹⁷ Arbetstagersidan förnekade de påståenden kommunen anförde till stöd för att han saknade kvalifikationer. Det bör dock framhållas att arbetstagersidan gjort gällande att arbetsgivaren brutit mot turordningsreglerna eftersom J hade längst anställningstid. Man kan därför inte uppfatta det så att arbetstagersidan skulle ha godtagit att kommunen inte brutit mot turordningsreglerna även om dessa förhållanden var korrekta. Jag vill härmed säga att domstolens ståndpunktstagande inte kan ha varit avhängigt arbetstagersidans sätt att utföra sin talan. Att så inte kan vara fallet förstärks för övrigt av den principiella uppläggnings av domstolens skäl i denna del.

personliga skäl. Något rättsligt stöd för att vid denna prövning tillämpa den s.k. månadsregeln i 7 § tredje stycket anställningsskyddslagen finns dock inte. Vilken betydelse som bör tillmätas tidsaspekten får i stället prövas med beaktande av förhållandena i det enskilda fallet.”⁹⁸

Här anvisar således domstolen ett effektivt sätt för en arbetsgivare att kringgå månadsregeln. Som framhållits ovan⁹⁹ är det uppsägningsgrunden i förhållande till den enskilde individen som måste vara avgörande för bedömningen av om saklig grund föreligger. Det är mot bakgrund härav uppenbart att J sades upp av personliga skäl. Att domstolen inte beaktar att det är uppsägningsgrunden i förhållande till individen som är det relevanta följer av det uttryckssätt den här använder sig av, när den betonar att om ”arbetstagaren *sagts upp på grund av arbetsbrist*, torde dock - när det är fråga om fortsatt arbete av samma eller i allt väsentligt samma slag som denne utfört hos arbetsgivaren - arbetstagaren normalt anses ha tillräckliga kvalifikationer för det fortsatta arbetet, om arbetsgivaren inte haft saklig grund för att säga upp honom av s.k. personliga skäl”. Domstolen kan eller vill uppenbarligen inte föreställa sig att uppsägningsgrunden i förhållande till individen kan vara personliga skäl även om det otvistigt föreligger en arbetsbristsituation. De skäl som åberopades till stöd för att J saknade tillräckliga kvalifikationer är i enlighet med AD 1977:215 och vad här ovan sagts sådana personliga förhållanden som normalt inte är relevanta vid tillämpningen av turordningsreglerna. I enlighet med vad som sades i denna dom skulle det således vara möjligt att ogiltigförklara en uppsägning i en otvistig arbetsbristsituation om skälen till att arbetsgivaren avviker från turordningsreglerna är sådana ”icke-normala” personliga förhållanden. När nu domstolen här slår fast att turordningsreglerna kan tillämpas så att en person anses sakna tillräckliga kvalifikationer om det föreligger saklig grund för uppsägning av personliga skäl bidrar den till föreställningen om att det är bättre att säga upp p g a arbetsbrist än att öppet åberopa personliga förhållanden. Detta uppmuntrar i sin tur konstruktioner under beteckningen ”arbetsbrist”.

Beträffande månadsregeln är att notera att den senaste konkreta omständigheten som anförs till stöd för att J saknar tillräckliga kvalifikationer inträffade ett och ett halv år före uppsägningen och flera av de allvarliga omständigheterna låg fem år tillbaka i tiden.

⁹⁸ Domen var enhällig med Nina Pripp som ordförande.

⁹⁹ Se inledningen av detta avsnitt samt AD 1977:215.

Vad gäller de rättsfall domstolen uttryckligen stöder sig på finns följande att säga. I AD 1984:133 rörde det personliga förutsättningar för en annan tjänst än den arbetstagaren utövade och som drogs in. Härtill kom att arbetstagaren ifråga faktiskt prövat på den tjänsten men befunnits inte uppfylla de krav vad gäller personliga förutsättningar som uppställdes. Att domstolen i förevarande mål framhåller att 1984 års fall ger stöd för att personliga förutsättningar får åberopas i turordningssammanhang framstår därför som mycket märkligt. Att personliga förutsättningar får beaktas vid bedömningen av om en arbetstagare har tillräckliga kvalifikationer för ett helt *annat* arbete framstår som uppenbart för var och en.

Parallellen med AD 1994:88 förefaller heller inte genomtänkt. För det första rörde det inte turordning vid uppsägning utan en återanställningssituation. Dessutom var grunden för uppsägningen en företagsöverlåtelse, varför flertalet anställda sades upp i enlighet med då gällande regler.¹⁰⁰ Den person som sedermera inte ansågs kvalificerad för återanställning skulle därför ha sagts upp under alla förhållanden. Det var därför också mot förvärvaren som anspråken riktades och de argument som i 1995 års fall kan framföras, nämligen att arbetsgivaren borde ha sagt upp arbetstagaren p g a personliga förhållanden, kunde därför inte riktas mot den i 1994 års fall instämde arbetsgivaren. Det går därför inte att jämföra förutsättningarna i de båda målen. Men principiellt menar jag att samma kritik bör riktas mot vad domstolen lägger in i begreppet 'tillräckliga kvalifikationer'.¹⁰¹

Att domstolen mot denna bakgrund sedan kom fram till att J ansågs sakna tillräckliga kvalifikationer på de grunder arbetsgiversidan anfört är en självklarhet. Att notera är dock att domstolen därvid inte gör någon återkoppling till vad som här ovan citerats om att en arbetstagare

¹⁰⁰ Utrymmet för motsvarande situation som i AD 1994:88 har möjligen minskat sedan reglerna per den 1 januari 1995 anpassats till EG:s företagsöverlåtelsedirektiv. Emellertid kan det alltså bli fråga om återanställning av en p g a arbetsbrist uppsagd person hos samma arbetsgivare om denne behöver nyanställa. Målet har således ingalunda spelat ut sin roll p g a lagändringen. Dessutom är det ju så att även om en motsvarande person enligt dagens regler automatiskt skulle följa med till den övertagande arbetsgivaren, denne kanske härigenom får för många anställda. Med viss reservation för omplaceringsbegreppets tillämpning i en sådan situation, skulle då istället målet som rör tillräckliga kvalifikationer vid uppsägning kunna användas som argument och då blir det ingen praktisk skillnad.

¹⁰¹ Vad nu sagts om personliga förhållanden i återanställningssituationer skall inte sammanblandas med de situationer där en arbetstagare *efter* uppsägningen gör sig skyldig till förfaranden som medför att han kan mista sin företrädesrätt. Se SOU 1973:7 s 192-193, prop 1973:129 s 166 och AD 1989:137.

inte kan anses sakna tillräckliga kvalifikationer om det inte föreligger saklig grund för uppsägning med hänvisning till personliga förhållanden.

Det är uppenbart för den som utifrån, dvs genom att enbart studera domen, tar del av de uppgifter om J som framkommit i målet att kommunen skulle haft saklig grund för uppsägning av J med hänvisning till de samarbetsproblem som förelåg och hans beteende och uppträdande i förhållande till elever. Här framträder nämligen bilden av en person som har väsentliga svårigheter att samarbeta med kollegor, som ogillar kvinnliga studenter, invandrare och som hånar småväxta, understöder mobbning, använder sig av militära bestraffningsmetoder, skjuter med startpistol i klassrummet, ägnar en stor del av tiden åt sexualundervisning trots att det inte skall ingå enligt läroplanen, då och annars under stort användande av svordomar och könsord mm. Det är självklart att en sådan person inte skall utöva läraryrket. Men han skall sägas upp p g a dessa förhållanden och inte p g a arbetsbrist. Genom att domstolen i denna dom låter arbetsgivaren komma undan med hänvisning till arbetsbrist och en specialanpassad tillämpning av turordningsreglerna bidrar den till att befästa en ordning som innefattar att arbetsgivare i det längsta avstår från uppsägningar av för verksamheten demoraliserande individer och uppmuntrar samtidigt till konstruktioner under beteckningen "arbetsbrist".

Om domstolen tillåter turordningsirrelevanta personliga förhållanden påverka turordningen när en arbetsgivare påstår att uppsägningen är grundad på arbetsbrist ligger det i farans riktning att den annars så ingående prövningen av om saklig grund föreligger blir mindre omfattande. Härtill kommer att, även om man kan tycka det vara rimligt att i en i och för sig otvistig arbetsbristsituation tillämpa turordningsreglerna på sådant sätt att en person som ändå kunnat sägas upp av personliga skäl får gå, att denna möjlighet inte generellt står till buds vid uppsägningar p g a arbetsbrist. Det kan endast bli aktuellt när frågan om tillräckliga kvalifikationer aktualiseras och detta förutsätter att den aktuella anställdes arbetsuppgifter eller befattning försvinner med anledning av den nedskärning, omorganisation etc varom fråga är.¹⁰² *När en sålunda uppställd princip inte generellt kan tillämpas menar jag också att ett väsentligt argumentet för den helt faller.* Under alla förhållanden bör den bidra till att arbetsgivare i största möjliga utsträckning försöker se till att organisationsförändringen eller nedskärningen sker på sådant sätt

¹⁰² Jfr AD 1993:104.

att den drabbar den person som i stället bort sägas upp av personliga skäl. Dessutom är det i direkt strid med månadsfristen. Detta kanske är förklaringen till att domstolen inte återknöt till sin inledande normativa utgångspunkt, nämligen att det skulle föreligga saklig grund med hänvisning till personliga förhållanden för att omständigheterna skulle få tillmätas relevans vid ställningstagandet till om personen saknade tillräckliga kvalifikationer.

Domstolens rättstillämpning skapar alltså en situation där den berörde inte kommer i åtnjutande av de positiva sidorna av turordningsreglerna och heller inte kan göra gällande företrädesrätt till återanställning eftersom han även här saknar tillräckliga kvalifikationer.¹⁰³ Båda de väsentliga rättsverkningar och skyddsregler som är knutna till arbetsbristuppsägningar går således förlorade för en sådan individ. Och ändå skall det betraktas som om uppsägningsgrunden är arbetsbrist. Det är ju trots allt så att det är individer som sägs upp och det är i förhållande till dessa uppsägningsgrunden skall relateras. Eftersom det accepteras som en uppsägning p g a arbetsbrist kommer heller inte de särskilda skyddsregler i form av varsel, underrättelse och rätt till överläggning att aktualiseras. Istället har frågan förhandlats på ett generellt plan.

Man skulle kunna tycka att det saknar betydelse hur uppsägningsgrunden i detta mål klassificeras eftersom arbetsgivaren fick använda personliga skäl för att slippa omplacera J. Det finns dock anledning att generellt anta att man omedvetet låter prövningen av om en arbetstagare har tillräckliga kvalifikationer bli mindre ingående än en renodlad saklig grundprövning eftersom det i sistnämnda fall, i vart fall psykologiskt, i högre grad blir tydligt att frågan rör en enskild individ. Alldeles särskilt bör detta poängteras mot bakgrund av att det vid tillämpningen av turordningsreglerna *rör sig om en konkurrenssituation*; någon annan får gå om inte arbetsgivaren tillåts använda argumenten och när arbetstagare på sådant sätt ställs mot varandra kommer den reella fokuseringen att ske på de skilda arbetstagarnas intressen mer än på förhållandet mellan arbetsgivaren och arbetstagaren. Genom att i justifieringsprocessen generalisera argumenten har man dock genom detta mål skapat svåröverskådliga konsekvenser för det anställningsskyddsrettsliga system som innefattar att man kan vara relativt generös mot arbetsgivare som under åberopande av arbetsbrist säger upp anställda just på grund av att vi samtidigt har skyddsregler som skall förhindra att denna rätt missbrukas. Luckras de sistnämnda upp måste det samtidigt ställas hög-

¹⁰³ Se AD 1994:84.

re krav på själva uppsägningsgrunden som sådan. Härtill kommer att domen sänder märkliga signaler till arbetsgivare i gemen och kan bidra till att förstärka den myt som uppenbarligen spelar stor praktisk roll, nämligen att om en arbetsgivare skall säga upp anställda så skall det ske på grund av arbetsbrist och inte personliga förhållanden.¹⁰⁴ Om domstolen i detta mål uttryckligen framhållit att arbetstagaren kunnat sägas upp med hänvisning till de personliga förhållanden som åberopats i turordnings- och omplaceringsfrågan men bifallit talan p g a att arbetsgivaren hanterat saken fel hade den också kunnat bidra till att avkläda myten om omöjligheten av att säga upp p g a personliga skäl.¹⁰⁵ Eftersom domstolen genom sitt sätt att hantera frågeställningen i praktiken frångick månadsregeln hade det varit mindre skadligt för anställningsskyddssystemet i stort om den istället uttryckligen åsidosatt månadsregeln¹⁰⁶ och kommit fram till att arbetsgivaren sagt upp J p g a personliga skäl och att dessa var sakligt grundade.

Om man skall upprätthålla skenet av en normativt relevant tudelning av uppsägningsgrunderna måste man också göra en skarp distinktion vad gäller vilka typer av personliga förhållanden som kan aktualiseras i en turordningssituation. Gör man inte det innebär det paradoxalt nog att man i praktiken underkänner sina egna normativa föreställningar samtidigt som man bidrar till att förstärka dem.

4.2.4.2.3 Några ytterligare aspekter på begreppet tillräckliga kvalifikationer

I en kommentar till arbetsdomstolens avgörande i Thorn-målet¹⁰⁷ gör Ronnie Eklund en träffande iakttagelse vad gäller kvalifikationsregelns

¹⁰⁴ Förhållanden som inbjuder till att även arbetstagsidan är intresserad av att en uppsägning skall klassificeras som en uppsägning p g a arbetsbrist är dels att det framstår som bättre för arbetstagaren när denne söker annat arbete men också att det på områden där trygghetsavtal gäller, det är ekonomiskt förmånligare eftersom den uppsagde då kommer i åtnjutande av de förmåner sådana avtal tillhandahåller. Sistnämnda förhållanden gör också att en ”snäll” arbetsgivare hellre säger upp p g a arbetsbrist än personliga förhållanden även när de personliga förhållandena är sådana att de sannolikt skulle bedömas som sakliga vid en rättslig prövning.

¹⁰⁵ Det är ju trots allt inte den kategori reglerna är till för att skydda som vid en sådan tillämpning drabbas negativt. Jag håller i och för sig med dem som menar att en domstol inte skall upprätthålla formaljuridiken om det ger ett uppenbart felaktigt resultat. Men i sådana situationer är det i regel en skyddsvärd som drabbas.

¹⁰⁶ Om nu ens detta varit nödvändigt eftersom samarbetsproblem kan betecknas som omständigheter varpå månadsregeln inte är tillämplig.

¹⁰⁷ AD 1993:61. Se ovan 3.4.11.

brister såvitt gäller chefsfunktioner.¹⁰⁸ Arbetstagsidan hade som framgått av referatet ovan i andra hand gjort gällande att arbetsgivaren gjort sig skyldig till turordningsbrott genom att s k chefstekniker med kortare anställningstid fått behålla sin bilförmån. Domstolen avfärdade ståndpunkten på följande sätt.

”Chefsteknikern utses bland de mest erfarna teknikerna och tilldelas arbetsledande uppgifter. Enligt arbetsdomstolens mening finns anledning att fästa avseende vid att chefsteknikern intar en arbetsledande ställning. För att kunna fullgöra sina arbetsuppgifter måste chefsteknikern åtnjuta arbetsgivarens särskilda förtroende. Det kan inte förutsättas att de övriga teknikerna, som inte har kommit i fråga för chefsteknikerbefattning, har denna relation till arbetsgivaren. Arbetsdomstolen anser därför att övervägande skäl talar för att de av SEF angivna teknikerna inte innehar tillräckliga kvalifikationer för arbetet som chefstekniker.”

Detta är att lyfta in ytterligare ett moment i kvalifikationsprövningen, som i praktiken, som Eklund framhåller, innebär att arbetsgivaren ges ytterligare frihet att själv välja ut vilka anställda han önskar ha kvar i en arbetsbristsituation. Det finns anledning att ifrågasätta hur domstolen kan göra ett så kategoriskt ställningstagande i en fråga av stor betydelse för anställningsskyddet.¹⁰⁹ Av senare praxis synes domstolen ha tagit till sig kritiken, i vart fall på det principiella planet. I AD 1995:107 avfärdade nämligen domstolen arbetsgivarens principiella ståndpunkt som innebar att en arbetstagare inte skulle kunna göra anspråk på en omplacering som innebär befordran:

”Det vid ifrågasvarande bedömning kritiska begreppet är alltså kravet att arbetstagaren skall ha tillräckliga kvalifikationer för det aktuella arbetet. Varken av lagmotiven eller av arbetsdomstolens praxis kan utläsas att begreppet skall ges den innebörd som arbetsgivarsidan hävdar i målet, nämligen att vid uppsägning på grund av arbetsbrist en arbetstagare inte kan göra anspråk på en omplacering som skulle innebära en befordran. *Enligt arbetsdomstolens mening kan det avgörande för bedömningen av om företrädesrätt föreligger inte vara om en omplacering till ett visst arbete i och för sig kan anses innebära en befordran i förhållande till det arbete som arbetstagaren haft dessförinnan. Prövningen gäller i stället frågan huruvida arbetstagaren skall anses ha tillräckliga kvalifikationer*

¹⁰⁸ Eklund Hur man omreglerar anställningsvillkor - en praktiskt viktig fråga, JT 1993/94 s 196ff.

¹⁰⁹ Det kan antas att det förhållandet att målet i sig samtidigt visar att turordningsreglerna inte kan tillämpas på ett normalt sätt i den aktuella situationen härvid har påverkat domstolen. Det hade emellertid blivit än mer problematiskt att konstatera att de inte äger tillämpning.

*för den aktuella befattningen.*¹¹⁰ Det är sedan en annan sak att kravet på tillräckliga kvalifikationer måste tolkas med hänsyn bl.a. till vilken befattning som är i fråga, t.ex. om det rör sig om en kvalificerad chefsbefattning.”¹¹¹

När domstolen utifrån detta principiella avstamp sedan prövade den aktuella arbetstagarens kvalifikationer befanns denne sakna sådana och mot bakgrund av att domstolen därvid, vid sidan av att den konstaterade att det rörde sig om en kvalificerad chefsbefattning, fäste avgörande vikt vid frågan om förtroende finns det skäl att ifrågasätta den reella innebörden av domstolens principiella ställningstagande i den fråga Eklund fäste uppmärksamheten på. När det gäller frågor om förtroende är man nämligen, vilket också framgår av formuleringarna i domskälen, beroende av arbetsgivarens uppfattning. Objektiva kriterier av det slag som kan användas vid prövning av annan kompetens saknas och det finns därför skäl att alltjämt vara uppmärksam på de brister ur skyddssynpunkt som ligger i denna tillämpning.

Det har under årens lopp från arbetsgivarhåll framförts kritik mot att domstolen har varit alltför arbetstagarvänlig vid prövningen av vad som utgör tillräckliga kvalifikationer.¹¹² Det finns anledning att anta att kritiken träffat rätt men knappast utrymme för att påstå att det finns någon klar tendens till ökade krav, om än kraven i vissa mål under nittioalet ställts högt.¹¹³

4.2.4.3 Kvalifikationstid för företrädesrätt till återanställning

För att arbetstagare skall komma i åtnjutande av företrädesrätt till återanställning krävs att de uppfyller vissa kvalifikationskrav vad avser anställningstidens längd. Enligt nu gällande regler skall man ha varit an-

¹¹⁰ Min kursivering.

¹¹¹ Detta förstärks av att domstolen i sin konklusion hänvisade till ”jfr” AD 1993:61.

¹¹² Då det inte är min avsikt att framhålla reglernas eller tillämpningens av dem förtjänster ur skyddssynpunkt och att det dessutom är mycket svårt för den som inte är insatt i de verkliga förhållandena att uttala sig om enskilda fall av prövningar av frågan om tillräckliga kvalifikationer har jag inte funnit anledning att närmare studera AD:s praxis på denna punkt.

¹¹³ Bland avgöranden under 90-talet som arbetstagsidans förlorat finns det knappast anledning till kritik av domstolens bedömningar i AD 1992:1, 1995:118 och 1996:42. Möjligen kan kraven förefalla högt ställda i AD 1994:15 (där domstolen också klargör skillnaden mellan ”en grundläggande allmän kvalifikation” och ”en större eller mindre brist på vana” av arbetet), 1994:73 och 1996:140, där också domstolens arbetstagarrepresentanter var skiljaktiga. Även bedömningarna i mål som arbetstagsidans vunnit, AD 1992:62 och 1994:4, förefaller rimliga från nu aktuella utgångspunkter.

ställd *mer än*¹¹⁴ tolv månader under de senaste tre åren.¹¹⁵ Om en person tillsvidareanställs men sägs upp på grund av arbetsbrist så att anställningen upphör inom tolv månadersfristen saknar följaktligen vederbörande företrädesrätt till återanställning och arbetsgivaren är fri att anställa annan i den mån nyanställningar blir aktuella därefter. Jag kan inte se något rimligt skäl till att upprätthålla ett sådant krav beträffande tillsvidareanställningar. Uppenbarligen är det ej heller genomtänkt. Förklaringen tycks vara att man i äldrelagen knöt an återanställningsrätten till dem som hade rätt till längre uppsägningstider och för att komma i åtnjutande av längre uppsägningstid ställdes krav på viss kvalifikationstid. Tro- ligen är det så att man helt enkelt endast övertagit detta regelsystem utan att kravet på kvalifikationstid varit föremål för analys vare sig vid äldrelagens eller anställningsskyddslagens tillkomst.¹¹⁶ I äldrelagspropo- sitionens allmänmotivering till företrädesrätten sker i relevanta delar en- dast en hänvisning till departementspromemorian.¹¹⁷ Någon förklaring till att samma kvalifikationsregel som för rätt till förlängd uppsägnings- tid skall gälla även företrädesrätten ges inte. Skälet till kvalifikationsti- den för rätt till förlängd uppsägningstid uppges vara att det inte är rim- ligt att det skall gälla rena korttidsanställningar och att en arbetsgivare skulle undvika att anställa arbetskraft som omgående kom i åtnjutande av de längre uppsägningstiderna. I specialmotiveringen finns heller intet av intresse såvitt avser denna fråga.

I LAS-propositionen 1973 uttalar departementschefen blott att det liksom

”enligt 1971 års lag bör det ställas upp krav på viss kvalifikationstid för att ar- betstagar över huvud taget skall få åtnjuta företrädesrätt”,¹¹⁸

men inget sägs om varför detta krav bör upprätthållas. Däremot fram- hölls, och då knyts det an till kvalifikationstiden för längre uppsäg- ningstid, att

”kravet bör kunna sänkas. Det förefaller mig lämpligt att därvid anknyta till de kvalifikationsregler som jag tidigare förordat när det gäller att komma i åtnju-

¹¹⁴ Detta tycks man inte haft klart för sig i prop 1993/94:67 s 28.

¹¹⁵ Enligt den ursprungliga regeln i LAS-74 var kvalifikationskravet *minst* tolv måna- der under de senaste två åren. Kravet på *mer än* tillkom i samband med införandet av 1982 års lag medan förlängningen av den tidsperiod varunder kvalifikationstiden kan uppnås skedde genom 1997 års ändringar, se nedan.

¹¹⁶ Prop 1971:107 s 107.

¹¹⁷ Ds In 1971:1.

¹¹⁸ Prop 1973:129 s 164.

tande av förlängd uppsägningstid, med den modifikationen dock att uppsägningstiden får räknas som kvalifikationsgrundande i fråga om rätt till återanställning. Jag förordar alltså en regel om att företrädesrätt skall tillkomma sådan arbetstagare som vid anställningens upphörande har varit anställd hos arbetsgivaren sammanlagt minst tolv eller, vid säsonganställning, minst sex månader under de senaste två åren.”¹¹⁹

Om vi då betraktar hur departementschefen motiverade kvalifikationstiden för längre uppsägningstider får vi följande förklaringar:

”Vid införandet av 1971 års lag om anställningsskydd framhöll jag¹²⁰ i fråga om det i lagen uppställda kravet på kvalifikationstid att behovet av ett anställningsskydd är mindre framträdande vid utpräglade korttidsanställningar. Jag pekade vidare på risken för att en del arbetsgivare kunde bli mindre benägna att anställa äldre arbetstagare ifall de lagstadgade uppsägningstiderna skulle komma att gälla omedelbart vid tillträdet av anställningen. Dessa synpunkter har fortfarande bärkraft. Över huvud taget framstår det som rimligt att arbetstagaren visar ett visst mått av samhörighet med företaget för att komma i åtnjutande av förlängd uppsägningstid. Liksom i 1971 års lag bör därför regler införas om kvalifikationstid. Kvalifikationstiden bör, som utredningen föreslagit, sänkas i förhållande till vad som gäller enligt 1971 års lag så att det stora flertalet arbetstagare får en vidgad anställningstrygghet. Jag förordar i enlighet med utredningens förslag att de längre uppsägningstiderna skall få åtnjutas av sådan arbetstagare som har varit anställd hos arbetsgivaren under de senaste sex månaderna eller sammanlagt minst tolv månader under de senaste två åren.”¹²¹

Av betydelse är också att det vid äldrelagens tillkomst inte var så att tillsvidareanställning var huvudregel.

I den promemoria som föregick äldrelagen finner vi den kontext varifrån regeln om kvalifikationstid är hämtad:

”I avtalen på arbetsmarknaden om AGB-försäkring o.l. föreskrivs en *kvalifikationstid* på i regel fem års anställning för att arbetstagaren skall komma i åtnjutande av skyddet. Krav på kvalifikationstid uppställs också i huvudavtalens regler om avskedande på grund av enskild arbetstagares förhållande. Kvalifikationstiden enligt det mellan SAF och LO gällande huvudavtalet uppgår dock endast till nio månader.

Mot bakgrund av dessa bestämmelser inställer sig frågan om den föreslagna lagen bör begränsas så att den endast omfattar arbetstagare med lång tids anställning i företaget. Det allmänna syftet med lagstiftningen är att skydda äldre

¹¹⁹ Prop 1973:129 s 164.

¹²⁰ Det är inte departementschefsfunktionen enkom som här legitimerar jagformen. Det var samma föredragande minister i båda lagstiftningsärendena, Eric Holmqvist.

¹²¹ Prop 1973:129 s 133-34.

arbetstagare som kan få det svårt att skaffa annat arbete och som fördenskull för sin försörjning är beroende av att få behålla sin anställning. Detta skyddsbehov är mindre uttalat när det gäller utpräglade korttidsanställningar. Den arbetstagare som har varit anställd under en kortare tid kan inte antas ha inrättat sig efter att anställningen obetingat kommer att vara under lång tid framöver. Man får i sammanhanget inte heller förbise, att arbetsgivarna som förut antytts skulle kunna tänkas bli mindre benägna att anställa äldre arbetskraft, om det särskilda skyddet enligt den nu aktuella lagstiftningen inträdde omedelbart vid anställningsavtalets ingående eller redan efter mycket kort anställningstid. De därmed förenade riskerna manar till en viss försiktighet i detta sammanhang.”¹²²

När man sedan kom fram till att föreslå en kvalifikationstid om tre år för att komma i åtnjutande av längre uppsägningstider, och därmed andra förmåner enligt lagen, framhölls att flera synpunkter kan anläggas.

”Ser man problemet som en fråga om att arbetstagaren skall ha rätt till ekonomisk ersättning vid uppsägning, finns det skäl som talar för att kvalifikationstiden bör vara tämligen lång och i allt fall variera med anställningstiden. Den ekonomiska ersättningen kan då närmast betraktas som ett slags intjänad lön. Ett sådant synsätt torde ligga till grund för exempelvis AGB-försäkringen. Å andra sidan är det här inte bara eller främst fråga om ekonomiska förmåner. Syftet är i hög grad att förbättra de äldre arbetstagarnas möjligheter att söka sig nytt arbete när den bestående anställningen måste upphöra.”¹²³

Inga av de argument som här anförs tar sikte på frågan om företrädesrätt till återanställning.

Beträffande frågan om kvalifikationstiden för företrädesrätt behandlas denna, såvitt jag kunnat finna, inte annat än indirekt när man tar upp undantaget från krav på kvalifikationstid för den som erhållit återanställning.¹²⁴ Av lagförslagets utformning och specialmotiveringen att döma¹²⁵ tar detta väsentligen sikte på frågan om rätten till längre uppsägningstid.¹²⁶ Det kan emellertid ha visst intresse att betrakta varför man överhuvud ansåg återanställningsrätt angelägen.

¹²² Stencil In 1971:1 s 80-81.

¹²³ Stencil In 1971:1 s 81.

¹²⁴ Stencil In 1971:1 s 91-92.

¹²⁵ Stencil In 1971:1 s 119. I övrigt sägs intet om kvalifikationstid och återanställningsrätt i den knapphändiga specialmotiveringen.

¹²⁶ Mot bakgrund av lagstiftningstekniken måste detta ändå innebära att den som återanställts också har rätt till ”fortsatt återanställning”. I propositionen kom också formuleringen att bli mer ändamålsenlig. Här talas om att ”arbetstagare, som har återanställts på grund av första stycket, åtnjuter omedelbart anställningsskydd enligt denna lag”. Citerat ur lagförslagets § 6 2 st.

”Förslaget om lagstadgad uppsägningstid och rätt till lön vid längre permitteringar innefattar väsentliga förbättringar av den äldre arbetskraftens utsatta ställning. Den praktiska effekten av förslaget i den delen kan antas bli att arbetsgivarna kommer att noggrant planera uppsägningar och permitteringar. De kommer att undvika permitteringar för längre tidrymder och i sådana fall i stället tillgripa uppsägning. Från den synpunkten skulle de föreslagna bestämmelserna i vissa fall få verkningar som inte är odelat positiva för äldre arbetstagare. Detta aktualiserar frågan om det är möjligt att inom ramen för lagstiftningen ge vissa regler om äldre arbetstagares rätt till anställning.

Vissa kollektivavtal på arbetsmarknaden innehåller klausuler om i vilken ordning arbetstagare skall återanställas. En paragraf i huvudavtalet mellan SAF och LO behandlar sålunda detta ämne, låt vara att paragrafen inte ger en uppsagd eller permitterad arbetstagare någon ovillkorlig rätt till återanställning. Det bör vara möjligt att bygga ut och förbättra det skydd som den avtalsbestämmelsen är avsedd att ge. Eftersom syftet med den nu aktuella lagen är att minska arbetslösheten för äldre arbetstagare, ter det sig naturligt att lagen reglerar också rätt till återanställning.”¹²⁷

Det ligger intet i detta som motiverar bestämmelser om kvalifikationstid för just företrädesrätt. I propositionens allmänmotivering är det heller inte återanställningsreglerna som står i förgrunden när man motiverar behovet av en kvalifikationstid i lagen om två år:¹²⁸

”Som framhålls i departementspromemorian är behovet av skydd för utpräglade korttidsanställningar mindre framträdande.¹²⁹ Man måste också ta hänsyn till risken för att en del arbetsgivare skulle bli mindre benägna att anställa äldre arbetskraft ifall de lagstadgade uppsägningstiderna skulle komma att gälla omedelbart vid tillträdet av anställningen. Jag delar därför den i promemorian framförda uppfattningen, att en viss tid måste förflyta innan en nyanställd arbetstagare får rätt till skydd enligt den nu aktuella lagen. Det kan tilläggas att både avtalet om AGB-försäkring och huvudavtalens regler om avskedande på grund av enskild arbetstagares förhållande innehåller bestämmelser om kvalifikationstid.

När det gäller rent ekonomiska förmåner som exempelvis avgångsbidrag bör måhända kvalifikationstiden vara tämligen lång. Den ekonomiska ersättningen ses då som ett slags intjänad lön. När det gäller rätten till förlängd uppsägningstid enligt den nu aktuella lagen är ett sådant synsätt dock inte träffande.

¹²⁷ Stencil In 1971:1 s 90-91.

¹²⁸ Inom de senaste tre åren bör tilläggas, 1 § 1 st.

¹²⁹ Detta är egentligen ett mycket märkligt argument. Behovet av skydd är väl inte betingat av anställningsformen utan av den otrygghet osäkra anställningsförhållanden med korta uppsägningstider innebär. Ur den synpunkten borde väl behovet vara störst just vid korta anställningar.

Här gäller det inte i första hand att tillförsäkra arbetstagarna ekonomiska förmåner utan att bereda dem ökad trygghet i anställningen. En regel om kvalifikationstid har i ett sådant system inte någon annan funktion än att man genom regeln reducerar risken för att arbetsgivare undviker att nyanställa äldre arbetstare.”¹³⁰

Här blir det tydligt att kvalifikationsreglerna primärt är betingade av att lagstiftningen inte gäller generellt. Den kategori man vill gynna skulle missgynnas om man inte införde kvalifikationsregler eftersom arbetsgivare då skulle avstå från att anställa personer inom den kategorin. Motsvarande argument kan inte framföras vad avser generellt inriktad lagstiftning.¹³¹

Några ytterligare motivuttalanden av intresse har jag inte kunnat finna och något särskilt skäl till kvalifikationstid för återanställningsrätt fanns således inte i äldrelagen.¹³²

I Åmanutredningens allmänmotivering till företrädesrättsreglerna sägs intet av intresse att förklara varför en kvalifikationstid bör gälla.¹³³

Beträffande kvalifikationstiden för längre uppsägningstider, vilken utgjorde anställning de senaste sex månaderna eller minst tolv månader under de senaste två åren, motiverades förkortningen härav med ”en strävan från utredningens sida att i förhållande till 1971 års lag få in ett ökat antal anställda under det utvidgade skyddet.”¹³⁴ Något krav på kvalifikationstid för att ha rätt till lön och andra förmåner, på det sätt som gällde enligt äldrelagen uppställdes inte i utredningens förslag.¹³⁵

Genom 1982 års lag skedde en justering av kravet på kvalifikationstid.¹³⁶ Under återopande av de förändringar som skett beträffande tidsbegränsade anställningar kom kvalifikationskravet att vara anställning

¹³⁰ Prop 1971:107 s 107.

¹³¹ Däremot skulle det kunna sägas vara ett skäl mot att inte anställa utan använda andra avtalsformer, men det är en annan sak och dessutom argument av senare datum. Vid den aktuella tidpunkten skulle den invändning som här framförs vara högst relevant.

¹³² Redan i LAS-74 kom kvalifikationstiderna för uppsägning respektive återanställningsrätt att separeras.

¹³³ SOU 1973:7 s 160.

¹³⁴ SOU 1973:7 s 154.

¹³⁵ Och jag har heller inte kunnat finna några direkta ställningstaganden i frågan. Det är dock uppenbart att det saknas skäl till en sådan särskild kvalifikationstid när lagen är avsedd att gälla generellt och uppsägningstiderna som sådana är underkastade krav på viss kvalifikationstid. Inte heller beträffande permitteringslön uppställdes något sådant krav och detta anges uttryckligen i specialmotiveringen, SOU 1973:7 s 204.

¹³⁶ Departementspromemorians förslag var i här relevanta delar identisk med 1974 års lag.

mer än tolv månader jämfört med de *minst* tolv månader som gällt tidigare.¹³⁷ Några ytterligare skäl till förändringen har jag inte kunnat finna.¹³⁸ Förändringen, som kan förefalla högst marginell, bör ha inneburit en väsentlig försämring av företrädesrätten för tidsbegränsat anställda mot bakgrund av hur vanligt det är att anställa personer kalender- eller budgetårsvis.¹³⁹

1992 års arbetsrättskommitté föreslog inga ändringar såvitt angår kvalifikationstiden och alltså innebär kravet att en arbetstagare skall ha varit anställd mer än tolv månader, men genom 1997 års lagändringar har den tid under vilken dessa tolv månader skall infalla förlängts från två till tre år.¹⁴⁰

Att ställa krav på kvalifikationstid för längre uppsägningstid måste rimligen ha helt andra syften än ett motsvarande krav för företrädesrätt. Om en arbetsgivare har tillsvidareanställt en person och nödgats säga upp denne på grund av arbetsbrist kan jag inte se några som helst skäl till att vissa anställda utestängs från företrädesrätt. Rättvisan i sammanhanget ligger ju i turordningsreglerna. Har arbetsgivaren valt att tillsvidareanställa har han också förbundit sig att ha kvar den anställde för såvitt saklig grund för uppsägning inte föreligger. Kan den anställde inte klara arbetet är kraven på en person med kort anställningstid betydligt mindre än för personer med lång anställningstid och det är således ingalunda omöjligt att på personliga grunder säga upp en nyanställd. Idag har vi dessutom rätten att provanställa som ytterligare minskar behovet av en kvalifikationstid.¹⁴¹

¹³⁷ Prop 1981/82:71 s 137.

¹³⁸ Och jag måste tillstå att jag inte riktigt förstår kopplingen till förändringen av de tidsbegränsade anställningarna.

¹³⁹ Jfr Lunning Anställningsskydd 1982 s 353.

¹⁴⁰ SFS 1996:1424. Se motiven härtill i prop 1996/97:16 s 42-43. Någon betydelse för företrädesrätten som skyddsregel i nu aktuellt hänseende har inte en sådan ändring.

¹⁴¹ Om dessa argument har relevans för tidsbegränsade anställningar är inte självklart. Här kan det ofta vara så att ett första vikariat så som används som en provanställning. För övrigt är problematiken kring uppsägning och arbetsbrist över huvud inte relevant i sammanhanget. En inkompetent tillsvidareanställd kan sägas upp, vilket enligt huvudregeln inte är möjligt med den tidsbegränsat anställde. Vidare är det ju en förutsättning i sammanhanget att den tidsbegränsade anställningen är tillåten. Företrädesrätten som sådan beträffande tidsbegränsade anställningar är dock på samma sätt nödvändig för en ändamålsenlig kombination av fri beslutanderätt i företagsledningsfrågor och anställningsskydd. Företrädesrätten är det som gör att vi kan acceptera återkommande visstidsanställningar och inte kan ställa krav på att en arbetsgivare inrättar sin personalsituation på visst sätt. Jfr dock de nya vikariatsreglerna.

Vad gäller turordningsreglerna skulle det kunna tyckas ligga i sakens natur, som det brukar heta, att några motsvarande kvalifikationsregler inte kan vara aktuella, eftersom de är uppbyggda på ett sådant sätt att den med längst anställningstid har bäst rätt. Men om en arbetsgivare nu kan välja mellan en helt nyanställd och en tidigare p g a arbetsbrist uppsagd som inte fyller kraven för företrädesrätt¹⁴² skulle man väl lika gärna kunna låta en arbetsgivare i en arbetsbristsituation välja vilka av de anställda med kortare anställningstid än säg ett år han vill ha kvar.¹⁴³ Det kommer då förvisso in ett personligt moment i uppsägningen men inte är det någon principiell skillnad mellan turordning och företrädesrätt i nu berörda hänseenden.

4.2.4.4 Den tid varunder företrädesrätten gäller

Enligt den regel i 1971 års äldrelag som föregick anställningsskyddslagen var den tid varunder en arbetstagare åtnjöt företrädesrätt till återanställning sex månader. Att man stannade vid just denna tidsfrist motive- rades av att man ansåg huvudavtalets fyramånadersgräns vara ”i kortaste laget”. Att företrädesrätten överhuvud skulle tidsbegränsas motive- rades i promemorian med att om en arbetsgivare ”först något eller nå- gra år därefter blir i stånd att nyanställa...torde emellertid både arbetsgi- vare och arbetstagare betrakta det gamla anställningsförhållandet som utagerat”.¹⁴⁴ Departementschefen, som framhöll att SAF önskade för- korta fristen till fyra månader och SAP förlänga den, menade att skäl talade för att ha en längre frist men stannade vid att förorda sex måna- der med hänvisning till att det rörde sig om en provisorisk reglering och att erfarenheterna ”får visa om en förlängning av tiden bör göras vid en mer definitiv reglering av dessa frågor”.¹⁴⁵ Om det var erfarenheterna som fällde avgörandet framgår inte¹⁴⁶ men Åmanutredningen föreslog utan närmare motivering att företrädesrättstiden skulle utsträckas till ett

¹⁴² Möjligen avser domstolen med den något oklara motiveringen i AD 1998:59 att det- ta inte skulle vara möjligt.

¹⁴³ Jfr avsnitt 2.2. Kvalifikationstid för varsel etc fanns redan i Saltsjöbadsavtalet, på tal om varför man har kvalifikationstid för företrädesrätt men inte för turordning vid uppsägning.

¹⁴⁴ Stencil In 1971:1 Den äldre arbetskraftens anställningstrygghet s 91.

¹⁴⁵ Prop 1971:107 s 116.

¹⁴⁶ Om så vore fallet skulle det ha varit mycket intressant att få detta klarlagt.

år.¹⁴⁷ Propositionen följde utredningens förslag, varvid departementschefen också framhöll att så gott som samtliga remissinstanser ställt sig positiva till förslaget.¹⁴⁸

Tolv månadersfristen kom att gälla fram till 1 januari 1997 då den förkortades till nio månader.¹⁴⁹ I propositionen, som bär titeln ”arbetsrätt för ökad tillväxt” och redan därigenom bekräftar den ideologiska omsvängningen, anfördes följande skäl härför:

”Regeringen anser att det nu finns anledning att förkorta den tidsgräns som gäller vad avser återanställningsrätten. Det finns en risk att den nuvarande tiden för företrädesrätt om ett år innebär att många arbetsgivare avvaktar alltför länge med nyanställningar. Med den höga arbetslöshet som för närvarande finns bör stimulans ges till arbetsgivarna att anställa snarast möjligt. Genom att förkorta tiden för företrädesrätt bör nyanställningar kunna påskyndas. Genom den föreslagna ändringen förväntas även flexibiliteten på arbetsmarknaden att öka. Tidsgränsen kan lämpligen bestämmas till nio månader.”¹⁵⁰

Här ser vi att en socialdemokratisk regering öppet tillstår att skyddsreglerna är för arbetstagarvänliga. Som vi ser rör det sig om antaganden om samband mellan den rättsliga regleringen och arbetsgivares faktiska beteenden. Samtidigt visar det vilket dilemma lagstiftaren står inför när föreställningar om sådana samband sprider sig i debatten. Föreställningen om sambandet må vara riktig eller inte, när man väl hamnat i detta läge kan dock enbart det faktum att reglerna ändras trots allt förväntas få en viss effekt eftersom det sprider en positiv anda av arbetsgivaranpassning. Men det är då just detta och inte det materiella innehållet i lagändringen som är väsentlig. Samtidigt innefattar lagändringar på sådana grunder ett tillgodoseende av de krav på avreglering av arbetsrätten som framförts intensivt alltsedan anställningsskyddslagens tillkomst.

Samtidigt som försämringen ur skyddssynpunkt i form av förkortning av företrädesrätten infördes skedde vissa förbättringar, bl a så att den tid varunder företrädesrätt tjänas in förlängdes och att utrymmet för obegränsade vikariatsanställningar begränsades. Dessa förändringar uppväger dock inte ur skyddssynpunkt de försämringar som skedde.

¹⁴⁷ SOU 1973:7 s 160. Förslaget innebar dessutom att företrädesrätten gällde under uppsägningstiden.

¹⁴⁸ Prop 1973:129 s 163-4.

¹⁴⁹ SFS 1996:1424.

¹⁵⁰ Prop 1996/97:16 s 43.

4.2.4.5 Nyanställningsbegreppet i 25 § och utrymmet för legala kringgåenden

4.2.4.5.1 Nyanställning

Enligt den ursprungliga lydelsen i 1974 års anställningsskyddslag hade en arbetstagare under angivna premisser företrädesrätt till ”ny anställning”.¹⁵¹ Av motsvarande bestämmelse i 1982 års lag följer att arbetstagare har företrädesrätt till ”återanställning”.¹⁵² Någon saklig förändring var inte avsedd. Ändringen var en del av den omfattande språkliga översyn som gjordes och i just föreliggande avseende ville man ”bättre knyta an till det i dagligt tal använda begreppet återanställning”.¹⁵³ Det bör då framhållas att det är just begreppet 'ny anställning' som kommit att få relevans vid tillämpningen av bestämmelsen men några ytterligare argument kring lagtextens strikt språkliga utformning blir det i fortsättningen inte fråga om.

Jag har inte kunnat finna några närmare ställningstaganden till begreppet 'ny anställning' i motiven till 1974 års anställningsskyddslag. Det enda av intresse är att departementschefen i anslutning till en utläggning om ettårsfristens tillämpning framhåller att det

”givetvis” står ”arbetsgivaren fritt att underlåta att träffa avtal eller lämna erbjudande om ny anställning före ettårsperiodens utgång, även om det skulle uppstå behov av ny arbetskraft dessförinnan.”¹⁵⁴

När arbetsdomstolen i AD 1996:56 påstår att det av ”*förarbetena till anställningsskyddslagen*”, varvid man hänvisar till bestämd sida i propositionen,¹⁵⁵ ”framgår att företrädesrätten till återanställning endast gäller i de fall då det blir fråga om nyanställning i egentlig mening” är detta således inte korrekt. Däremot finns i motiven till dåvarande stats-tjänstemannalagens regel, vartill domstolen i nämnda dom hänvisar med ett ”jfr även”, om att företrädesrätt inte gäller gentemot arbetstagare som skall omplaceras på grund av regeln i 7 § andra stycket LAS, följande uttalande *angående anställningsskyddslagens innebörd*:

”Återanställningsrätten enligt LAS torde bara gälla vid ny anställning i egentlig mening. Den gäller följaktligen inte vid omplacering till annan tjänst hos

¹⁵¹ Så var formuleringen även i äldrelagens 6 §.

¹⁵² Samtidigt gjordes motsvarande förändringar av rubriken till regelkomplexet.

¹⁵³ Prop 1981/82:71 s 136-137. Jfr här SOU 1973:7 s 191 där man diskuterar lämplig terminologi.

¹⁵⁴ Prop 1973:129 s 265.

¹⁵⁵ Prop 1973:129 s 163.

samme arbetsgivare. I sådant fall anses nämligen inte själva anställningsförhållandet upphöra”.¹⁵⁶

I sin praxis har arbetsdomstolen uppställt kravet att företrädesrätt till återanställning förutsätter att det faktiskt sker en nyanställning inom den tid företrädesrätten gäller.¹⁵⁷ Nyanställningsbegreppet kan utifrån det perspektiv som här står i förgrunden analyseras och kritiseras dels med tonvikt på vad som skall anses utgöra en *ny* anställning, dels med inriktning på utrymmet för att genom andra avtalsformer undkomma företrädesrättens verkningar, dvs med tonvikt på anställningsbegreppet.

4.2.4.5.2 Nyanställning

När det gäller kravet på ny anställning i egentlig mening är det förhållandet till olika former av omplaceringsåtgärder som står i förgrunden. I rättskällorna synes kravet på *ny* anställning innefatta att exempelvis en förflyttning av anställda inom ett företag *s a s* går före företrädesrätten.¹⁵⁸ Detta synes man mena gäller även om det rör sig om en sådan förändring som arbetsgivaren inte själv äger besluta om; *d v s* i situationer där det formellt anses uppkomma en ny anställning. Här finns naturligtvis möjligheter till reella kringgåenden av företrädesrätten genom förflyttningar inom eller utom turordningskretsen och till arbeten för vilka de företrädesberättigade saknar kvalifikationer.

En närmare granskning av nyanställningsbegreppet i detta avseende visar att det är onyanserat. Som nämnts saknas det auktoritativa uttalandet av intresse i motiven till 1974 års anställningsskyddslag och när man använder sig av det ovan citerade uttalandet i motiven till statstjänstemannalagen måste vi för det första ha klart för oss att det rör ett uttalande om innehållet i en annan lag än den som är föremål för lagstiftning. Vidare att uttalandet gjordes i en bestämd kontext, närmast för att förklara innebörden av den precisering av företrädesrättens gränser som kom till uttryck i statstjänstemannalagen och sedermera LOA. Ut-

¹⁵⁶ Prop 1974:174 s 66.

¹⁵⁷ Jfr nya 25a §. Företrädesrätten till anställning med högre sysselsättningsgrad ”gäller inte mot den som har rätt till omplacering enligt 7 § andra stycket.” Jag ser intet skäl att närmare behandla denna reglering då förutsättningarna här är annorlunda.

¹⁵⁸ Förutom nedanstående källor kan här framhållas Henning, Tidsbegränsad anställning 1984 s 397, som med hänvisning till Lunning, statstjänstemannalagspropositionen och AD 1984:82 gör gällande att ”(o)mplacering av redan anställda i verksamheten, vare sig det sker som alternativ till uppsägning eller som ett led i den normala arbetsledningen, innebär ingen sådan nyanställning, som kan aktualisera företrädesrätt.”

talandet måste närmast uppfattas som att bestämmelsen innebär ett förtydligande av och inte ett undantag från vad som gäller enligt anställningsskyddslagen.¹⁵⁹ Vid sidan av det begränsade rättskällevärdet måste det därför också beaktas att det saknades anledning att närmare utreda frågan om förhållandet mellan företrädesrätten och omplaceringar rent generellt. Här ser vi också hur lätt det är att genom att hoppa över ett led i argumentationskedjan glömma bort varifrån ett ställningstagande kan härledas. När Lunning beskriver begränsningarna i företrädesrätten anger han inledningsvis att

”företrädesrätten till återanställning gäller i princip bara då det blir fråga om *nyanställning hos arbetsgivaren i egentlig mening*. Den gäller följaktligen inte då det rör sig om en *omplacering* av en redan anställd arbetstagare, även om omplaceringen skulle kräva att den omplacerade formellt anställs på en ny tjänst (se t.ex AD 1984 nr 82). På det statliga området har det anförda kommit till uttryck i särskilda författningsföreskrifter (9 kap. 2 § lagen om offentlig anställning). I det kommunala kollektivavtalet AB 84 föreskrivs också uttryckligen att företrädesrätten enligt 25 § inte gäller till en anställning, som behöver disponeras för omplacering. De återgivna föreskrifterna får enligt min mening inte ses som undantag från anställningsskyddslagen utan som ett uttryck för en allmän princip (jfr prop. 1974:174 s. 66; se även Eklund, Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser, s 250).”¹⁶⁰

Lunning uttrycker sig för generellt. Stödet för hans inledande uttalande om att företrädesrätten bara gäller nyanställning i egentlig mening har vi sett kommer från motiven till statstjänstemannalagen. Den aktuella bestämmelsen rör endast frågan om förhållandet mellan arbetstagares återanställningsrätt och arbetsgivares omplaceringsskyldighet enligt 7 § 2 st och det var i den kontexten uttalandet om innebörden av anställningsskyddslagen gjordes. Här uttalar sig Lunning generellt om omplaceringar och använder sedan de uttalanden som gjorts beträffande förhållandet återanställningsrätt/omplaceringsskyldighet till stöd. Det rättsfall Lunning anför som stöd för sitt uttalande, AD 1984:82, rörde just en sådan omplaceringsskyldighetssituation där domstolen i sin argumentation använde sig av LOA-bestämmelsen om att företrädesrätten får vika för arbetsgivarens omplaceringsskyldighet. Sen förstärker Lunning argumentet genom att hänvisa till Eklunds avhandling, som i sin tur som källa använder en tidigare upplaga av Lunnings verk.¹⁶¹

¹⁵⁹ Vilket också är Lunnings uppfattning, se Lunning Anställningsskydd 1989 s 386.

¹⁶⁰ Lunning Anställningsskydd 1989 s 386.

¹⁶¹ Eklund Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser 1983 s 250.

Det är ovan beskrivna föreställningar som låg till grund för arbetsdomstolens ställningstagande i AD 1996:56. En arbetstagare hade sagts upp från sin anställning vid Hyresgästföreningens lokalkontor i Landskrona. När en tjänst vid samma kontor senare men inom företrädesrättstiden blev ledig tillsatte arbetsgivaren tjänsten genom att omplacera en arbetstagare från föreningens lokalkontor i Ängelholm. Tjänsten i Ängelholm tillsattes genom omplacering av en kontorist från regionhuvudkontoret i Helsingborg och den därigenom ledigblivna tjänsten i Helsingborg tillsattes sedan med en utifrån kommande sökande.

Arbetstagersidan gjorde gällande att arbetsgivaren genom sitt förfarande åsidosatt företrädesrätten.¹⁶²

Liksom i flera andra mål¹⁶³ visar här tingsrätten en betydligt större benägenhet än arbetsdomstolen att beakta lagstiftningens funktioner och dess domskäl, som innebar att arbetstagersidans argumentation godtogs, förtjänar att citeras:

”Praxis ger inte någon närmare vägledning för bedömningen av förhållandet mellan företrädesrätten och andra former av omplaceringar.¹⁶⁴ Bedömningen måste i stället göras efter andra överväganden. Därvid bör för det första beaktas att ett av motiven för att en uppsagd arbetstagare skall ha företrädesrätt till återanställning är att det skall vara svårare för en arbetsgivare att kringgå anställningsskyddet genom att säga upp personal under ett skenbart påstående om arbetsbrist för att sedan nyanställa andra personer.¹⁶⁵ Det skulle rimma dåligt med nyss nämnda syfte om en arbetsgivare, när han har behov av ytterligare arbetskraft, inom hela sin verksamhet skulle kunna omdisponera personalen samtidigt som en tidigare uppsagd arbetstagare - vars företrädesrätt som utgångspunkt endast gäller för den driftenhet där han tidigare varit sysselsatt - inte i något läge kan göra gällande sin företrädesrätt. I sammanhanget kan framhållas att en sak för sig är att företrädesrätten inte anses gälla för en viss ledig tjänst, varför arbetsgivaren i princip kan välja att förflytta en redan anställd till den tjänsten om han samtidigt erbjuder den tidigare anställde en annan tjänst.¹⁶⁶ Ett annat förhållande som måste beaktas vid bedömningen av förhållandet mellan omplacering och företrädesrätt är att det torde vara svårt att finna några sakliga skäl för varför företrädesrätten, i andra fall än när det föreligger en omplaceringsskyldighet för arbetsgivaren, skulle få ge vika för arbetsgivarens intresse. Det sagda gäller inte

¹⁶² Vid sidan av den fråga som här behandlas rörde tvisten i andra hand frågan om bl a driftsenhetsbegreppet, vilken behandlats ovan avsnitt 4.2.4.1.

¹⁶³ Exempelvis AD 1982:155, 1983:109 och 1996:114.

¹⁶⁴ Dvs än sådana som följer av omplaceringsskyldigheten enligt 7 § 2 st LAS, min anm.

¹⁶⁵ Här hänvisar tingsrätten till prop 1973:129 s 163.

¹⁶⁶ Här hänvisas till Lunning Anställningsskydd 1989 s 388.

minst när som i detta mål inte ens påstås att det har funnits företagsekonomiska eller organisatoriska motiv för omplaceringen.”

Arbetsdomstolen betraktar saken annorlunda:

”Av förarbetena till anställningsskyddslagen (prop. 1973:129 s. 163; jfr även prop. 1974:174 s. 66) framgår att företrädesrätten till återanställning endast gäller i de fall då det blir fråga om nyanställning i egentlig mening. Företrädesrätten till ny anställning gäller följaktligen inte i konkurrens med omplaceringsrätten enligt 7 § andra stycket anställningsskyddslagen.

Beträffande andra fall av omplacering, dvs. då arbetsgivaren i kraft av sin arbetsledningsrätt omplacerar arbetstagare eller omfördelar arbete, uppkommer fråga om hur en omplacering förhåller sig till företrädesrätten till återanställning.

I domen AD 1980 nr 54 uppkom frågan om företrädesrättsberättigade arbetstagare vid övergång av företag hade företrädesrätt till ny anställning, när den nye arbetsgivaren lånade in personal från ett annat företag. Från arbetstagersidan gjordes gällande att förfarandet stred mot 25 § anställningsskyddslagen och att det var ett kringgående av lag. Det hade funnits företrädesrättsberättigade arbetstagare att tillgå. Arbetsdomstolen gjorde i målet en principiell markering av hur långt företrädesrätten enligt anställningsskyddslagen sträckte sig. Domstolen uttalade att en arbetsgivare inte var skyldig ”att så att säga ta vara på senare uppkommande arbetstillfällen för att bereda den uppsagda arbetstagaren sysselsättning”. Enligt lagtexten är det endast i nyanställningssituationer som företräde kan göras gällande. I lagens förarbeten (prop. 1973:129 s. 265) anges att det står en arbetsgivare fritt att underlåta att träffa avtal eller lämna erbjudande om ny anställning efter företrädesrättsperiodens utgång, även om det faktiskt skulle uppstå behov av ny arbetskraft dessförinnan. Domstolen uttalade att detta förarbetsuttalande, som inte hade mött gensaga under lagstiftningsarbetets fortsatta handläggning, tydde på att det inte varit lagstiftarens mening att företrädesrättsreglerna tolkningsvis skulle ges tillämplighet utanför nyanställningssituationen i syfte att garantera att företrädesrättsberättigad arbetstagare bereddes sysselsättning hos arbetsgivaren när detta i och för sig skulle vara möjligt. Endast otillbörliga förfaranden kunde enligt domstolen anses som ett kringgående av företrädesrättsreglerna.

Påståenden om kringgående av lagens företrädesrättsregler har förekommit i tidigare fall i arbetsdomstolens praxis (se utöver det nyss berörda fallet AD 1980 nr 54 bl.a. AD 1986 nr 50 och 144). Domstolen har då uttalat att det är en uppgift för rättstillämpningen att medverka till att sådant förfarande inte får passera men att det å andra sidan måste ställas bestämda krav för att ett kringgående av lagen, med de rättsföljder som är knutna därtill, skall anses ha förekommit. Det krävs således inte bara att de åtgärder som påstås utgöra ett sådant kringgående blir på vanligt sätt styrkta, utan dessutom att ett syfte med åtgärderna har varit att undgå tillämpning av de aktuella lagreglerna. Därutöver krävs att handlandet med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet skall fram-

stå som otillbörligt. Det förhållandet att en part utnyttjar en i lagen angiven begränsning av motpartens rätt, innebär inte i och för sig att han gör sig skyldig till ett otillbörligt kringgående av lagen.

I målet har från klagandesidan påståtts att hyresgästföreningen betraktat Yvonne Dandanell som obekvämt eller motsvarande. Klaganden synes mena att omplaceringen mot bakgrund härav skett för att kringgå reglerna om återanställningsrätten. Som hyresgästföreningen har påpekat synes detta vara en ny omständighet som inte tidigare har framförts och det skulle därför kunna göras gällande att hinder föreligger att nu återropa omständigheten. Arbetsdomstolen lämnar emellertid därhän hur härmed förhåller sig. Domstolen ställer frågan om hyresgästföreningens handlande i samband med omplaceringen av Birgitta Rifve kan anses ha innefattat ett sådant otillbörligt kringgående av lag som har berörts i det föregående.

Hyresgästföreningen har obesträtt uppgivit att anledningen till att Birgitta Rifve erhöi den aktuella tjänsten varit att tillgodose hennes önskemål om att få en motsvarande befattning i Landskrona. I målet har inte framkommit någon omständighet som direkt tyder på att hyresgästföreningen haft till syfte att kringgå Yvonne Dandanells företrädesrätt till ny anställning genom att erbjuda Birgitta Rifve den lediga tjänsten. Arbetsdomstolen finner därför att det inte kan anses styrkt att det förelagat några ovidkommande skäl för föreningens handlande. Om en arbetsgivare i kraft av sin arbetsledningsrätt omplacerar en arbetstare, kan detta inte i och för sig anses innebära att arbetsgivaren brutit mot företrädesrätten till återanställning enligt anställningsskyddslagen.

Arbetsdomstolen finner med hänvisning till det anförda att hyresgästföreningen inte kan anses ha åsidosatt Yvonne Dandanells företrädesrätt till återanställning såvitt avser tjänsten i Landskrona.”

Detta mål visar tydligt skyddsreglernas begränsning och arbetsdomstolens närmast formalistiska sätt att hantera frågeställningen.¹⁶⁷ Tingsrätten ståndpunkt var en helt annan och denna menade att en omplacering som inte var föranledd av omplaceringsskyldigheten inte skulle ha företräde framför företrädesrätten till återanställning. Den avgörande skillnaden mellan domstolarna är att tingsrätten inte fäster någon vikt vid huruvida det rör sig om ett avsiktligt kringgåendeförsök eller inte. Till skillnad från arbetsdomstolen betraktas problemet utifrån regleringens funktioner. Med den lösning tingsrätten valde saknades också anledning att ingå i diskussion om kringgåendeförsök eftersom förfarandet kom att betraktas på sådant sätt att regeln var direkt tillämplig. På den punkten synes arbetsdomstolen överhuvudtaget inte argumentera. Genom sitt sätt att lägga upp domskälen tycks arbetsdomstolen förut-

¹⁶⁷ Domen var enhällig med Hans Stark som ordförande.

sätta att det rör sig om ett kringgåendeförsök och då blir också argumentationen därefter. Den enda återkoppling till den inledande frågan om omplaceringsrätten som görs är att domstolen avslutningsvis konstaterar att utnyttjandet av omplaceringsrätten inte ”i och för sig” innefattar ett brott mot företrädesrätten.

Domstolen visar i AD 1996:56 precis samma oförmåga som när det gäller frågan om saklig grund i arbetsbristfall. Ett påstående om osaklighet uppfattas som om det måste finnas ett ovidkommande skäl. Hade man satt in det i ett övergripande perspektiv där återanställningsrätten betraktas som en del av anställningsskyddets struktur hade resultatet blivit ett annat. Det ser vi också i tingsrättens dom.

Vi måste också ha i åtanke att problematiken kring omplacering kontra återanställning tar utgångspunkt i den situationen att två personer står mot varandra. Om man skall tillgodose den företrädesberättigades intresse skulle det medföra att en annan person skulle sägas upp. Det är knappast erforderligt med en uttrycklig reglering av detta slag.¹⁶⁸ Situationen i AD 1996:56 är en helt annan. Här bereds en person anställning på en annan av arbetsgivarens arbetsställen där en person har företrädesrätt till återanställning. På den plats den omplacerade lämnade anställs en helt utomstående. Här finns inte den nyssnämnda konkurrenssituationen. Det finns plats för båda om än inte på just den plats de båda önskar. Det bör då framhållas att *det inte är förbjudet att anställa en företrädesberättigad på annan enhet än där vederbörande har företrädesrätt*. Man måste således enligt min uppfattning betrakta situationen utifrån anställningsskyddsregleringens funktion och inte som domstolen ägna sig åt juridisk formalism. Man måste också skilja på omplaceringsskyldighet och omplaceringsrätt.¹⁶⁹ Att ett fullgörande av omplaceringsskyldigheten går före företrädesrätten förefaller helt i enlighet med regleringens funktioner. En redan anställd har ett starkare skydd än en företrädesberättigad. Däremot är det ingalunda självklart att företrädesrätten skall få vika för arbetsgivarens omplaceringsrätt. Här är det rimligt att beakta situationen i det enskilda fallet. I AD 1996:56 kan man för övrigt fråga sig om det ens rörde sig om utövande av omplaceringsrätten. Omplaceringen skedde också på arbetstagarens initiativ,

¹⁶⁸ Jfr Eklund Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser 1983 s 250.

¹⁶⁹ Eklund ställer dessa frågor men går inte närmare in på dem, Eklund Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser 1983 s 251. Däremot påpekar han på samma ställe att det är problem redan vad gäller omplaceringsskyldigheten eftersom arbetsgivaren kan gå längre än vad som krävs, vilket i sin tur kan påverka eventuella företrädesberättigades ställning.

vilket jag till skillnad från domstolen menar borde föranleda en annan slutsats. Eftersom det rör sig om arbete på annan ort kan det ifrågasättas om arbetsgivaren ensidigt kunnat fatta beslut härom. Har arbetsgivaren inte denna rätt och det heller inte rör sig om ett erbjudande i syfte att uppfylla omplaceringsskyldigheten i 7 § 2 st är det rimligt att i en återanställningssituation behandla det hela som en nyanställning. På samma sätt bör saken betraktas om det rör sig om ett utövande av omplaceringsrätten som får den effekt det fick i AD 1996:56. Ett alternativ är att den företrädesberättigade erbjuds den omplacerades befattning oavsett om den ligger utanför turordningskretsen. I andra sammanhang brukar nämligen anföras att en företrädesberättigad inte kan göra anspråk på viss bestämd befattning eller befordran. Lunning framhåller således att om det är så

”att en arbetsgivare vill tillsätta en ledig tjänst med en hos honom redan anställd arbetstagare, torde 25 § inte utgöra något hinder mot detta, förutsatt att den företrädesberättigade samtidigt erbjuds en annan tjänst, t.ex. den tjänst som den befordrade arbetstagarens lämnar, om denna skall återbesättas.”¹⁷⁰

Detta förefaller vara den rimliga lösningen när det inte rör sig om en omplaceringsskyldighetssituation.

4.2.4.5.3 Nyanställning

Att det skall röra sig om anställning innebär också att företrädesrätten inte anses utgöra något hinder mot att en arbetsgivare använder sig av andra former för anlitande av arbetskraft än anställning.¹⁷¹ Det ledande rättsfallet är här AD 1980:54.¹⁷² Tvisten gällde huruvida en arbetsgivare, som övertagit ett konkursbos verksamhet men inte samtliga anställda, bröt mot företrädesrätten genom att låna in tre arbetstagare från ett annat företag. Sedan domstolen avfärdat förstahandsgrunden, enligt vilken de inlånade arbetstagarna skulle anses vara anställda hos arbetsgivaren i

¹⁷⁰ Lunning Anställningsskydd 1989 s 388.

¹⁷¹ Vidare tillkommer att företrädesrätten i sig inte tvingar en arbetsgivare att anlita arbetskraft även om det skulle finnas ett behov. I AD 1988:160 gjorde domstolen följande anmärkning mot arbetstagsidans påstående om brott mot företrädesrätten och att det, som domstolen uppfattade det, skulle sakna betydelse när en ifrågasatt tjänst besattes: ”Härtill kommer en synpunkt som är viktig med tanke på den praktiska tillämpbarheten; nämligen att man praktiskt taget alltid torde få godta ett påstående från arbetsgivaren om att han har haft fullgoda skäl att över huvud inte anställa någon eller i varje fall att inte göra det förrän vid en senare tidpunkt än den som sattes i fråga när saken var på tal med den företrädesberättigade arbetstagaren.”

¹⁷² Se också AD 1990:67 där arbetstagsidan menade att ett entreprenadföretags anställda skulle betraktas som arbetstagare hos uppdragsgivaren.

fråga, övergick den till frågan om förfarandet kunde anses utgöra ett kringgående av företrädesrättsreglerna:

”Till en början bör framhållas att företrädesrättsreglerna i anställningsskyddslagen inte enligt sin lydelse har den innebörden att en arbetsgivare, som i överensstämmelse med lagens regler har sagt upp en anställd på grund av arbetsbrist, skulle vara skyldig att så att säga ta vara på senare uppkommande arbetstillfällen för att bereda den uppsagda arbetstagaren sysselsättning. Enligt lagtexten är det endast i nyanställningssituationen som företräde kan göras gällande. I lagens förarbeten (prop 1973:129 s 163) anges att det står en arbetsgivare fritt att underlåta att träffa avtal eller lämna erbjudande om ny anställning före ettårsperiodens utgång även om det skulle uppstå behov av ny arbetskraft dessförinnan. Detta förarbetsuttalande som inte mött gensaga under lagstiftningsärendets fortsatta handläggning tyder på att det inte har varit lagstiftarens mening att företrädesrättsreglerna tolkningsvis skall ges tillämplighet utanför nyanställningssituationen i syfte att garantera att företrädesberättigad arbetstagare bereds sysselsättning hos arbetsgivaren när detta i och för sig skulle vara möjligt. Mot att ge företrädesreglerna tillämplighet utanför det i lagtexten angivna området talar även följande. Anställningsskyddslagen har den allmänna innebörden att det är arbetsgivaren som ensam bestämmer verksamhetens omfattning och inriktning. Finner arbetsgivaren det vara motiverat från företagsekonomisk synpunkt att begränsa den egna verksamheten genom att anlita entreprenör för ett arbete eller eljest låta annan utföra arbetet, kan därför arbetsgivarens beslut i princip inte angripas under åberopande av anställningsskyddslagens regler, även om det med fog kan påstås att åtgärden är till förfång för sysselsättningen vid företaget. Denna grundsyn på anställningsskyddet kommer till uttryck främst vid prövning av om uppsägning är sakligt grundad. Konsekvensen bjuder dock att företrädesrättsreglerna tillämpas på samma sätt. I enlighet härmed bör företrädesrätt till nyanställning inte kunna utövas exempelvis i den situationen då arbetsgivaren under ettårstiden anlitar entreprenör för ett arbete i stället för att nyanställa tidigare uppsagd arbetstagare.

Metallindustriarbetareförbundet har emellertid menat att det finns anledning att betrakta inlåning av arbetskraft på ett annat sätt än en vanlig entreprenad vid tillämpning av företrädesrättsreglerna. Denna uppfattning är enligt arbetsdomstolens mening befogad endast under vissa omständigheter. Det skulle otvivelaktigt vara utmanande och stridande mot rättskänslan, om det vore möjligt att tillgodose ett mera permanent behov av arbetskraft i ett företags normala verksamhet genom inlåning till förfång för tidigare uppsagd arbetstagare som har anspråk på företräde vid nyanställning. Det finns dock inte skäl att generellt sett anse inlåning av arbetstagare under ettårstiden som ett kringgående av företrädesrättsreglerna. *Endast förfaranden som med hänsyn till omständigheterna i det*

*enskilda fallet måste anses otillbörliga bör betraktas som kringgående av företrädesrätten.*¹⁷³

I det aktuella fallet har arbetsdomstolen redan vid prövningen av om de inlånade arbetstagarna kan anses ha varit anställda hos CABRO-Verken bedömt omständigheter som har betydelse också när det gäller att avgöra om inlåningen skall betraktas som ett otillbörligt kringgående av företrädesrättsreglerna. Särskilt gäller detta frågeställningen huruvida inlåningen varit avsedd att pågå mera permanent. Domstolen hänvisar till vad som har anförts härom i det föregående.

Utöver den omständigheten att inlåningen måste antas ha varit avsedd att pågå under endast begränsad tid fäster domstolen avseende vid följande omständigheter. I målet har upplysts att frågan om hur en tillfällig produktionsökning hos CABRO-Verken under sommaren 1978 skulle kunna bemästras diskuterades mellan bolaget och företrädare för arbetstagarna. Diskussionen ledde till att parterna blev ense om att en tillfällig inlåning av arbetstagare från annat företag skulle vara den från produktionsteknisk synpunkt lämpligaste åtgärden. Fastän Nilssons och Svedbergs sysselsättning vid den tiden var särskilt uppmärksammas ifrågasattes inte av någon att problemet skulle ha kunnat lösas genom att dessa återanställdes i verksamheten. Det måste hållas för visst att det var sakliga, med produktionsförhållandena sammanhängande omständigheter som föranledde att parterna hade denna inställning. I målet har över huvud taget inte framkommit någon omständighet som tyder på att bolaget av ovidkommande skäl inte ville bereda Nilsson och Svedberg fortsatt sysselsättning hos bolaget.

Arbetsdomstolen finner vid ett övervägande av det nu anförda att bolaget genom att låna in arbetstagare från Ventiler HB inte kan anses på ett otillbörligt sätt ha kringgått företrädesrättsreglerna i anställningsskyddslagen.¹⁷⁴

Vi ser här att domstolen fokuserar på frågan om förfarandet kan anses otillbörligt och detta sedan den genom sin tolkning av ett motivuttalande funnit att företrädesrättsreglerna inte är direkt tillämpliga.¹⁷⁵ Ett resonemang med regleringens ändamål som utgångspunkt hade för det första kunnat medföra ett annat resultat såvitt angår utrymmet för andra avtalsformer under den period tidigare anställda har företrädesrätt. Om domstolen istället för att fokusera på arbetsgivarens avsikter gjort en konsekvensinriktad bedömning av åtgärden hade det också skapats utrymme för att angripa kringgåenden. Vid tidpunkten ifråga var utrymmet för tidsbegränsade anställningar mindre än idag. LAS tillät exempelvis inte anställningar med hänvisning till tillfällig arbetsanhopning. Detta är ett förhållande som bör kunna påverka helhetsbedömningen. Jag menar nämligen att det i flera mål i domstolens obenägenhet att bi-

¹⁷³ Min kursivering.

¹⁷⁴ Domen var enhällig med Hans Stark som ordförande.

¹⁷⁵ Det är härifrån domstolen i AD 1996:56 hämtat sina utgångspunkter.

falla talan kan spåras en osäkerhet om de faktiska eller rättsliga konsekvenserna härav.¹⁷⁶ Idag när utrymmet för tidsbegränsade anställningar är väsentligt större¹⁷⁷ kan det därför finnas ytterligare skäl att betrakta saken annorlunda. Problemet är dock att sådant som faktiskt påverkar de generellt framställda rättssatserna inte kommer till uttryck i domskälen. Genom principiella utläggningar där väsentliga moment döljs eller är omedvetna riskeras rättsläget att låsas.

Det finns ett samband mellan tillämpningen av 7 och 25 §§ vad avser de bakomliggande normativa föreställningar som styr domstolens argumentation. Man utgår i båda fallen från den s k företagsledningsrätten och enbart detta faktum, att skyddsregeln i form av företrädesrätt är underkastad samma överordnade norm, visar på begränsningen i skyddsregeln. Det hela utvecklas av domstolen i AD 1986:50 när den motiverar varför företrädesrättsreglerna inte tvingar arbetsgivaren att anställa bara för att det finns behov av arbetskraft:

”Som domstolen har berört i domen 1980 nr 54 innebär anställningsskyddslagens regler om företrädesrätt till återanställning inte någon skyldighet för arbetsgivaren att 'ta vara på' uppkommande arbetstillfällen för att bereda en tidigare uppsagd och företrädesberättigad arbetstagare sysselsättning. Saken kan också uttryckas så att företrädesrättsreglerna inte tvingar arbetsgivaren att nyanställa. Detta sammanhänger med att anställningsskyddslagen, inklusive reglerna om företrädesrätt till återanställning, bygger på den principiella grunden att det ytterst är arbetsgivaren som bestämmer hur hans verksamhet skall bedrivas, hur många anställda som skall finnas i denna och hur arbetet skall vara organiserat. Det är en sak för sig att arbetsgivarens rörelsefrihet härvidlag kan vara inskränkt av andra regler, lag eller avtal, än anställningsskyddslagens regler om företrädesrätt till återanställning. Det sagda innebär emellertid att dessa företrädesrättsregler inte ger en företrädesberättigad arbetstagare någon garanti för att han eller hon skall erbjudas anställning hos arbetsgivaren. Och detta gäller även om denne från verksamhetens synpunkt kan sägas i och för sig ha behov av arbetskraft för vissa uppgifter. I princip står det arbetsgivaren fritt att underlåta att täcka ett sådant behov eller att täcka det på annat sätt än genom nyanställning. Företrädesrätten till återanställning enligt anställningsskyddslagen kan göras gällande endast i nyanställningssituationen.”

Hela poängen i AD 1980:54 är att arbetsgivaren har en fri rätt att säga upp anställda om han finner det företagsekonomiskt motiverat och att konsekvensen då enligt domstolen också bjuder att arbetsgivaren har

¹⁷⁶ Detta kan generellt hävdas i fall där domstolen inte skiljer mellan företagsledningsbeslut och genomförandebeslut. Se kanske särskilt AD 1988:32 och 1989:47.

¹⁷⁷ Jfr ovan under 4.2.2.

samma rätt att anlita en entreprenör istället för att anställa i situationer då det finns företrädesberättigade. Det som utgör grunden för att acceptera arbetsgivares fria bestämmanderätt över verksamhetens organisation etc och att följdverkningar i form av arbetsbristuppsägningar godtas som sakligt grundade är reglerna om turordning och företrädesrätt till återanställning. I en situation där en arbetsgivare säger upp anställda för att istället anlita en entreprenör eller motsvarande är dock själva poängen att arbetsuppgifterna överförs till en ny arbetsgivare. Formellt har de anställda alltså företrädesrätt hos sin gamle arbetsgivare men vid en överföring av uppgifter som vid en entreprenad kommer företrädesrätt i praktiken många gånger inte ifråga med hänsyn till reglerna om kretsar och tillräckliga kvalifikationer. Däremot har de anställda enligt uttrycklig regel i 25 § LAS företrädesrätt hos ny arbetsgivare om verksamheten övergått och enligt 6b § rätt att följa med om de är anställda vid tidpunkten för övergången. Frågan är då om utläggning på entreprenad i denna mening kan anses innebära en övergång av verksamheten. Praxis enligt de regler som blev en följd av företagsöverlåtelsedirektivets införlivande talar emot detta, för såvitt det inte rör sig om en situation där tillgångar och anställda övertas.¹⁷⁸ I motiven till införlivandet av företagsöverlåtelsedirektivet diskuterades relationen mellan direktivets och i svensk rätt gällande övergångsbegrepp utan att den fråga som här är av intresse direkt blev föremål för behandling.¹⁷⁹ Man förespråkade emellertid ett enhetligt övergångsbegrepp och framhöll att förändringarna inte avsåg att försämra för arbetstagarna i förhållande till vad som dittills gällt. Jag ser intet skäl att närmare diskutera hur de olika bestämmelserna förhåller sig till varandra och vilka de närmare ändamålen bakom regleringarna är. Min principiella ståndpunkt är dock att företrädesrätten även i entreprenadsituationer intimt sammanhänger med ett schabloniserat synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund. Om de tidigare anställda inte skulle ha "företrädesrätt" hos entreprenören då kan heller inte frågan om saklig grund besvaras på det formalistiska sätt som domstolen plägar göra. Det är därför också i sig anmärkningsvärt att domstolen i 1980:54 utan närmare reflektion hänvisar till uppsägningssituationen. Frågan är mer komplex än så och härtill kommer att det inte vid denna tidpunkt fanns

¹⁷⁸ Se AD 1997:67 och AD 1997:81 med hänvisningar. Jfr AD 1998:44, 1998:121, 1998:124 och 1998:146. Se dock AD 1998:144 och 1999:21. Bland mål från EG-domstolen av intresse kan nämnas Schmidt (C 13/95) och Süzen (C 392/92).

¹⁷⁹ Se prop 1994/95:102 s 65.

några auktoritativa rättskällor som i praktiken tvingade domstolen till denna koppling till uppsägningssituationen och än mindre något uttalande som gav stöd för att arbetsgivare är fria att säga upp anställda för att istället anlita en entreprenör. Domstolen har tvingat in sig själv i en återvändsgränd genom att förutsätta att en arbetsgivares § 32-befogenheter i alla lägen hindrar en reell prövning av om en åtgärd i LAS mening är sakligt grundad.

Det innebär således en påtaglig svaghet att en av de skyddsregler som är till för att kompensera arbetsgivarens frihet att genom verksamhetsförändringar skapa arbetsbristsituationer och säga upp folk är underkastad samma begränsningar vad gäller utrymmet för rättsliga ingripanden.

*Avregleringen av arbetsförmedlingsmonopolet*¹⁸⁰

I takt med att nya former för anlitan­de av arbetskraft tilltar i omfattning¹⁸¹ urgröps också skyddsreglerna. Företrädesrätten till återanställning som ett skydd mot skenätgärder bygger på och har sin bakgrund i en tidsepok då den helt förhärskande formen av anlitan­de av arbetskraft var just anställning. Med den praxis AD skapat kring inlåning av arbetskraft och anlitan­de av entreprenörer för arbete i den egna verksamheten¹⁸² etc både som ett fullt legalt skäl för att säga upp anställda¹⁸³ och för att slippa återanställa har man anvisat vägar för den arbetsgivare som vill bli av med anställda men som saknar grund för uppsägning med hänvisning till personliga förhållanden.¹⁸⁴ Men även om detta inte är syftet visar det företrädesrättens begränsning som skyddsregel. I dessa situationer menar jag att det finns direkt rättsliga förklaringar till varför företag använder andra former än anställning. I andra situationer har det fram till helt nyligen säkerligen också varit så att reglerna påverkat formerna i anställningsfrämjande syfte. Vad jag har i åtanke är de regler som fram till nyligen förbjöd privat arbetsförmedling och uthyrning

¹⁸⁰ Få frågor har utretts så mycket som arbetsförmedlingsmonopolet, jfr Eklunds reflektion i JT 1989/90 s 275.

¹⁸¹ Jfr här bl a Numhauser-Henning *Arbetslivets flexibilisering* 1993.

¹⁸² Se bl a AD 1980:54 och 1990:67.

¹⁸³ Som nyss antytts förefaller det inte som om utrymmet härför minskat med de nya EG-baserade reglerna om företagsöverlåtelse.

¹⁸⁴ Dessutom avskaffade den borgerliga regeringen den s k vetorätten per den 1 januari 1994, vilken dock återställdes av den tillträdande socialdemokratiska regeringen per den 1 januari 1995.

av arbetskraft.¹⁸⁵ Genom avregleringen på detta område har det öppnats möjligheter som det är svårt att ännu överblicka.

Den utredning som nyligen hade till uppgift att utvärdera personaluthyrningsverksamheten ställer sig i de avseenden som här är av intresse i allt väsentligt positiv till företeelsen och menar att den har en funktion att fylla som alternativ till bl a vikariatspooler och liknande. Jag delar denna uppfattning. Med hjälp av statistik från bl a USA och Tyskland menar utredningen att det saknas belägg för farhågorna om att personaluthyrning skulle komma att ersätta fasta anställningar.¹⁸⁶ Det finns anledning att ifrågasätta denna jämförelseteknik. Man måste ha hela den rättsliga kontexten klar för sig innan man kan dra några slutsatser.¹⁸⁷ Utredningen framhåller vidare den högre kostnaden som ett skäl mot en sådan utveckling.¹⁸⁸ Även på den punkten kan det ifrågasättas om ståndpunkten är genomtänkt. Permanenta lösningar skulle naturligtvis ge helt andra ersättningsnivåer. Utredningen framhåller i sammanhanget också att personalinhyrning är

”en åtgärd som är förhandlingspliktig enligt 38 § medbestämmandelagen (MBL). I det fall en arbetsgivare skulle vilja reducera den ordinarie arbetsstyrkan till förmån för permanent inhyrning av personal torde det enligt utredningens uppfattning vara en sådan åtgärd som 'strider mot vad som är allmänt godtaget inom parternas avtalsområde' och därmed grund för fackligt veto enligt 39 § MBL. Även här finns alltså en spärr mot att ordinarie jobb byts ut mot inhyrning.”¹⁸⁹

Jag har svårt att se hållbarheten och konsekvensen i denna argumentation. Uthyrningsverksamhet betraktas å ena sidan som en fullt legitim verksamhet jämförbar med andra typer av uppdragsavtal men samtidigt skulle det kunna stå i strid med vad som är godtaget inom området. Varför skulle detta gälla just inhyrning och inte entreprenad. Att det sistnämnda är fullt tillåtet oavsett hur graverande omständigheterna är

¹⁸⁵ Det första steget togs av den socialdemokratiska regeringen, se prop 1990/91:124, 1990/91:AU20 och SFS 1991:746. Regeringen Bildt genomdrev strax därefter ytterligare avregleringar i ämnet som resulterade i 1993 års lag om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft (SFS 1993:440), se prop 1992/93:218 och 1992/93:AU16.

¹⁸⁶ Se SOU 1997:58 bl a s 55.

¹⁸⁷ Om exempelvis uppsägningsrätten är fri för arbetsgivare kan man inte jämföra med förhållanden där så inte är fallet. Vi har ju också sett ett annat exempel. Införandet av kravet på saklig grund och tillsvidareanställning som huvudregel medförde att antalet tidsbegränsade anställningar ökade, se ovan avsnitt 4.2.2.

¹⁸⁸ SOU 1997:58 s 55-56.

¹⁸⁹ SOU 1997:58 s 56.

har med all önskvärd tydlighet visats i AD 1990:67.¹⁹⁰ Utredningen återkommer till motsvarande argumentation när den under särskild rubrik utvecklar ”vissa arbetsrättsliga frågor”.¹⁹¹ Beträffande att det till utredningen framförts förslag om förbud mot inhyrning av arbetskraft under perioder då tidigare anställda alltjämt åtnjuter företrädesrätt bemöttes detta enligt följande.

”Motiveringen är att en arbetsgivare annars kan göra sig av med arbetskraft han inte vill ha genom att säga upp personal med motiveringen 'arbetsbrist', för att sedan lösa sitt behov av arbetskraft med inhyrning till dess att företrädesrätten löpt ut.

Det kan inte uteslutas att sådana fall kan inträffa. Vi anser dock att en generell bestämmelse om att inhyrning inte får ske på arbetsplatser där det finns företräde enligt LAS skulle vara för otymplig. Även företag där man – fullt korrekt – avskedat personal p g a arbetsbrist kan ställas inför akuta behov att temporärt ersätta sjuka anställda, och det torde inte alltid vara ett realistiskt alternativ att då återanställa någon med företräde.”¹⁹²

Det är svårt att se hur en så tydlig bestämmelse kan vara otymplig och mot vad i övrigt anförs kan endast framhållas att det fram till för bara några år sedan överhuvudtaget var otillåtet med inhyrning av personal och att ett sådant förfarande därför utan vidare skulle ha varit ett brott mot företrädesrättsreglerna.¹⁹³ Utredningen framhåller istället åter veto-rättsreglernas betydelse:

”Utredningen menar, att bestämmelserna i MBL redan ger möjlighet att på ett smidigare sätt hantera de problem, som den här föreslagna regeländringen riktar sig mot. Inhyrning av arbetskraft är som nämnt förhandlingspliktig enligt 38 § MBL, och fall av uppsägningar motiverade av arbetskraftsbrist,¹⁹⁴ som omedelbart följs av önskemål om långtidsuthyrning av personal, bör enligt utredningens uppfattning ge grund för ett fackligt veto enligt 39 §; förfarandet torde avgjort vara att betrakta som ett kringgående av lagen om anställningsskydd.”¹⁹⁵

¹⁹⁰ Beträffande de synpunkter jag framför rörande detta mål bör det framhållas att jag biträdde arbetstagsidans ombud. Angående denna problematik, se Lindskog i JT 1990/91 s 15-16 och Tom Johansson i JT 1994/95 s 1129 not 2.

¹⁹¹ SOU 1997:58 s 57ff.

¹⁹² SOU 1997:58 s 58-59.

¹⁹³ Tillfällig *inlåning* accepterades dock som vi sett i AD 1980:54. Skillnaden mellan utlåning och uthyrning är ingalunda klar (jfr Numhauser-Henning Arbetslivets flexibilisering 1993 m hänv) men efter de nu företagna lagändringarna synes skillnaderna ha förlorat i betydelse. Det bör dock poängteras att distinktionen tidigare var av stort intresse, jfr Henning Tidsbegränsad anställning 1984 avsnitt 3.1.2.

¹⁹⁴ Det står så!

¹⁹⁵ SOU 1997:58 s 59.

Mot bakgrund av mitt syfte borde jag ta uttalanden av detta slag till grund för att det trots allt finns utrymme att angripa dubiösa förfaranden som syftar till att ersätta anställda. Jag menar emellertid att ställningstagandet är i högsta grad ogenomtänkt. Själva poängen är ju att en arbetsgivare enligt ett schabloniserat synsätt har rätt att förändra formerna för anlitande av arbetskraft. Arbetsbrist betyder inte brist på arbete. Och eftersom arbetskraftsinhyrning numera är en tillåten form för anlitande av arbetskraft - liksom entreprenader, konsultavtal etc - vore det mycket anmärkningsvärt om en domstol, så enkelt som utredningen framställer det, utan vidare skulle anse förfarandet stå i strid med anställningsskyddslagen.

Enbart av annonser i dagspressen kan man konstatera att det idag förekommer åtskilliga fall av företag som hyr ut personer som är avsedda att ingå i den reguljära verksamheten på ett företag. Jag ställer mig mycket frågande till hur man kunnat genomföra detta system utan att tillräckligt ha utrett de rättsliga effekterna härav.¹⁹⁶ Att i ett sådant sammanhang anföra att det i USA och Tyskland inte visat sig bli någon större utbredning på verksamheten är irrelevant. Det är nämligen inte det kollektiva användandet som är intressant ur anställningsskyddssynpunkt och vad det beträffar spelar det knappast någon roll om arbetskraften är tillsvidareanställd hos ett "vanligt" företag än om den är tillsvidareanställd hos ett uthyrningsföretag. Ur skyddsregelssynpunkt är det utrymmet för användning av företeelsen i det enskilda fallet som är intressant. Härtill kommer att det i större utsträckning av företagsekonomiska och andra ickejuridiska skäl torde vara vanligt med utläggning på entreprenad, legotillverkning, utbredda underleverantörssystem (där underleverantören kanske bara har en kund och tillverkar produkter som inte kan avsättas annorstädes och med stora investeringar nedlagda i maskiner och utrustning) etc.

4.2.4.5.4 Några ytterligare synpunkter på företrädesrättens begränsningar som skyddsregel

Det finns också utrymme för att komma ifrån en företrädesberättigad genom organisatoriska förändringar av tjänstestruktur etc. I AD 1989:47 blev konsekvenserna av turordningskretsarnas utformning att en högre befattningshavare med lång anställningstid fick ge vika för senare anställda i lägre position. I AD 1986:50 gjorde man tvärt om. I

¹⁹⁶ Ännu har dessa företeelser inte satt några spår i AD:s praxis såvitt mig är bekant.

målet gick senare anställda med formellt högre befattningar före en företrädesberättigad. Utrymmet förefaller stort för att genom olika dispositioner uppnå det resultat man önskar. Det aktuella målet saknar kanske principiellt intresse men är likväl belysande för domstolens oförmåga att se företrädesrättsreglerna i den anställningsskyddsrettsliga kontexten,¹⁹⁷ vilket främst tar sig uttryck i de närmast ouppnåeliga krav domstolen ställer upp för att kunna tillmötesgå ett påstående om kringgåendeförsök.

Efter det i föregående avsnitt citerade utdraget fortsatte domstolen i AD 1986:50 enligt följande:

”Vidare bör framhållas följande. Företrädesrätten till återanställning gäller i princip med avseende på varje nyanställning i den verksamhet där den företrädesberättigade tidigare varit sysselsatt, under förutsättning att han eller hon har tillräckliga kvalifikationer för den nya anställningen. Så t ex har den som på grund av arbetsbrist blivit uppsagd från en deltidsanställning företrädesrätt även till en heltidsanställning (jfr arbetsdomstolens dom 1984 nr 82). Å andra sidan innebär anställningsskyddslagens regler om företrädesrätt till återanställning att den på en tidigare anställning grundade företrädesrätten upphör, när den företrädesberättigade accepterar en erbjuden återanställning. Detta gäller t ex även om den företrädesberättigade blivit uppsagd från en heltidsanställning och sedermera accepterat återanställning på en deltidstjänst. Arbetstagaren har i denna situation inte enligt anställningsskyddslagen någon företrädesrätt till en därefter uppkommande heltidstjänst eller till så många ytterligare deltidstjänster att han eller hon åter når måttet för sin tidigare heltidsanställning.

Mot den nu angivna bakgrunden finns det fog för att ställa frågan, i vad mån det alls kan vara möjligt att bifalla en talan som är så utformad som förbundets talan i förevarande mål. Förbundet vill nämligen så att säga lägga ihop arbetsinsatser som påstås under en längre tid vara utförda av dels Samuelsson, dels Britt-Inger Jernberg, dels icke närmare specificerad extra personal till underlag för en heltidsanställning som servitör, vilken enligt förbundets mening bort erbjudas åt Miralles.

Det ligger i öppen dag att det inte utan vidare går att tillämpa anställningsskyddslagens regler om företrädesrätt till återanställning på en sådan sammansatt faktisk situation som förbundet har beskrivit och lagt till grund för sina skadeståndsyrkanden i målet. Dessa regler är principiellt inte uppbyggda så att de kan tillämpas på annat än nyanställningssituationer och inte heller så att de ger stöd för skadeståndsanspråk som grundas på ett ”kollektiv” av nyanställningsbeslut från arbetsgivarens sida. För att belysa detta senare förhållande behöver bara pekas på att Miralles, om domstolen skulle finna exempelvis att Samuelsson fick anses ha blivit anställd på halvtid som servitör och att det-

¹⁹⁷ Eller osäkerhet om effekterna av ett tillmötesgående av arbetstagsidans talan.

samma gällde Britt-Inger Jernberg, knappast med framgång skulle kunna hävda ett skadeståndsanspråk som grundades på att hans företrädesrätt blivit åsidosatt såväl genom den ena som genom den andra anställningen, så att han i själva verket gått miste om en heltidsanställning som servitör. Så som anställningsskyddslagens regler om företrädesrätt till återanställning är konstruerade och tillämpas, torde den företrädesberättigade i en sådan situation vara nödsakad att välja mellan att lägga den ena eller den andra anställningen - eventuellt alternativt - till grund för ett på sin företrädesrätt grundat skadeståndsanspråk.

Förbundets talan får emellertid uppfattas på så sätt att förbundet menar, att bolaget genom sitt samlade förfarande med avseende på serveringsarbetet vid restaurang Amalfi handlat på ett sätt som inneburit att Miralles utestängts från en faktiskt befintlig heltidsanställning som servitör, och att detta tillgått så att Miralles fått svårigheter att på sätt som förutsätts i 25 § anställningsskyddslagen angripa olika enskilda anställningsbeslut. De olika momenten i bolagets samlade förfarande har därvid enligt förbundets mening varit att bolaget formellt anställt Samuelsson som restaurangchef och Britt-Inger Jernberg som hovmästare - anställningstyper som Miralles med hänsyn till sina kvalifikationer inte kunnat göra anspråk på - men i praktiken låtit dem båda i stor omfattning arbeta med serveringsuppgifter, samt att bolaget därutöver vid flera olika tillfällen kortvarigt anställt extra personal i stället för att täcka behovet av serveringspersonal med en mera permanent nyanställning. Härigenom har bolaget enligt förbundet kringgått Miralles företrädesrätt.

Självfallet skulle det vara stötande och från rättslig synpunkt oriktigt att låta kringgående av lag passera. Det är en uppgift för rättstillämpningen att medverka till att så inte sker. Med hänsyn till de rättsliga följderna som kan bli resultatet av att man konstaterar ett kringgående av lag - i förevarande fall anställningsskyddslagen - måste det emellertid till en början krävas inte bara att de åtgärder som påstås utgöra ett sådant kringgående blir på vanligt sätt styrkta, utan dessutom att ett syfte med åtgärderna måste antas ha varit att undgå tillämpning av ifrågavarande lagregler. Detta är dock inte tillräckligt. Därutöver måste nämligen krävas att handlandet med hänsyn till omständigheterna i det särskilda fallet framstår som otillbörligt.”¹⁹⁸

Vid sidan av de avslutningsvis citerade uttalandena om vilka krav som bör ställas för att det skall kunna röra sig om ett angripbart kringgående fokuserar argumentationen kring möjligheten att tillämpa företrädesrättsreglerna på det sätt arbetstagersidan gör gällande. Det är svårt att hitta någon annan rationell förklaring till domstolens ställningstagande än att den var osäker om konsekvenserna av ett tillmötesgående av arbetstagersidans ”funktionellt” betingade sätt att framställa sina anspråk. I AD 1938:10 såg domstolen alls inte motsvarande problem med

¹⁹⁸ Domen var enhällig med Ove Sköllerholm som ordförande.

att tillmötesgå arbetstagens anspråk.¹⁹⁹ Jag avser inte att fördjupa min kritik mot domstolens hantering av tvistefrågan men det förtjänar framhållas att domstolen själv påtalar det unika i att en restaurang av den ringa storlek som här var fallet höll sig med såväl restaurangchef som hovmästare utan att tillmäta det någon betydelse för frågan om arbetsgivaren förbigått företrädesrätten genom att anställa sådana samtidigt som frågan om vem som skötte serveringen måste betraktas som oklar.²⁰⁰

Även AD 1986:144 ger ett påtagligt uttryck för skyddsreglernas begränsning främst genom att domstolen synes höja ribban än mer för att det skall kunna komma ifråga att angripa något som ett kringgående av reglerna. I målet hade ett övertagande företag riktat anställningserbjudanden mot anställda i det övertagna bolaget innan dessa sagts upp och företrädesrätten inträtt. Härigenom kom en rad personer med längre anställningstid att ställas utanför.

”Som redan nämnts anger anställningsskyddslagen 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.

En annan sak är att det, som domstolen framhöll i domen 1986 nr 50, skulle vara stötande och från rättslig synpunkt oriktigt att låta kringgående av lag passera. Domstolen underströk emellertid också, att det med hänsyn till de rättsliga följderna av ett konstaterande av ett kringgående av lag måste krävas inte bara att de åtgärder som påstås utgöra ett sådant kringgående blir på vanligt sätt styrkta, utan dessutom att ett syfte med åtgärderna måste antas ha varit att undgå tillämpning av de aktuella lagreglerna. Detta är emellertid inte tillräckligt. Därutöver måste som domstolen också uttalade krävas att handlandet med hänsyn till omständigheterna i det särskilda fallet framstår som otillbörligt. Det kan i detta sammanhang förtjäna att påpekas att det förhållandet att en part utnyttjar en i lagen angiven begränsning av motpartens rätt inte i och för sig kan sägas innebära att han gör sig skyldig till ett otillbörligt kringgående av lagen. En arbetsgivare kan t ex utan att ådra sig skadeståndsskyldighet vänta med att göra nyanställningar till dess en tidigare arbetstages företrädesrätt till återanställning upphört och därefter anställa någon annan än denne, och detta även om handlandet i det särskilda fallet kan te sig stötande (jfr prop 1973:129 s 265).

Avgörande för utgången av målen i den del de nu är föremål för arbetsdomstolens prövning är således om SMVs handlande i samband med anställningserbju-

¹⁹⁹ Se ovan avsnitt 2.5.3.

²⁰⁰ Beträffande det sistnämnda brast det i fråga om arbetstagens utredning, framhöll domstolen.

dandet kan anses ha innefattat ett sådant otillbörligt kringgående av lag som nu nämnts.”

Talan ogillades även här.²⁰¹ Regelns precisering av företrädesrättens inträde är inte primärt till för att skapa förutsebarhet för arbetsgivare utan för att ge arbetstagare ett tydligt skydd. Det formalistiska resonemang domstolen för står därför i direkt strid med regleringens funktioner. Detta blir än tydligare om man därtill betraktar dem som en skyddsregel relaterad till en i princip fri uppsägningsrätt såvitt angår verksamhetsrelaterade förhållanden. Genom att bygga upp den ena förutsättningen efter den andra under skenet av att man applicerar en generell norm är också slutet givet. Det bör då poängteras att en situation som den aktuella förutsätter att det rör sig om överlåtelse. En ”egen” arbetsgivare skulle inte kunna göra så, då kommer det i konflikt med turordningsreglerna.²⁰² Det bör också framhållas att de manipulationer med tidpunkter det här var fråga om inte längre är möjliga sedan EU-direktivet om företagsöverlåtelser, vilket gällde inom EU vid tidpunkten i fråga, infogats i svensk rätt. Under alla förhållanden framstår det som högst anmärkningsvärt att domstolen accepterade förfarandet.²⁰³ Återigen ser vi resultatet av att domstolen inte gör en funktionellt betingad konsekvensinriktad bedömning.²⁰⁴

I ett par mål har arbetsgivare mot krav på företrädesrätt hävdad att de som erhållit arbete utgjort kompanjoner men här har domstolen ställt upp vad som förefaller vara höga krav.²⁰⁵

4.2.4.6 Dispositiviteten

Redan mot bakgrund av turordningsreglernas utformning finns som framgått legala möjligheter att beakta personliga förhållanden vid uppsägning och återanställning vid arbetsbrist. Härtill kommer att reglerna om turordning och om företrädesrätt till återanställning, som framgår av

²⁰¹ Domen var enhällig med Claes Eklundh som ordförande.

²⁰² Möjligen med undantag för om en tidsbegränsat anställd förbigås eller att man som i AD 1983:118 först anställer en person på begränsad tid och därefter säger upp tillsvidareanställda. Jfr även AD 1989:47.

²⁰³ Se Eklunds och Sigemans kritik mot domen, Eklund i JT 1989/90 s 284 m hänv.

²⁰⁴ Kringgåenderesonemang fördes också i AD 1988:160. De möjligheter till kringgåenden som bolagisering utgör har berörts ovan avsnitt 4.2.4.1.

²⁰⁵ AD 1987:9 och 1994:92. I sistnämnda mål underkändes arbetsgivarens invändning om att kompanjonbolag bildats.

2 § – med Sigeman – semidispositiva.²⁰⁶ Det är svårt att se att det skulle finnas andra skäl för parterna (läs arbetsgivaren) att i det konkreta fallet vilja göra avvikelser från turordningsreglerna än att en tillämpning av dem får otillfredsställande följder vad gäller personalstyrkans sammansättning. Något krav på saklighet eller redovisning av avvikelserna eller skälen därtill uppställs inte.²⁰⁷ I princip anser sig domstolen förhindrad att göra annat än en formell prövning av om avvikelser skett på föreskrivet sätt.²⁰⁸ Som domstolen framhöll i AD 1983:107 föreligger ”dock därvid inte någon fullständig avtalsfrihet. En avtalad turordning saknar avsedd verkan, om den strider mot god sed på arbetsmarknaden eller eljest är otillbörlig”.²⁰⁹ Något större utrymme för att angripa en avvikelse på denna grund föreligger dock knappast.²¹⁰ Vad här sagts bekräftas av uttalanden i AD 1996:114:

”Vid upprättandet av en avtalsturlista kan finnas anledning för parterna att beakta en rad skilda omständigheter vid sidan av arbetstagarnas sammanlagda anställningstid hos arbetsgivaren. I första hand kommer givetvis i fråga att beakta om en arbetstagare har tillräckliga kvalifikationer för det fortsatta arbetet. Dit hör inte endast de rent yrkesmässiga kvalifikationerna utan även personliga egenskaper, såsom exempelvis förmåga till samarbete eller serviceinställning när arbetsuppgiften gäller kundinriktad eller annan utåtriktad verksamhet. Även sociala faktorer, såsom försörjningsbörda, kan komma in i bilden. Förhållande-

²⁰⁶ Termen myntades av Sigeman i Semesterrätt 1978. Termen semidispositivitet har nu även anammats av Arbetsdomstolen, se bl a AD 1995:108 och 1998:73.

²⁰⁷ I SOU 1993:32 föreslogs en bestämmelse om ökad öppenhet i samband med turordningsavvikelser, 34 § i förslaget.

²⁰⁸ Beträffande tillämpningen av kravet på centralt godkännande av sådana avvikelser, se AD 1996:60, där domstolen inte godtog att ett godkännande lämnats efter att uppsägning skett i enlighet med en lokal överenskommelse.

²⁰⁹ I målet (AD 1983:107) förklarades en avtalsturlista, som innebar att den finsktalande delen av besättningen på ett fartyg skulle sägas upp med hänvisning till att de p g a språksvårigheter hade problem med att ta del av de säkerhetsföreskrifter som gällde, rättsstridig.

²¹⁰ I AD 1995:108 kom domstolen fram till att en avvikelse som innebär att företrädesrätten helt avtalas bort är ogiltig. (Se Lunnings kritik i JT 1995/96 s 430 ff.) Domstolen framhöll härvid företrädesrättsreglernas centrala funktion i anställningsskyddsregleringen, särskilt kopplat till den relativa friheten att säga upp med hänvisning till arbetsbrist, och att avvikelsen inte syftade till att ”åstadkomma ändrade företrädesregler som var bättre anpassade till verksamhetens speciella förhållanden”, vilket ju var själva tanken bakom dispositiviteten. (Se prop 1973:129 s 191). Att man inom teaterområdet helt avtalat bort turordningsreglerna vid uppsägning ansågs däremot inte, i en dom strax härefter, vara otillåtet. (AD 1996:20.) Jfr också AD 1996:12, där arbetstagare utan framgång gjorde gällande att en avvikelse från företrädesrättsreglerna var otillåten. Bland mer in casu-inriktade prövningar av avvikelser, se även AD 1997:7.

na i den enskilda verksamheten måste bli avgörande för i vad mån dessa och andra faktorer skall tillmätas betydelse när arbetstagarna placeras på avtalsturlistan. Anställningsskyddslagens regelsystem lämnar parterna en vidsträckt handlingsfrihet vid listans upprättande men lägger också ett stort ansvar på partsföreträdarna. Enligt domstolens mening kan vid rättslig prövning av en avtalsturlista denna inte fränkännas verkan i visst hänseende endast därför att parterna vid vägningen mellan skilda omständigheter tillmätt viss faktor större betydelse än vad en utomstående betraktare till äventyrs skulle finna motiverat. Att underkänna en avtalsturlista exempelvis av det skälet att anställningstiden anses ha tillmätts alltför liten betydelse i jämförelse med förmågan att samverka med andra anställda kan inte komma i fråga. En avtalsturlista blir utan verkan i den mån den är diskriminerande eller eljest innebär att ovidkommande hänsyn tagits eller att annan omständighet föreligger som gör att det skulle te sig stötande att tillämpa listan i det aktuella hänseendet.”²¹¹

Enligt den ursprungliga lydelsen skulle avvikelser ske genom kollektivavtal som slutits eller godkänts av central arbetstagarorganisation.²¹² Genom ändringarna i LAS 1997 har detta krav borttagits.²¹³

Det bör då framhållas att det redan tidigare ansågs tillåtet med s k rak delegation²¹⁴ och av den undersökning som företogs av 1992 års arbetsrättskommitté framgår också att sådan delegation förekommer på i stort sett samtliga LO-förbunds avtalsområden.²¹⁵ Möjligheterna härtill begränsades dock såvitt angick arbetstagare som uppnått en ålder av 57,5 år genom en lagändring 1984.²¹⁶ Skälet var att det visat sig att man på lokal nivå ofta utnyttjade möjligheten till förtidspension p g a arbetsmarknadsskäl. Med hänvisning till att denna möjlighet försvunnit genom lagändringar 1991 togs detta krav på centralt bemyndigande bort i samband med 1997 års ändringar av 2 §.²¹⁷ Av remissinstanserna var det

²¹¹ Tingsrätten gjorde i det aktuella målet en annan bedömning än arbetsdomstolen och fann turordningsavvikelsen otillåten eftersom den inte var sakligt motiverad. Vi ser här åter att tingsrätten har en helt annan syn än AD, vilket bekräftats av domar med andra tvistefrågor, exempelvis AD 1982:155, 1983:109 och 1996:56. Jfr vid behandlingen av sistnämnda dom, ovan 4.2.4.5.2.

²¹² Avvikelser från lagen kunde ske på två sätt; antingen genom kollektivavtal i förväg med generella normer att beakta, eller, vilket tycks ha varit helt dominerande, genom uppgörelser i det enskilda fallet med stöd av ett bemyndigande.

²¹³ Se utformningen i detalj, 2 § LAS. Det bör poängteras att man inte gjort motsvarande förändringar i annan semidispositiv arbetsrättslig lagstiftning.

²¹⁴ Jfr prop 1973:129 s 191 och s 233. Se om delegation och kollektivavtal, Källström Lokala kollektivavtal 1979.

²¹⁵ SOU 1993:32 s 461.

²¹⁶ SFS 1984:510.

²¹⁷ Se prop 1996/97:16 s 28.

endast LO som opponerade sig häremot och detta skedde med hänvisning till att ”äldre arbetstagare fortfarande behöver skydd”.²¹⁸ Motivet till att avskaffa det generella kravet på centrala kollektivavtal för avvikelser från turordningsreglerna angavs i motiven till 1997 års ändringar, förutom att det under senare tid ”allt oftare satts i fråga” och att många organisationer delegerat rätten, vara att

”(de) farhågor som fanns vid lagens tillkomst om missbruk av avtalsfriheten bör numera kunna tonas ned. De fackliga organisationerna är väl ägnade att ta till vara sina medlemmars intressen.”²¹⁹

I förarbetena till 1974 års lag uttalades att en särskild trygghet låg i att kollektivavtal med avvikelser från lagen skulle ske genom medverkan av central arbetstagarorganisation,²²⁰ vilket man vidgår i motiven till 1997 års ändringar.²²¹ Det skäl som låg bakom denna uppfattning framställdes i utredningens förslag enligt följande:

”Garantier måste dock skapas för att avtalsfriheten inte begagnas på ett sätt, som innebär en försämring av det lagfästa skyddet. En uttrycklig regel härom har dock inte införts. En tillräcklig garanti erhålls enligt utredningens uppfattning genom ett stadgande att dessa uppgörelser måste träffas på förbunds nivå... Härigenom torde inga andra ändringar komma att godkännas än sådana som är naturliga för avtalsområdet i fråga, och förhandlingarna kan föras mot bakgrund av att lagens regler blir tillämpliga om någon uppgörelse inte kommer till stånd.”²²²

Beträffande specifikt turordningsreglernas dispositivitet framhölls detta än tydligare, samtidigt som skälet till att reglerna görs dispositiva snarast framställs som något som är till fördel för arbetstagersidan:

”De nya turordningsreglerna ger minskad möjlighet att beakta arbetstagarens personliga förhållanden, exempelvis hans sociala situation, jämfört med vad som nu är fallet enligt gällande kollektivavtal. Lagstiftningen skulle i det enskilda fallet kunna upplevas som verklighetsfrämmande och orättvis. Utredningen har därför stannat för att låta turordningsreglerna bli dispositiva. *En tillräcklig garanti* för att den äldre och handikappade arbetskraften skyddas och ett värn mot köpslagan i samband med turordningsdiskussioner *ligger i att det är*

²¹⁸ Se prop 1996/97:16 s 28.

²¹⁹ Prop 1996/97:16 s 27.

²²⁰ Se SOU 1973:7 s 137 (jfr s 158) och prop 1973:129 s 191.

²²¹ Prop 1996/97:16 s 26.

²²² SOU 1973:7 s 137.

*arbetstagarnas organisationer som på förbunds nivå bestämmer om avsteg skall göras från lagens turordningsregler.*²²³

I propositionen underströk departementschefen även vid behandlingen av lagstiftningens dispositivitet lagens karaktär av

”social skyddslagstiftning. Utgångspunkten måste därför vara att lagen skall vara tvingande. Hänsyn måste dock kunna tas till de olikartade förhållanden som råder inom skilda branscher på arbetsmarknaden. Till viss del måste alltså lagens regler kunna ersättas eller kompletteras av speciella branschanpassade föreskrifter.”²²⁴

Härefter hänvisades till och underströks den av utredningen framhållna garantin ”för att avtalsfriheten inte begagnas på ett sätt som i otillbörlig utsträckning försämrar det lagfästa anställningsskyddet”²²⁵ i form av kravet på att avvikelser från lagen skall ske genom kollektivavtal på förbunds nivå. Det bör dock framhållas att man vare sig i utredningen eller i propositionen med dessa uttalanden avsåg att materiellt begränsa avtalsfriheten.²²⁶ Tvärt om framhölls i utredningen att lagen inte

”ställer något krav på det sakliga innehållet i de kollektivavtalsbestämmelser, som ersätter de dispositiva lagstadgandena. Parterna kan således överenskomma om vad som kan tyckas utgöra en inskränkning i anställningsskyddet på vissa punkter. Utredningen har ansett att arbetsmarknadens parter bör ha denna handlingsfrihet. Det får nämligen förutsättas, att *huvudorganisationerna på arbetstagsidan* inte eftersätter medlemmarnas intressen. Avtal av nu berört slag torde inte komma till stånd annat än då det framstår som naturligt på ömse sidor. Kommer avtal inte till stånd gäller lagens regler.”²²⁷

I anslutning till arbetet med vad som kom att bli 1982 års anställningsskyddslag framfördes från arbetsgivarhåll krav på förändringar av turordningsreglerna så att större utrymme skulle finnas för att beakta individuell kompetens samt att turordningskretsarna skulle inskränkas.²²⁸ Skälet till att inte bifalla (bl a) dessa önskemål angavs sålunda:

”Huvudregeln i 22 § anställningsskyddslagen är att arbetstagare med längre anställningstid skall ha företräde framför arbetstagare med kortare anställningstid när man på grund av arbetsbrist måste göra uppsägningar eller permittera. Den-

²²³ SOU 1973:7 s 158. Min kursivering.

²²⁴ Prop 1973:129 s 191.

²²⁵ Prop 1973:129 s 191.

²²⁶ Se här också Lunning i JT 1995/96 s 430 ff angående dispositivitetsturena i lagstiftningsarbetet, särskilt beträffande företrädesrätten till återanställning.

²²⁷ SOU 1973:7 s 169. Min kursivering.

²²⁸ Se här DsA 1981:6 s 84 ff och prop 1981/82:71 s 54 ff.

na regel har sina rötter i de allmänna syftena med lagen, av vilka skyddet åt äldre arbetstagare och arbetstagare med nedsatt arbetsförmåga är ett av de viktigaste. Att ändra på denna grundsats kan inte komma i fråga. Det har inte heller förts på tal från något håll i den nu aktuella debatten.

Samtidigt står det klart att *det finns åtskilliga situationer, i vilka principen 'sist in - först ut' inte bör och kan tillämpas fullt ut. Det har aldrig heller varit lagstiftarens mening att denna regel skulle vara undantagslös, även om detta kanske inte alltid har framgått av den allmänna debatten.* Vissa jämkningar har gjorts redan i lagen till förmån för äldre och för arbetstagare med nedsatt arbetsförmåga. Men i övrigt har turordningsreglerna gjorts dispositiva, just i det klart uttalade syftet att öppna möjligheter att, när det behövs, beakta även annat än anställningstiden.²²⁹

Sedan departementschefen bl a poängterat att arbetsmarknadsparterna var eniga om att det fanns behov av att göra avvikelser från huvudregeln konstaterade han att frågan måste röra *hur* och inte om ”avsteg från lagens huvudregel skall kunna göras”, och fortsatte:²³⁰

”Man måste bestämt värna om det skydd som lagen avser att ge i första hand de äldre arbetstagarna och arbetstagare som har svårare än andra att göra sig gällande på arbetsmarknaden. När särskilt starka skäl talar för en undantagslösning, är det rimligt och naturligt att det sker i samråd mellan arbetsgivaren och arbetstagarnas organisation, med utgångspunkt i en gemensam strävan att komma fram till vad situationen kräver. Att göra gällande att man inte åtminstone i allmänhet kan nå fram till rimliga resultat den vägen synes vara att i viss mån underkänna de lokala parternas vilja och förmåga.”²³¹

Semidispositiviteten skulle kunna sägas fungera ideologiskt²³² i det att den döljer att de manifesta och marknadsförda reglerna i praktiken många gånger avtalas bort. Att detta är ett problem för möjligheterna att förankra avtalsavvikelser insåg man i samband med arbetet på 1982 års lag.

”Om det också står klart för arbetstagarna i gemen att lagreglerna faktiskt bygger på förutsättningen att parterna skall kunna göra undantag från turordnings-

²²⁹ Prop 1981/82:71 s 59-60. Min kursivering.

²³⁰ Sedan han avfärdat arbetsgivaridans förslag om lagstiftning.

²³¹ Prop 1981/82:71 s 60-61. Härefter utvecklades argumenten ytterligare mot lagstiftning på det sätt man från arbetsgivarhåll föreslagit med hänsyn till bl a olämpligheten av att domstol ytterst skulle komma att ”ta ställning till skäligheten av en arbetsgivarres bedömning om vilka ekonomiska och andra krav som verksamheten ställer.”

²³² Härmed avses i detta sammanhang att rättsreglerna skapar falska verklighetsbilder, jfr bl a Töllborg Personalkontroll 1986 kap 3.

reglerna när situationen kräver det, bör detta underlätta tillkomsten av lokala förhandlingsuppgörelser.”²³³

Dessa uttalanden bekräftar att dispositiviteten i sig bygger på att den sociokulturellt förankrade grundprincipen om att den som har längst anställningstid har bäst rätt skall avtalas bort. Problemet är att detta budskap inte marknadsförts tillräckligt tydligt.

På det lokala planet står parterna i ett förtroendeförhållande till varandra som gör avtalsfriheten särskilt problematisk. Risk finns för att man väger in helt andra faktorer och relationen i stort vid just turordningsförhandlingar. Någon motsvarande relation finns knappast mellan arbetsgivaren och den centrala organisationen. Detta förklarar den inställning som kom till uttryck i motiven till 1974 års lag.

Mot bakgrund av att de fackliga organisationerna redan enligt den gamla ordningen i stor utsträckning medverkat till att delegera rätten att träffa turordningsavvikelser skulle det kunna tyckas förvånande att förändringen var kontroversiell. Om de fackliga organisationerna motsätter sig lokala överenskommelser kan detta dessutom lösas internt genom stadgarna. Men samtidigt bör man heller inte underskatta den ideologiska funktionen hos en lagändring. Att man ändrar lagstiftningen och tillåter lokala överenskommelser kan också uppfattas som att det är meningen att sådana skall träffas. Tidigare var det nödvändigt med en positiv handling från de fackliga organisationerna för att lokala avvikelser skulle vara tillåtna. Genom att i stor utsträckning medverka till delegationsregler i kollektivavtal tog organisationerna också det ansvar som förväntades. Idag krävs motsatsen. Lagstiftningen uppmuntrar därför passivitet eftersom det annars är lätt att få de fackliga organisationerna att framstå som reaktionära. Genom att avvikelser inte längre kräver centralt godkännande har också förbunden fråntagits ett (i vart fall teoretiskt) mycket starkt förhandlingsvapen.

Det jag uppfattar som ett av de mer centrala momenten i motiven bakom dispositiviteten och dess ursprungliga utformning är utredningens uttalande om att man genom den föreslagna ordningen kan utgå från att turordningsförhandlingar förs ”mot bakgrund av att lagens regler blir tillämpliga om någon uppgörelse inte kommer till stånd”. Jag är alls inte övertygad om att detta är ett centralt moment i lokala turordningsförhandlingar. Mycket talar för att turordningsförhandlingarna i själva verket är en del av den övergripande förhandlingsfrågan om omfattningen av en driftsinskränkning och antalet som med anled-

²³³ Prop 1981/82:71 s 61.

ning härav behöver sägas upp. *Dispositiviteten* innefattar här ett problem i det att den *luckrar upp de strikta rättsliga gränserna mellan frågan om en uppsägnings saklighet och genomförandeåtgärderna i form av turordningsregler*. Det torde vara ytterst få situationer där det finns ett omedelbart samband mellan de bakomliggande skälen till en driftsinskränkning etc och det antal anställda som med anledning härav behöver sägas upp. Med hänsyn till att domstolen inte gör några prövningar av det slaget utan tar utgångspunkt i arbetsgivarens bedömning krävs det knappast empiriskt stöd för att påstå att turordningsreglernas dispositivitet har betydelse för frågan om hur många som i slutändan skall drabbas av uppsägningar.²³⁴ Äger detta antagande någon riktighet är också hela frågan om förhållandet mellan saklig grund-prövningen och turordningsreglerna förryckt,²³⁵ och turordningsreglerna spelar då inte den roll som bakomliggande påtryckningsmedel, vilket förutsattes i motiven till 1974 års lag.²³⁶

4.2.5 Avslutning

Som framgått av framställningen är det min uppfattning att skyddsreglernas utformning och det sätt varpå de hanterats gör att de inte legitimerar ett schabloniserat synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund. Under den period som gått sedan anställningsskyddslagens införande har de redan vid den tiden i vissa stycken svaga skyddsreglerna kommit att ytterligare försämrats. Detta har skett i takt med att saklig grund-prövningen schabloniserats. Man skulle kunna hävda att faran med de brister som redan initialt fanns i skyddsreglerna uppväg-

²³⁴ Fackliga företrädare hävdar emellanåt att de kan ställas inför valet att avvika från turordningsreglerna eller att företaget som helhet läggs ned. (Ett i massmedia uppmärksammat fall där detta t o m öppet tillstods är Monark i Varberg.) Här spelas det naturligtvis också ett spel där arbetsgivaren först varslar väsentligt fler än han avser att säga upp varefter han låter de fackliga representanterna ta poänger genom att ge sken av att de lyckats förmå arbetsgivaren att inte säga upp så många som arbetsgivaren hade tänkt sig. I själva verket har det skett under villkor att arbetsgivaren fick avvika från turordningsreglerna.

²³⁵ Institutet "saklig grund i och för sig" blir då uppenbart ohållbart. I det läget förefaller den norska ordningen - och för övrigt den som gällde enligt huvudavtalet i 1938 års utformning -, som innefattar att man låter turordningsreglerna vara en del av saklig grund-prövningen som sådan, vara en mer verklighetsnära ordning. Vi har också sett att domstolen vid saklig grund-prövningar inte tagit hänsyn till den omständigheten att turordnings- och företrädesrättsregler varit bortavtalade, AD 1981:146 och 1996:20.

²³⁶ Jfr också Calleman, En har fått nytt jobb.... 1995, om hur kvinnor drabbas av utrymmet för dispositivitet.

des av att de berörda aktörerna inte omfattade ett schabloniserat synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund.

De väsentligaste bristerna kan sammanfattas enligt följande:

- Turordningsreglerna har efterhand kommit att bli mer arbetsgivarvänliga i takt med att arbetsuppgifter blir allt mer specialiserade.
- Begreppet tillräckliga kvalifikationer tillämpas så att det uppmuntrar ohederlighet genom att arbetsgivare kan åberopa strikt personliga förhållanden till stöd för att en arbetstagare i en arbetsbristsituation saknar sådana.
- Nyanställningsbegreppet i 25 § (i kombination med turordningskretsarna) har tillämpats på ett sätt som underlättar kringgåenden.
- Dispositiviteten gör att gränsen mellan saklig grund-frågan och turordningsregler suddas ut och dispositivitetens själva utgångspunkt förefaller vara att avvikelser skall ske.

De legala försämringar jag berört och som skett under den aktuella perioden kan sammanfattas enligt följande:

- den tid under vilken arbetstagare har företrädesrätt till återanställning har sänkts från 12 till 9 månader
- avregleringen av förbudet mot privat arbetsförmedling
- dispositiviteten har luckrats upp.

Härtill kan nämnas de undantag beträffande turordningsreglerna som gällde under 1994 och att vetorätten partiellt var avskaffad. Ur ett vidare perspektiv bör också framhållas att utrymmet för tidsbegränsade anställningar väsentligt utökats sedan anställningsskyddslagstiftningens tillkomst.

Eftersom jag är av den uppfattningen att kravet på saklig grund måste ha en självständig innebörd även vid verksamhetsrelaterade uppsägningsgrunder blir dessa förhållanden än mer problematiska. Skyddsregler i form av turordning och företrädesrätt är då inte ett surrogat för en saklig grund-prövning, utan en komplettering. En poäng är också att i den mån det görs en reell saklig grund-prövning, blir frågan om turordningsreglerna inte lika väsentlig. Företräder man ett schabloniserat synsätt innebär det att man uppfattar skyddsreglerna som ett surrogat och då menar jag att vad i detta avsnitt framhållits påvisar detta synsätts ohållbarhet.

4.3 Företagsledningsrätten

4.3.1 Inledning

Det är inte alldeles enkelt att utröna den närmare karaktären hos de normativa föreställningar som ett schabloniserat synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund baseras på. Betraktar man arbetsdomstolens förhållningssätt tycks den till stöd för sina ställningstaganden emellanåt åberopa förarbetsuttalanden medan den i andra fall i mer allmänna ordalag uttalar sig om sina begränsade befogenheter att rättsligt pröva företagsekonomiskt betingade ställningstaganden med eller utan en hänvisning till att arbetsgivaren bestämmer. Först i AD 1993:101 talar domstolen uttryckligen om ”företagsledningsrätten” som den överordnade normen och ger därvid namn åt de tidigare mer allmänt uttryckta föreställningarna. Samtidigt skulle detta kunna sägas innebära att domstolen glider in i en ny normativ fas, där rättstillämpningen inte ändras men s a s slår sig fri från motivuttalandena och finner egna materiellt – till skillnad från formella rättskälleläreanknutna – normativa utgångspunkter för sina ställningstaganden. Härigenom ges dessa en högre grad av legitimitet genom anknytningen till djupjustifieringsnivån.

Man kunde tycka att det vore av avgörande betydelse för karaktären på min kritik om föreställningarna bakom ett schabloniserat synsätt baserades på rättskälleideologier jämfört med om det rör sig om materiellt normativa föreställningar. Jag tror emellertid inte att skillnaderna skall överdrivas. Det förhållandet att man i lagmotiven inte *rättsligt* underordnat anställningsskyddet företagsledningsrätten utesluter nämligen inte att ställningstagandena till att domstols utrymme för att pröva saktligheten i verksamhetsrelaterade uppsägningar är begränsad, baseras på normativa föreställningar av annat slag än rättsliga.²³⁷ I nu aktuella sammanhang skulle dessa bestå i ekonomiskt-politiskt färgade föreställningar om att ett marknadsekonomiskt system måste innefatta att de strukturella normer som utgör verksamhetens drivkraft lämnas relativt stort utrymme och inte i onödan kringgärdas av rättslig reglering.²³⁸ Transformerad till rättsfältets arbetsrättsliga område blir dessa föreställ-

²³⁷ Härtill kommer att det är uteslutet att en socialdemokratisk regering under inflytande av föreställningarna om den skandinaviska rättsrealismen öppet skulle tillstå att den var rättsligt begränsad att inkräkta på äganderätten. Jfr Erlander, 1960-talet 1982 s 185, om Undén.

²³⁸ Jfr Hydén Arbetslivets reglering 1985 s 142ff.

ningar uttryckta i termer av att arbetsgivaren bestämmer över verksamheten i vid mening. Under alla förhållanden kommer kritiken i detta avsnitt att rikta in sig på den normativa föreställning som går under beteckningen ”företagsledningsrätten” eller motsvarande.

4.3.2 Undersökningsföremålet

En svårighet av generell slag i att närmare undersöka det fenomen som här preliminärt kallas företagsledningsrätten är att terminologin ingalunda är enhetlig. För att beteckna fenomenet, delar därav eller de samlade arbetsgivarprerogativen har flera olika uttryck kommit till användning.

Jag har bl a återfunnit följande:

- ”rätt för arbetsgivaren att ensam utan inblandning från arbetarnas sida handha va affärsledningen”²³⁹
- ”den lagliga befogenheten för en arbetsgivare att utan inblandning av arbetarna själv leda sitt företag”²⁴⁰
- arbetsgivares ”obestridda befogenhet att utan inblandning från arbetarna utöva affärsledningen”²⁴¹
- ”arbetsgivarens rätt att leda sitt företag”²⁴²
- ”arbetsgivarens ledningsrätt”²⁴³
- ”den s k företagsledningsrätten”²⁴⁴
- ”företagsledningens affärsledningsrätt”²⁴⁵
- ”affärs- och företagsledningsrätten”²⁴⁶
- ”företags- och arbetsledningsrätt”²⁴⁷
- ”affärs- och arbetsledningsrätt”²⁴⁸

²³⁹ AD 1930:52.

²⁴⁰ AD 1935:24. I princip identiskt i AD 1937:89.

²⁴¹ AD 1939:73. Jfr även det s k Dagspostmålet, AD 1945:62.

²⁴² AD 1964:5.

²⁴³ AD 1986:127 och 1987:157. I det sistnämnda målet preciseras tydligare beteckningens koppling till det som i 32 § kallas ”ledningen och fördelningen av arbetet och verksamhetens bedrivande i övrigt”. Det rör sig här således om en samlingsbeteckning.

²⁴⁴ AD 1993:101.

²⁴⁵ AD 1989:143. Beteckningen förekommer under arbetstagsarsidans grunder.

²⁴⁶ AD 1996:22 (arbetsgivarreservant).

²⁴⁷ Adlercreutz Kollektivavtalet 1954 s 30 och AD 1984:39 (arbetsgivarsidan).

- ”arbetsgivarens s.k. verksamhets- och arbetsledningsrätt”²⁴⁹
- ”rätten att bestämma över verksamheten”²⁵⁰
- ”rätten att utöva affärsledning och annan *företagsledning*”²⁵¹
- ”arbetsgivarens ensidiga beslutanderätt i företags- och arbetsledningsfrågor”.²⁵²

Variationen i sättet att beteckna företeelsen (eller företeelserna) kan enligt min uppfattning förklaras med att företeelsen som sådan är höljd i dunkel. Jag kommer därför att här närmast försöka analysera hur ovanstående termer används, dvs vilka företeelser det konkret är som betecknas. Härigenom kan vi få viss insikt i vad det är som skall bli föremål för analys.

När man talar om *affärsledningsrätten* eller motsvarande rör det sig i regel om arbetsgivares frihet att ingå i affärsförbindelser med kunder eller att i övrigt utöva sin verksamhet i det externa perspektivet.²⁵³ I anslutning till en analys av AD 1930:52 definierar Göransson affärsledningsrätten som ”rätten att utan arbetstagarnas inblandning upprätthålla affärsförbindelser med andra yrkesutövare”.²⁵⁴

²⁴⁸ AD 1984:91. Termen används både av arbetsgivarsidan (eller är det domstolens återgivning av hur den ser på det?) och i domslutet. Intressant är att AD 1984:91 är huvudmål i förhållande till 1984:39, vari arbetsgivaren talade om ”företags- och arbetsledningsrätt”. Det förefaller som om domstolen bytt term.

²⁴⁹ Numhauser-Henning i SvJT 1988 s 370. Beskrivningen föregås av: ”Idéerna om äganderättens helgd, näringsfrihet m.m. har lett till att det ansetts vara ett naturale negotii till tjänsteavtalet att arbetsgivaren är driftsherre”. Numhauser-Henning använder samma uttryck i Arbetslivets flexibilisering 1993 s 267. I SOU 1998:107 s 42 talas det om ”arbetsgivarens arbetslednings- och verksamhetsledningsrätt”.

²⁵⁰ Malmberg Anställningsavtalet 1997 s 356.

²⁵¹ Sigeman Från legostadgan till medbestämmandelagen SvJT 1984 s 889.

²⁵² Göransson Kollektivavtalet som fredspliktinstrument 1988 s 351-2. Se också Fahlbeck Praktisk arbetsrätt 1989 s 41: ”arbetsgivarens rätt att ensidigt utöva arbets- och företagsledning.”

²⁵³ Se AD 1930:52, 1939:73 och 1945:62. Svante Bergström talar under en beskrivning av rättsläget beträffande sympatiåtgärder om ”arbetsgivarens rätt till 'affärsledning', vari anses ligga bl. a. rätt för arbetsgivaren att utan inblandning från arbetstagarnas sida sluta affärsavtal på sätt han själv önskar”. Kollektivavtalslagen 1948 s 141. I senare praxis kan nämnas AD 1980:15 och 1981:124. I AD 1982:31 låg häri också rätt att ”fritt verka för att kunder utnyttjar företagets tjänster”. Det får antas vara ungefärligen detsamma man avsåg i Eldonmålet, AD 1984:91.

²⁵⁴ Göransson Kollektivavtalet som fredspliktinstrument 1988 s 261. Under analysen av förhållandena efter MBL definieras samma term sålunda: ”Rättsgrundsatsen innebär att arbetsgivaren själv bestämmer vem han vill driva affärer med i den mån denna rätt

Men terminologin är inte fullt konsekvent. Motsvarande rätt ”för en åkeriidkare att med sina kunder träffa uppgörelse om priser för de körslor han åtager sig” har ansetts ligga inom ramen för arbetsgivarens befogenhet att ”leda sitt företag”.²⁵⁵ Annars förefaller uttrycket *företagsledningsrätten* eller motsvarande förbehållas interna förhållanden. I AD 1964:5 anges, närmast som en konsekvens av rätten att leda företaget, att detta innefattar rätt ”att bestämma om (företagets) organisation och verksamhetsformer”. I målet ansågs frågan om tillhandahållandet av lunchförmåner vara hänförlig till detta område, vilket utvecklades enligt följande:

”Arbetsgivarens enligt förevarande kollektivavtal oinskränkta rätt att leda företaget har otvivelaktigt ett vidsträckt innehåll. Den kan icke anses begränsad enbart till frågor, som beröra produktionen vid företaget, utan avser även sådant som tillhandahållande - utöver vad kollektivavtalet må föreskriva - av bekvämligheter och anordningar av skilda slag till förmån för de anställda.”²⁵⁶

I AD 1993:101 utvecklas vad som åsyftas med företagsledningsrätten.

”Arbetsgivaren kan sålunda i kraft av den s.k. företagsledningsrätten av olika skäl besluta om sådana åtgärder som nedskärningar av verksamheten, omorganisationer, ändringar av verksamhetens inriktning m.m. Det är också arbetsgivaren som avgör hur många personer som han skall ha anställda för olika uppgifter i verksamheten och i princip även hur dessa uppgifter skall fördelas mellan de anställda.”

Fahlbeck hänför både de interna och externa förhållandena under ”rätten att bestämma över företaget”.

”Rätten att bestämma över företaget avser främst rätten att utöva företagsledning. Företagsledningen omfattar frågor av större principiell och strategisk betydelse, särskilt sådant som rör företagets förhållande till utomstående. Under företagsledningsområdet faller t ex produktionsinriktning, investeringar, marknadsföring, finansiering av företaget, val av leverantörer och kunder, personalpolitiken, utvidgningar och inskränkningar av rörelsen, legotillverkning och

inte inskränkts genom regler i lag eller kollektivavtal”. Göransson a a s 356. Här har således begränsningarna blivit en del av principen.

²⁵⁵ AD 1935:24. Även i AD 1937:89 talas det om befogenheten att ”leda sitt företag” och då åsyftades arbetsgivarens ”möjlighet att själv bestämma, när han med hänsyn till givna förhållanden på arbetsplatsen vill åtaga sig ett byggnadsarbete.”

²⁵⁶ Vi upplyses således här om att en arbetsgivare har rätt att ge sina anställda förmåner. Här kommer Hohfelds definition till användning. Att något är en frihet innebär att man inte har en skyldighet att handla. Att arbetsgivaren har en frihet att tillhandahålla lunchförmåner innebär således att han inte har någon plikt att göra det. Detta är sedan grunden för att arbetstagsidan inte får vidta stridsåtgärder.

beslut om anlitande av fristående uppdragstagare. Exempelen visar att företagsledningsområdet omfattar de centrala maktfrågorna på arbetsplatsen. Frågorna avser vanligen många - eller alla - arbetstagare och får i allmänhet stor betydelse för dessa. Samtidigt angår frågorna oftast arbetstagarna på ett indirekt sätt.”²⁵⁷

Även i sammanhang där de nu aktuella termerna inte kommit till uttrycklig användning har arbetsgivares rättigheter ansetts innefatta exempelvis att bestämma vilka tjänster som skall inrättas,²⁵⁸ omfattningen av verksamheten och hur den skall organiseras.²⁵⁹

Sammanfattningsvis finner vi att ”företagsledningsrätten” och/eller ”affärsledningsrätten” används som beteckningar på en rad frågor hänförliga till verksamheten och som har det gemensamt att de inte primärt riktar in sig på den direkta relationen mellan arbetsgivare och arbetstagare. Det förefaller adekvat att skilja mellan frågor som rör interna respektive externa förhållanden.²⁶⁰ Särskilt det som hänförs till företagsledningsrätten och interna förhållanden synes ha nära släktskap med de frågor som man i andra sammanhang talat om i termer av ”verksamhetens mål, inriktning, omfattning och kvalitet”.²⁶¹

4.3.3 Den rättsliga kontexten

4.3.3.1 Inledning

Några konkreta positiva uttryck för företagsledningsrätten på det sätt den här formulerats förekommer inte och har heller inte förekommit i svensk lagstiftning.²⁶² Däremot skulle principen särskilt sedan medbe-

²⁵⁷ Fahlbeck Praktisk arbetsrätt 1989 s 183. Jämför också Adlercreutz Svensk arbetsrätt 1985 s 143-44.

²⁵⁸ AD 1931:43. Jfr AD 1933:109 och 1934:83.

²⁵⁹ AD 1931:68. Jfr också AD 1952:1 där en sympatiåtgärd ansågs komma i konflikt med arbetsgivarens ”kollektivavtalsenliga rätt att själv bestämma, om han för bygget ville anställa arbetskraft för träarbetet eller själv utföra arbetet.” Se i senare praxis bl a AD 1983:94 där domstolen formulerar vad som senare kallats rätten att bestämma hur arbetsbristen skall läggas ut genom att framhålla att arbetsgivaren i princip är ”oförhindrad att organisera verksamheten på det sätt arbetsgivaren själv finner ändamålsenligt från ekonomisk synpunkt”. Se också AD 1984:66 och 1986:50.

²⁶⁰ Se också Adlercreutz, Svensk arbetsrätt 1970, som behandlar affärsledningen som en del av företagsledningsfrågorna.

²⁶¹ Bl a i prop 1975/76:105 bil 2 s 148ff, ssk s 150.

²⁶² Man kan fråga sig hur ett sådant stadgande skulle se ut och framför allt var det skulle placeras. Som jag nedan kommer att utveckla, är företagsledningsrättens rättsliga status på intet sätt odiskutabel och det är knappast ens möjligt att positivt reglera företeelsen

stämmandelagens införande²⁶³ kunna sägas komma till indirekt uttryck i form av regler som är avsedda att begränsa den fria utövningen av den. Det främsta exemplet utgörs av den s k primära förhandlings-skyldigheten i 11-13 §§ MBL men även informationsskyldigheten och den fackliga vetorätten²⁶⁴ kan anses hänförliga till bestämmelser som utgör begränsningar i företagsledningsrätten.²⁶⁵ Det är notabelt att regler som avser att begränsa en rättighet samtidigt förstärker dess legala status.²⁶⁶ Även den s k kvarlevande stridsrätten i 44 § MBL kan sägas ha förstärkt den tidigare inte lagfästa principen om arbetsgivares företags- eller affärsledningsrätt som en dold klausul i kollektivavtalen.²⁶⁷ Det som tidigare utvecklats som en icke okontroversiell princip i arbetsdomstolens praxis har nu i praktiken fått status av lagstadgad norm.²⁶⁸

Den fråga som då inställer sig är vad arbetsgivares bestämmanderätt i dessa frågor normativt grundar sig på. För att kunna förstå företagsledningsrättens karaktär är det av utomordentligt stor vikt att man beaktar i vilken rättslig kontext den lagts till grund för avgörandet av en konkret tvistefråga eller i övrigt används som argument eller utgångspunkt.

4.3.3.2 Företagsledningsrätten som ratio

Det tidigaste direkta rättsliga uttrycket för affärsledningsrätten jag kunnat finna härrör från AD 1930:52.²⁶⁹ Målet rörde tillåtligheten av en sympatiätgård av kollektivavtalsbunden part.²⁷⁰ Domstolen framhöll att en sympatiätgård inte får användas för att angripa rättigheter som tillkommer den egna motparten enligt kollektivavtalet och fortsatte:

”De rättigheter, som sålunda äro tillförsäkrade en part genom avtalet, kunna härflyta ur avtalets förutsättningar utan att behöva vara särskilt omnämnda i av-

annat än på sådant sätt att det skulle vara nödvändigt att förse den med så många undantag att det vore meningslöst.

²⁶³ Lagstiftningen om styrelserepresentation och fackliga förtroendemän skulle också kunna hänföras hit, jfr Schmidt Från socialism till löntagarmakt, SvJT 1976 s 519.

²⁶⁴ Jfr Sigeman Från lagstadgan till medbestämmandelagen i SvJT 1984 s 889.

²⁶⁵ Jfr Svensäter, Anställning och upphovsrätt 1991 s 92, om olika former av begränsningar.

²⁶⁶ Se Sigeman i SvJT 1984 s 886.

²⁶⁷ Angående fenomenet dolda klausuler se AD 1930:52, 1933:159 m fl rättsfall. Se ovan avsnitt 2.3.2.3 och de hänvisningar som där förekommer.

²⁶⁸ Se Göransson Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument 1988 s 350 med hänvisningar.

²⁶⁹ Jfr Sigeman i SvJT 1984 s 881 och Göransson Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument 1988 s 250 och 261.

²⁷⁰ Avtalet innehöll föreskrift om arbetsgivares rätt att leda och fördela arbetet.

talet. Ett exempel på sådana rättigheter är, förutom okränkbarheten av parternas föreningsrätt, arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet. Till dessa rättigheter hör jämväl rätt för arbetsgivaren att ensam utan inblandning från arbetarnas sida handhåva affärsledningen.”

Den ifrågakvarande sympatiåtgärden befanns utgöra ett ingrepp i affärsledningsrätten.²⁷¹ Av citatet och arbetsgivarans argumentation framgår att grunden för ställningstagandet består i att affärsledningsrätten anses utgöra en sk avtalsförutsättning.²⁷² Något skäl för domstolen att vidga principen fanns inte och det gör den heller inte. Domstolen går inte längre än vad som behövs för att avgöra den i målet aktuella rättsfrågan.²⁷³ Vi ser dock att domstolen skiljer mellan arbetsledningsrätten (leda och fördela) och affärsledningsrätten.

AD 1935:24 rörde också frågan huruvida en stridsåtgärd stred mot andra punktförbudet i 4 § KAL. Domstolen uttalade att rätten

”för en åkeriidkare att med sina kunder träffa uppgörelse om priser för de körslor han åtager sig ligger uppenbarligen inom området för den lagliga befogenheten för en arbetsgivare att utan inblandning av arbetarna själv leda sitt företag, vilken befogenhet i förevarande avtal dessutom särskilt understrukits genom bestämmelserna i § 1 mom.1.”

Det aktuella avtalsstadgandet var det sedvanliga hämtat från decemberkompromissen, som gav arbetsgivare ”rätt att leda och fördela arbetet”. Enligt domstolen skulle detta således även vara ett direkt rättsligt stöd

²⁷¹ Jfr också AD 1933:71 där principen emellertid inte är lika tydligt uttalad.

²⁷² Jfr Göransson's analys, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument 1988 s 250.

²⁷³ I AD 1931:43, återigen ett fredspliktsmål, framhåller domstolen att arbetsgivaren (en skola) ”i brist på motsatt bestämmelse i avtalet - måste anses ensam ha den arbetsgivaren i regel tillkommande rätten att bestämma vilka tjänster som skola inrättas”. Här tar man således ställning till något som rör den interna organisationen av verksamheten. Motsvarande återfinns vi i AD 1931:68, där domstolen i ett fredspliktsmål, vari en blockad ansågs tillåten då den riktade sig mot arbetsgivarens avtalsbrott (bestående i ett försök att skapa en arbetsbristsituation i syfte att bli av med en misshaglig individ utan att stöd härför fanns i avtalet, se ovan avsnitt 2.5.3) emedan avtalet ingåtts före KAL:s ikraftträdande, gjorde följande inledande uttalanden: ”Arbetsgivaren har i princip i sitt förhållande till arbetarna rätt att bestämma i vilken omfattning han önskar driva sin rörelse och att organisera den efter gottfinnande”. Se också AD 1933:109, som inte rör fredsplikt men väl kollektivavtalsstolkning, vari domstolen framhåller att ”det måste sålunda anses principiellt tillkomma arbetsgivaren att med hänsyn till förhållandena å varje särskild restaurang avgöra, vilka befattningar skola vara inrättade där”. Motsvarande i AD 1934:83 där det sägs att ”(d)et måste sålunda anses principiellt tillkomma redaren att med hänsyn till förhållandena å varje fartyg avgöra, vilken kökspersonal som skall anställas där.” I målet hade arbetstagsidan gjort gällande att arbetsgivaren var skyldig att anställa alla de kategorier som återfanns i kollektivavtalets lönetariffer.

för företagsledningsrätten.²⁷⁴ Genom att intolka rätten i § 32 behövde domstolen inte laborera med avtalsförutsättningar på det sätt som skedde i AD 1930:52. Vi noterar emellertid att domstolen också hävdar att det rör sig om en ”arbetsgivarens lagliga befogenhet”.²⁷⁵ Detta får anses innebära att man tillmäter principen allmän betydelse.²⁷⁶

I AD 1939:73 förklarades en sympatiåtgärd vara stridande mot andra punktförbudet i 4 § KAL eftersom den tilltänkta åtgärden skulle medföra ”att stuveribolaget sattes ur stånd att - med utnyttjande av sin oestriddliga befogenhet att utan inblandning från arbetarna utöva affärsledningen - åtaga sig stuveriarbeten...” Dessa befogenheter härleddes från avtalet.²⁷⁷

I AD 1964:5, som rörde tillåtligheten av stridsåtgärder i tvist om priset för av arbetsgivaren tillhandahållen lunch, gjordes intressanta uttalanden:

”Arbetsdomstolen har tidigare i åtskilliga fall uttalat, att med yrkande om ändring i avtalet måste jämsättas varje krav, varigenom åsyftas att beröva motparten rättighet, som genom avtalet tillförsäkrats honom eller som utan avtal lagligen tillkommer honom och från vilken han ej avstått genom avtalet. Stridsåtgärd i sådant syfte är följaktligen förbjuden. Till de rättigheter, som här avses,

²⁷⁴ Jfr AD 1931:74, ovan avsnitt 2.3.3.3.

²⁷⁵ Uttryckssättet användes tidigare i Norden för att beteckna att något följde av rätten och det kunde lika väl handla om sedvanerätt, se Ross Om ret og retfærdighed 1953 s 183.

²⁷⁶ Även AD 1937:89 rörde tillåtligheten av en stridsåtgärd i ett kollektivavtalsförhållande. En blockad ansågs här riktas mot arbetsgivarens ”möjlighet att själv bestämma, när han med hänsyn till givna förhållanden på arbetsplatsen vill åtaga sig ett byggnadsarbete. De genom kollektivavtal för byggnadsfacken fastställda bestämmelserna göra emellertid icke någon inskränkning i arbetsgivarens lagliga befogenhet att utan inblandning från arbetarnas sida själv leda sitt företag, vilken befogenhet tvärtom understrukits genom avtalets bestämmelse i § 8.” Man fann således - även här - befogenheten, dels vara laglig, dels redan följa av rätten att leda och fördela.

²⁷⁷ Jfr också Dagspostmålet, AD 1945:62, där domstolen gjorde följande inledande utläggning: ”Om handelsarbetareförbundet under giltighetstiden för det med pressbyrån upprättade kollektivavtalet självständigt tagit initiativet till att förbjuda sina medlemmar att taga befattning med distribution av tidningen Dagsposten, skulle denna åtgärd otvivelaktigt ha varit stridande mot stadgandet i 4 § första stycket 2. i lagen om kollektivavtal såsom i realiteten innebärande ett försök att tillvålla sig bestämmanderätt över vilka publikationer pressbyrån ägde distribuera och sålunda att åstadkomma en ändring i den genom kollektivavtalet skedd regleringen, vilken bland annat innebär, att affärsledningen tillkommer arbetsgivaren.” (Detta var i och för sig inte tvistigt i målet eftersom arbetstagar sidan medgivit detta.) Kollektivavtalet innehöll sedvanlig klausul om rätt att leda och fördela arbetet men om det är i detta domstolen lägger in affärsledningsrätten kan knappast utläsas i citatet. För en tidsaktuell kommentar till målet se Schmidt i SvJT 1949 s 738f. Jfr även Bergström Kollektivavtalslagen 1948 s 141.

hör arbetsgivarens rätt att leda sitt företag och därmed att bestämma om dess organisation och verksamhetsformer.

Det mellan parterna gällande kollektivavtalet rörande allmänna anställningsvillkor för tjänstemän innehåller icke någon inskränkning i den bestämmanderätt angående företagsledningen, som enligt allmänna regler tillkommer arbetsgivaren. Arbetstagarparterna ha ej heller gjort gällande annat än att rätten att leda företaget tillkommer arbetsgivaren och omfattas av den kollektivavtalsmässiga regleringen.²⁷⁸

Domstolen upprepar här vad vi sett i tidigare mål och här tydliggör den att det saknar betydelse på vad rätten grundar sig. Det avgörande är om arbetsgivaren genom avtalet avstått från den. Har så inte skett är företagsledningsrätten bibehållen arbetsgivaren. Härigenom får företagsledningsrätten närmast status av en allmän rättsgrundsats.

Även efter arbetsrättsreformerna vid 70-talets mitt förekommer hänvisningar till företags-, affärsledningsrätten eller motsvarande i ett flertal mål. I både AD 1980:15 och 1981:124, som rörde fredsplikten och tillämpningen av andra punktförbundet, är det affärsledningsrätten som ligger till grund för ställningstagandet. I det sistnämnda målet sägs följande.

”Gällande rätt bygger sedan länge på synsättet att ett kollektivavtal vilar bl a på den tysta förutsättningen att rätten till affärsledningen i avsaknad av andra regler i lag eller kollektivavtal tillkommer arbetsgivaren. I avsaknad av undantagsregler är det således arbetsgivaren som ensam har att fatta beslut om t ex vilka utomstående personer han skall upprätthålla affärskontakter med.”

Här ser vi att domstolen uttryckligen talar om tysta avtalsförutsättningar.

Även i AD 1982:31 rör det sig om ifrågasatt fredspliktsbrott och domstolen ger här affärsledningsrätten följande innebörd.

”I ett detaljhandelsföretags affärsledningsrätt får anses ingå att - med de inskränkningar som kan följa av lag eller avtal - fritt verka för att kunder utnyttjar företagets tjänster. Ett ingrepp mot kunders möjligheter att utnyttja företagets tjänster är därför ett ingrepp mot företagets affärsledningsrätt.”

Att den formulering domstolen här använder sig av har begränsad räckvidd visas av det förhållandet att stridsåtgärder som riktar sig mot affärsledningsrätten otvistigt är tillåtna i den mån kollektivavtal inte gäller. Den allmänna formuleringen av ”detaljhandelsföretags affärsled-

²⁷⁸ Domstolen kom, som vi sett ovan, sedan fram till att även frågan om tillhandahållande av lunchförmåner var hänförlig till företagsledningsområdet.

ningsrätt” visar sig således vara behäftad med påtagliga inskränkningar även i en kontext som ligger mycket nära den i målet aktuella.²⁷⁹

Såvitt jag kunnat finna är tillämpningen av det andra punktförbudet i nuvarande 41 § MBL och tidigare 4 § KAL helt dominerande bland de rättsliga sammanhang vari domstolen till stöd för sitt ställningstagande tagit hjälp av företags- eller affärsledningsrätten. Först under senare år har företagsledningsrätten kommit att återopnas i de sammanhang som är utgångspunkten för min kritik.

Det bör dock framhållas att det, som delvis framgått av historikavsnittet,²⁸⁰ stundom användes argument som liknar företagsledningsrätten när arbetstagaridan gjorde gällande att begränsningar i uppsägningsrätten följde av ”kollektivavtalets bestämmelser i övrigt”. Poängteras bör dock att kontexten därvid var fri uppsägningsrätt och att det även här rörde sig om kollektivavtalsstolkning och att rättigheterna snarast användes som en rättsystematisk utgångspunkt.

Fahlbeck är den som såvitt jag kunnat finna är först med att använda det i saklig grund-sammanhang. I samband med behandlingen av uppsägningar p g a arbetsbrist talar Fahlbeck om att ”(a)rbetsgivaren har full frihet i kraft av sin *företagsledningsrätt* att besluta om anlåtande av entreprenör. Detta är fallet även om den verksamhet som läggs ned är lönsam. Det är arbetsgivaren som bestämmer hur verksamheten skall bedrivas i olika avseenden.”²⁸¹

I AD 1993:101 gör, som ovan framhållits men det förtjänar att upprepas, domstolen för första gången en uttrycklig hänvisning till företagsledningsrätten som en normativ utgångspunkt för saklig grundfrågan:

”Som arbetsdomstolen i åtskilliga tidigare domar haft anledning framhålla framgår redan av förarbetena till såväl 1974 års som 1982 års anställningsskyddslag (prop. 1973:129 s. 123 och prop. 1981/82:71 s. 65) att vad som brukar kallas arbetsbrist godtas som saklig grund för uppsägning. Det kan, som

²⁷⁹ Även AD 1984:91, Eldonmålet (jfr AD 1984:39), rörde motsvarande problematik och utan närmare precisering kom domstolen fram till att det rörde sig om en stridsåtgärd som kom i konflikt med affärsledningsrätten. Se också AD 1986:108 (även detta ett fredspliktsmål) där domstolen i en allmän beskrivning av rättsläget talar om ”arbetsgivarens rätt att utöva ledningen av företaget eller affärsledningen”. I Britanniamålet, AD 1989:120 talar domstolen, i förbigående, om arbetsgivarens ”företags- eller affärsledningsrätt”.

²⁸⁰ Se avsnitt 2.3.3.

²⁸¹ Fahlbeck Praktisk arbetsrätt 1989 s 305. Min kursivering. Se också Victorin Aktieägandet och löntagarintresset 1991 och Källström i Löntagarrätt 1994 s 197, vari denne bygger på AD 1993:101. Detta är såvitt jag kunnat finna första gången termen förekommer i Löntagarrätt (i vart fall i detta sammanhang).

uttalades i förarbetena till 1974 års lag, inte krävas av en arbetsgivare att han håller igång verksamheten i oförändrad utsträckning enbart för att tillgodose arbetstagarnas anställningstrygghet. Arbetsgivaren kan sålunda i kraft av den s.k. företagsledningsrätten av olika skäl besluta om sådana åtgärder som nedskärningar av verksamheten, omorganisationer, ändringar av verksamhetens inriktning m.m. Det är också arbetsgivaren som avgör hur många personer som han skall ha anställda för olika uppgifter i verksamheten och i princip även hur dessa uppgifter skall fördelas mellan de anställda. Skälen för arbetsgivarens bedömning kan vara av ekonomisk, organisatorisk eller därmed jämförbar natur. I den mån arbetsgivarens bedömningar och åtgärder av nu skisserat slag leder till uppsägning av arbetstagare talar man om uppsägning på grund av arbetsbrist.”

Inte heller här får vi veta den närmare normativa utgångspunkten för företagsledningsrätten. Hänvisningen till företagsledningsrätten återkommer sedan i ett par senare mål.²⁸²

I saklig grund-kontexten skulle man kunna säga att företagsledningsrätten används som en förklaring till eller justifiering av varför domstolen inte gör någon närmare prövning av arbetsbristuppsägningars saklighet.

4.3.3.3 Företagsledningsrätten som rättssystematisk utgångspunkt

Även om de normer som skulle kunna sägas rikta in sig på företagsledningsfrågorna var begränsade till antalet fanns det redan före MBL:s tillkomst skäl att rättssystematiskt placera in regler som begränsade arbetsgivarens frihet att styra över sitt företag under någon överordnad (rättslig) norm.²⁸³ Några nedslag i litteraturen före MBL:s tillkomst visar också att detta var brukligt.

Dåvarande ordföranden i arbetsdomstolen, Gunnar Dahlman, beskrev 1954 rättsläget enligt följande:

”Sedan gammalt har bland arbetsgivarens rättigheter även i ett kollektivavtalsreglerat tjänsteförhållande ansetts ingå *rätten att leda och fördela arbetet*.

Arbetsdomstolen fastslog också redan i början av sin verksamhet att, även om kollektivavtalet icke innehöll någon uttrycklig bestämmelse därom - men ej heller någon däremot stridande bestämmelse - rätten att leda och fördela arbetet tillkomme arbetsgivaren ensam utan inblandning från arbetarnas sida. Detsamma skulle även gälla affärsledningen för företaget. I princip anses sålunda arbetsgivaren i sitt förhållande till arbetarna ensam ha rätt att bestämma i vilken

²⁸² I AD 1996:20 sker en hänvisning härtill. I AD 1996:48 citeras det. I 1993:101 var det Sköllerholm, i 1996:20 L J Eklund och i 1996:48 Pripp som satt ordförande.

²⁸³ Bland de regler som kan nämnas är delar av huvudavtalet och företagsnämndsavtalet.

omfattning han önskar driva sin rörelse och hur han vill organisera arbetet där.”²⁸⁴

Till stöd för denna uppfattning åberopar Dahlman tre ovan behandlade AD-mål²⁸⁵ vilka rört tvister om tillåtligheten av stridsåtgärder. Dahlman gör här ingen åtskillnad när han som en slutsats av att arbetsgivare ensam ansvarar för *affärsledningen* anger att arbetsgivaren också har rätt att bestämma omfattningen av verksamheten ”och hur han vill organisera arbetet där”. Dahlman använder sedan detta som utgångspunkt för att beskriva de begränsningar som finns.²⁸⁶

Adlercreutz tycks utgå från att företagsledningsrätten utgjorde en del av § 32²⁸⁷ men framställer på annat håll i samma arbete saken på ett sätt som överensstämmer med den syn på företagsledningsrätten som är detta avsnitts kärna:

”Av stor betydelse är att AD förklarar arbetsgivarens rätt 'att leda och fördela arbetet', 'att ensamt utan inblandning från arbetarnas sida handhava affärsledningen' (ADD 1930 nr 52) och 'att leda sitt företag och därmed att bestämma om dess organisation och verksamhetsformer' (ADD 1964 nr 5) utgöra en *allmän rättsgrundsats*, som givetvis kan inskränkas avtalsvägen men består, om arbetsgivaren inte avstått från den genom avtalet. Därmed har AD fastslagit den liberala grundsatsen som en utgångspunkt men står öppen för varjehanda inskränkningar, som parterna genom avtalsförhandlingar kommit fram till.”²⁸⁸

Vi ser att Adlercreutz här tonar ned dessa grundsatsers rättsliga status genom att i praktiken endast framställa dem som systematiska utgångspunkter och då också väsentligen i kollektivavtalsstolkningssammanhang genom de rättsfallshänvisningar han gör.²⁸⁹ Det sistnämnda presenteras under delrubriken ”arbetsgivaren som ledare av företaget”.

Det bör framhållas att begränsningarna, särskilt av Dahlman,²⁹⁰ framhålls som något som följer redan av det sätt varpå ”rättigheten” är formulerad. Så framställs också saken av Schmidt i dennes avskedsfö-

²⁸⁴ Dahlman Arbetsdomstolens betydelse för arbetsrättens utveckling SvJT 1954 s 4-5.

²⁸⁵ AD 1930:52, 1939:73 och 1945:62.

²⁸⁶ Dahlman, SvJT 1954 s 4-6. Här görs ingen åtskillnad mellan arbetslednings- och företagsledningsfrågor, men klart är att vissa av undantagen tar sikte på företagsledningsrätten, exempelvis företagsnämndsavtalet.

²⁸⁷ Adlercreutz Svensk arbetsrätt 1970 bl a s 17. Detta hävdas under en komprimerad redovisning av den moderna arbetsrättens framväxt.

²⁸⁸ Svensk arbetsrätt 1970 s 82.

²⁸⁹ Adlercreutz synsätt har inte förändrats i senare upplagor. Se exempelvis 9 uppl 1994 s 141, som är i det närmaste identisk.

²⁹⁰ SvJT 1954 s 4.

reläsning, som hölls i brytpunkten mellan det nya och det gamla. Schmidt sätter in medbestämmandereglererna i denna kontext genom att först framhålla att man ”brukat säga, att arbetsgivaren ensam bestämt över affärsledningen och arbetsledningen, där begränsningar inte följt av lag eller avtal”, varefter han framhåller att ”det är på området av arbetsgivarens ensamma bestämmanderätt som den nya lagen om medbestämmande sätter in”.²⁹¹

Arbetsrättsreformerna under 70-talet, och särskilt då medbestämmanderegleringen, gjorde behovet av rättssystematiska utgångspunkter än mer påtagligt. Detta återspeglas också i litteraturen.

Fahlbeck har ett särskilt kapitel ”rätten att bestämma över företaget”, som behandlar företagsdemokrati, medbestämmandeavtal, styrelsrepresentation och facklig vetorätt och rätten att bestämma över företaget ses här som utgångspunkt för de regleringar som innefattar begränsningar däri.²⁹² Någon närmare normativ grund för företagsledningsrätten än att den placeras in i ett historiskt sammanhang redovisas inte. Fahlbeck framhåller dock att företagsledningsrätten utgör ”en sida av § 32-befogenheterna”.²⁹³

Sigeman har ett motsvarande avsnitt om ”arbetstagarinflytande över företags- och arbetsledning”, där han under inledningsavsnittet, som bär rubriken ”arbetsgivarens principiella bestämmanderätt”, framställer saken sålunda:

”Som redan berörts gäller enligt rättspraxis såsom utfyllnadsregel till anställningsavtal och kollektivavtal att det är arbetsgivaren som äger utöva företagsledning och arbetsledning inom verksamheten, om annat inte föreskrivits eller avtalats. Rättsligt sett råder sålunda normalt den ordningen att arbetsgivaren ensidigt kan bestämma t.ex. om inriktning och omfattning av företagets produktion eller om hur arbetsuppgifterna skall fördelas mellan de anställda.”²⁹⁴

Hydén framställer samma budskap i andra termer när han gör gällande att man ”kan betrakta hela arbetsrätten som ett regelsystem som syftar till att göra inbrytningar i arbetsgivarens beslutsprocess. Regelverket är helt enkelt uppbyggt på det viset att om inget annat sägs så bestämmer arbetsgivaren.”²⁹⁵

²⁹¹ Från socialism till löntagarmakt, SvJT 1976 s 520.

²⁹² Fahlbeck Praktisk arbetsrätt 1989 kap 9.

²⁹³ Fahlbeck Praktisk arbetsrätt 1989 s 183.

²⁹⁴ Sigeman Arbetsrätten 1995 s 74.

²⁹⁵ Hydén Arbetslivets reglering 1985 s 41, varefter regleringen liknas vid ett isberg där lagstiftningen till arbetstagaridans förmån finns ovan ytan och arbetsgivarprerogativen därunder. Se också Glavå/Töllborg 1990 s 15.

4.3.3.4 Konklusion av rättslig kontext

Det är, som framgått, huvudsakligen i två rättsliga sammanhang företags- och eller affärsledningsrätten används, om vi tillsvidare bortser från de senaste årens användning av principerna i saklig grundsammanhang. Det är viktigt att klargöra att dessa sammanhang är väsensskilda och att det därför också är olika företeelser man talar om. I fredspliktssammanhang tar man företags- eller affärsledningsrätten till direkt stöd för hur en konkret rättsfråga skall hanteras. Man kan säga att rätten att bestämma över företaget då har karaktär av konkret rättsregel på *rättsordningsnivå*. I medbestämmandekontexten har företagsledningsrätten en helt annan funktion. Här används den som utgångspunkt för de begränsningar som finns i den. Reglerna om medbestämmandeförhandlingar, vetorätt mm framställs således som undantag från företagsledningsrätten såsom en rättslig utgångspunkt på *rättssystemnivå*.²⁹⁶ Det är undantagen som återfinns på rättsordningsnivå och det är också förekomsten av dessa som gör att det finns anledning att framställa det de är ett undantag från som en rättighet.

Ett gemensamt drag är att de båda kontexterna rör den kollektiva arbetsrättens domäner. I rättsordningskontexten rör det sig om kollektiva stridsåtgärders tillåtlighet och i den rättssystematiska om utgångspunkter för undantag i form av kollektiva inflytanderegler.

Om vi då försöker sammanfatta vad arbetsgivarens bestämmanderätt i de sammanhang som beskrivits baseras på blir det allt tydligare att företagsledningsrätten, eller snarare en underavdelning till den - affärsledningsrätten - som fenomen från början skapats och använts främst i syfte att legitimera kollektivavtalet som ett i praktiken heltäckande fredspliktsdokument.²⁹⁷

Man måste då ha klart för sig att de mål som rör fredsplikt präglas av domstolens strävan efter att fredsplikt skall råda mellan parter som ingått kollektivavtal och att problemet för domstolen inte är *om* en stridsåtgärd strider mot fredsplikten utan *hur* den gör det, vilket arbetsdomstolen själv antydningssvis framhåller i AD 1964:5. Man kan då inte ta

²⁹⁶ Om terminologin, se avsnitt 1.3.2.5.

²⁹⁷ Jfr prop 1975/76:105 s 239. Som Göransson framhåller finns endast ett fall där domstolen kommit fram till att en fråga inte omfattades av § 32, disciplinär bestraffning i AD 1972:7, Göransson Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument 1988 s 266. I den meningen kan principen om arbetsgivares företagsledningsrätt således inte sägas direkt ge uttryck för en självständig rättslig princip i dessa mål. Här bygger den helt på avtalsrättslig grund. Det är tydligt att de ifrågavarande principerna inte har något särskilt starkt rättskällestödet. Jfr Göranssons i a a kritik under avsnitt 6.4.5. med hänvisningar till främst Sigeman.

domskälen i dessa mål, som i kanske högre grad än annars framstår som konstruktioner i syfte att justifiera ett redan formulerat domslut, till intäkt för vad som utgör relevanta normativa ställningstaganden även i tvister där helt andra frågor står i förgrunden.

Mot bakgrund av den rättsliga kontext vari företagsledningsrätten vuxit fram framstår också frågan om det rör sig om en avtalsförutsättning, om den är en del av § 32 eller en allmän rättsgrundsats som mindre intressant. Eftersom det i den fredspliktskontext där principen växte fram, den inte kan användas om kollektivavtal inte gäller,²⁹⁸ följer redan härav att principens bärighet är starkt begränsad.²⁹⁹ Själva poängen med en stridsåtgärd är ju i regel att man vill angripa det som ligger inom området för arbetsgivarens affärs- eller företagsledningsrätt. Strejkrätten är således starkare än företags- eller affärsledningsrätten, skulle man kunna uttrycka det.

Av formuleringarna att döma kan man emellanåt få intryck av att en företagares rätt att bestämma över sin verksamhet skulle grundas på kollektivavtalet. Att så inte är fallet är uppenbart. Skälet till sådana formuleringar är att man måste få rätten till en del av avtalet för att det skall vara möjligt att komma åt stridsåtgärder som vid en normal tolkning av lagtexten annars skulle vara tillåtna. I denna kontext får vi också en förklaring till vad det skall vara för poäng att hävda att en arbetsgivare som en del av sin företagsledningsrätt kan förse sina anställda med förmåner och bekvämligheter. När man hävdar att arbetsgivaren har en rätt att bestämma om han vill ha ett system med lunchförmåner³⁰⁰ innebär det att man konstaterar att han inte har någon plikt att göra det. Poängen är då att denna frihet att inte behöva göra något sedan utan närmare reflektion används som ett argument i horisontella relationer. Att resonemanget förvisso kan ha viss relevans i den aktuella normativa kontexten – frågan om fredspliktens omfattning – må vara hänt. Den rätt man således skapat på kollektivavtalsrättslig grund i detta begränsade men viktiga syfte har sedan kommit att användas för att legitimera ställningstaganden i helt andra sammanhang.

²⁹⁸ Och heller inte mot äkta sympatiåtgärder när kollektivavtal gäller. Se angående praxis före MBL, Geijer/Schmidt Arbetsgivare och fackföreningsledare i domarsäte 1958 s 254 f med referat av AD 1931:125 och 1935:7.

²⁹⁹ Man bör också ha i åtanke att behovet av intolkning av avtalsförutsättningar och resonemang om *naturale negotii* är betingat av den extremt avtalsrättsliga utgångspunkten för anställningsförhållandena. Arbetsgivaren är enbart avtalskontrahent. Jfr Adlercreutz Kollektivavtalet 1954 s 408-9.

³⁰⁰ AD 1964:5.

4.3.4 Arbetsgivarprerogativ eller marknadsekonomisk frihet?

4.3.4.1 Inledning

I sin egenskap av rättssystematiker har arbetsrättaren liksom andra rättsvetare en benägenhet att skapa en egen systematik och egna begrepp när det kanske egentligen endast är nya beteckningar på redan kända företeelser.³⁰¹ Vid sidan av att sådant bidrar till att legitimera vissa rättsfrågor som ett särskilt rättsområde kan ett skäl till att man gör det helt enkelt vara att det är svårt att se de rättsligt relevanta likheterna mellan komplexa verklighetsföreteelser, eller de normativa mönstren för att tala med Anna Christensen.³⁰² Inom arbetsrätten är det dessutom så att systemet med en specialdomstol också bidrar till skapandet av egna lösningar.³⁰³ När man inom ett visst rättsområde skapar egna beteckningar för redan existerande företeelser är risken stor att man rycker dem ur dess systematiskt/normativa kontext.

Mot denna bakgrund kommer jag i detta delavsnitt att ifrågasätta huruvida företagsledningsrätten verkligen är ett arbetsgivarprerogativ för att sedan något diskutera dess normativa ursprung.

Det bör poängteras att detta inte innebär ett ifrågasättande av att den som driver ett företag också har rätt att besluta i frågor som rör verksamheten. Däremot ifrågasätter jag om detta är något som är förknippat med egenskapen av att vara just arbetsgivare.

4.3.4.2 Arbetsgivarifieringen

Det finns en tendens att i vår tid tala om företag som arbetsgivare.³⁰⁴ Språkbruket torde sammanhånga med vilken uppgift eller egenskap man betraktar som den viktigaste hos dem som bedriver näringsverk-

³⁰¹ För arbetsrättens del kan redan här som exempel nämnas den sk antagningsrätten, som egentligen inte är något annat än den del av kontraheringsfriheten som består i rätten att välja motpart. Det var ju heller inte så att det var denna grundläggande avtalsrättsliga princip i allmänhet som var skälet till att SAF tog in § 23 i sina stadgar och krävde att de skulle utgöra avtalsinnehåll. Här var det främst fråga om rätten att anställa även andra än fackligt organiserade.

³⁰² Se Christensen, bl a Anställningsskyddet och besittningsskyddet 1994.

³⁰³ Jfr Källström Om rättslig integration i arbetsdomstolens rättstillämpning 1993.

³⁰⁴ Detta leder också emellanåt till missförstånd eftersom man lätt också uppfattar termen företag som åsyftandes arbetsgivarfunktionen. Min syn på frågan bekräftades av en diskussion i radions Studio ett den 30 oktober 1997 med anledning av en artikel av Mona Sahlin om behovet av att förändra regelverket för småföretagare. Hennes meddebattör - LO:s avtalssekreterare Hans Karlsson - uppfattade detta som något som omedelbart rörde arbetsrätten, när det i själva verket var en rad andra regleringar Sahlin primärt åsyftade.

samhet. Lönearbetarideologin och dess implikationer i form av krav på full sysselsättning (främst i form av lönearbete) och arbetslösheten som det alldeles övergripande politiskt/ekonomiska problemet i västvärlden under de senaste decennierna är den sannolika förklaringen till att det som numera betraktas som företagets mest väsentliga uppgift är att bereda lönearbete åt befolkningen.³⁰⁵ Vi har nått så långt att företagets möjligheter att bereda sysselsättning kommit att bli det viktigaste argumentet för drift eller fortsatt drift även av verksamheter som från ekologiska, etiska etc utgångspunkter starkt kan ifrågasättas.

I linje härmed har också i samband med medbestämmandelagens tillkomst i princip alla frågor som kan tänkas uppkomma inom ramen för ett företags verksamhet kommit att betraktas som frågor rörande förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare med den betydelse detta har för vilka frågor som kan bli föremål för förhandlingar och kollektivavtal.³⁰⁶ Som ett skäl till att det bör slås fast att även företagsledningsfrågor skall kunna göras till föremål för förhandlingar och kollektivavtal framhålls i propositionen att "lagstiftningen bör bygga på tanken att arbetstagarna lika väl som arbetsgivaren är beroende av hur verksamheten bedrivs och att de därför skall vara berättigade att påverka verksamheten även i stort".³⁰⁷ Vid sidan av den demokratiska aspekten på att medbestämmandereformen ger uttryck för en önskan om att andra intressen än ägarintresset skall vara avgörande för inflytande över ett företags verksamhet, finns det således också ett mer pragmatiskt skäl; kopplingen till lönearbetarnas intresse av att kunna få behålla sina arbeten eller med andra ord att företagets egenskap av arbetsgivare kan upprätthållas. I specialmotiveringen till 1 §, där innebörden av begreppet "förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare" preciseras, framställs detta än tydligare. Efter att kort ha berört de direkt anställningsavtalsrelaterade frågorna fortsätter departementschefen:

"Lagens innebörd är emellertid att även frågor som brukar betecknas som företagsledningsfrågor faller inom ramen för förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare. Frågor som gäller t.ex utvidgning eller inskränkning eller eljest omfattningen av ett företags verksamhet, omlokalisering av verksamheten, nyanläggningar och investeringar i övrigt, upptagande av nya verksamhetsgrenar eller nedläggning av någon del av verksamheten, *har betydelse för arbetstagarna redan därigenom att besluten återverkar på företagets ekonomi och därmed på*

³⁰⁵ Se angående lönearbetarideologin, Christensen Lönearbetet som samhällsform och ideologi 1983.

³⁰⁶ Här bortses från de undantag som kommer till uttryck i 2 § MBL.

³⁰⁷ Prop 1975/76:105 s 209-10.

arbetstagarnas utsikter att behålla sin sysselsättning och trygga sin fortsatta försörjning. Detsamma gäller, om än inte alltid lika tydligt och omedelbart, om beslut rörande finansiering, om inköp och försäljning, lagerhållning, reklam och liknande inom området för företagets affärsverksamhet. Beslut som ligger inom de här angivna ramarna får också ofta återverkningar på innehållet i arbetstagarnas arbete och de förhållanden under vilka arbetet utförs. Lagen bygger därför på att även frågor som rör bedrivandet av arbetsgivarens verksamhet i stort skall anses höra till förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare.”³⁰⁸

4.3.4.3 Företagets egenskaper eller roller

Att man gör alla frågor inom ett företags verksamhet till frågor rörande förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare behöver nu inte innebära att man inte också menar att ett företag uppträder i andra egenskaper. När man tar del av de resonemang som fördes i det uppmärksammade målet AD 1980:150 blir man emellertid fundersam. Kärnan i domen är att förhandlingsrätten på den statliga sektorn är begränsad på så sätt att staten uppträder i olika egenskaper; endast i de sammanhang där staten uppträder som arbetsgivare - och inte politisk beslutsfattare - har de anställdas organisationer förhandlingsrätt.³⁰⁹ Det finns då anledning att resa frågan om man härigenom menar att denna uppdelning i olika egenskaper eller roller inte har någon motsvarighet på den privata sektorn av arbetsmarknaden.³¹⁰ Naturligtvis har den det. ”*Arbetsgivaren är företagaren i en särskild funktion*”.³¹¹ Men det är tydligen endast på den offentliga (statliga?) sektorn som egenskapsdifferentieringen är normativt relevant.³¹² Det kan också antas finnas ett samband mellan utökningen av området för arbetstagarinflytande och att man blandar sam-

³⁰⁸ Prop 1975/76:105 s 326. Min kursivering.

³⁰⁹ Se angående domen och den debatt som fördes bl a Svensson Medbestämmande och politisk demokrati 1985, särskilt s 75-76 och Seth/Svensson Medbestämmande i statsförvaltningen 1982 bl a s 36-41. Se också diskussionen i tidskriften Lag & Avtal; Göransson i 1981 nr 1, 4 och 5, Svensson i 1981 nr 3 och 5 och Edlund i 1981 nr 5.

³¹⁰ Domen är ett av de exempel Fahlbeck anför på den ”institutionella hybris” arbetsdomstolens domar ger uttryck för. Se Fahlbeck Tankar om arbetsdomstolen – hädiska och andra 1993 s 98.

³¹¹ Adlercreutz Svensk arbetsrätt 1985 s 141. Min kursivering.

³¹² Genom detta ställningstagande har domstolen endast bidragit till att skapa begreppsförvirring. I sin strävan att få det hela att framstå som enhetligt kände domstolen sig uppenbarligen nödgad att ta till denna konstruktion istället för att införa ett undantag från huvudregeln. Se min kritik i Glavå/Töllborg Arbetsrätt 1990 s 46-47. Jag vill poängtera att detta inte innebär att jag är oense med domstolen vad beträffar resultatet. Det vore rent av absurt att tänka sig att de statsanställda i denna deras egenskap skulle ha något särskilt inflytande över allmänna politiska frågor.

man en företagares olika egenskaper. Utökningen av arbetstagarinflytandet skulle i viss mening sägas kunna sammanhålla med att man inte betraktar anställningsavtalet som ett renodlat avtalsförhållande. Jag vill påstå att detta inte enbart är till fördel för de anställda eftersom arbetsgivarsidans maktbefogenheter förstärks genom de åtgärder som är avsedda att försvaga dem.

Det är följaktligen av vikt för den fortsatta framställningen att man har klart för sig att ett företag uppträder i olika egenskaper, eller intar olika roller.³¹³ Företaget eller företagaren uppträder således som säljare, köpare, hyresgäst, licenstagare, gäldenär, arbetsgivare etc.³¹⁴ Återigen, ”arbetsgivaren är företagaren i en särskild funktion”. Arbetsgivaren är den ena av två parter i ett avtalsförhållande. Arbetsgivarrollen är inte ens en del av företagets begrepp; företaget klarar sig utan arbetsgivarrollen.³¹⁵

4.3.4.4 Arbetsgivarprerogativ?

Som redan antytts finns det enligt min uppfattning skäl att ifrågasätta om det är adekvat att betrakta företagsledningsrätten som ett arbetsgivarprerogativ. Man kan angripa denna frågeställning från olika utgångspunkter. Vi kan börja med att ifrågasätta om företagsledningsrätten utgör en del av § 32. Härvidlag finns det anledning att närmare analysera de olika prerogativen i syfte att få fram likheter och olikheter. En av poängerna är att visa att arbetslednings- och uppsägningsrätten verkar på en annan nivå än företagsledningsrätten.

³¹³ I en karaktäristik över arbetsrättsutvecklingen uttrycker sig Sigeman sålunda (SvJT 1984 s 889): ”Rätten att utöva affärsledning och annan *företagsledning* består i allt väsentligt orubbad. Vill emellertid ett arbetsgivarföretag,” varefter han kommer in på vektorrätten som en och kanske den enda begränsningen. Det blir här tydligt att Sigeman ser poängen i rolluppdelen men han vidareutvecklar den inte.

³¹⁴ Om vi håller oss till avtalspartsroller. Härtill kommer naturligtvis att företaget är näringsidkare, skattesubjekt etc.

³¹⁵ Det bör för undvikande av missförstånd framhållas att detta inte innefattar ett ifrågasättande av de fackliga organisationernas medbestämmanderätt i sådana frågor. Det innebär dock en kritik mot den lagstiftningsteknik som innebär att man gör i stort sett alla frågor som kan uppkomma i ett företags verksamhet till frågor som skall anses röra förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare för att sedan låta denna formella definition ligga till grund för den konkreta tillämpningen av olika inflytanderegler. Detta skapar ofrånkomligen den typ av skenargumentation som återfinns i AD 1980:150. Ett mer adekvat sätt att uttrycka saken är att säga att företaget är förhandlingsskyldigt även när det uppträder i andra egenskaper än arbetsgivarens. En arbetsgivare måste dock vara part i anställningsavtal, eller i vart fall kollektivavtal, annars är han nämligen inte förhandlingsskyldig över huvud taget.

Vad nu sägs innebär inte att jag gör gällande att jag sitter inne med det korrekta svaret på hur en drygt nittio år gammal stadgebestämmelse som sedermera gjorts till kollektivavtalsinnehåll³¹⁶ skall tolkas. Dessutom talar de uttalanden som gjorts av partsföreträdare,³¹⁷ liksom arbetsdomstolens och doktrинens normativa ställningstaganden emot min uppfattning.³¹⁸ Under slutet av sextioalet var det under parollen ”avskaffa § 32” som vänstern drev sina krav på ökat inflytande på arbetsplatserna. Som tesen här drivs innebar detta ett ifrågasättande av om inte striden fördes under felaktiga förtecken.³¹⁹ Man måste emellertid skilja på frågan om vad som hörde till § 32 och vad som kan ha gällt på någon annan grund.

Det var före medbestämmandelagen tillkomst tveksamt om företagsledningsfrågor överhuvud var ett område varom förhandlingar behövde föras och kollektivavtal kunde slutas.³²⁰ Huruvida tveksamheten angående rättsläget före MBL bottnade i att man ansåg förhandlingsrätt utsluten p g a att företagsledningsrätten var tyst reglerad i kollektivavtalen eller om det berodde på att man var tveksam till om frågorna som sådana hörde till förhandlingsrättens område³²¹ framgår inte alldeles tydligt.³²² Med hänsyn till att den allmänna förhandlingsrätten dock inte förutsatte kollektivavtal för sin tillämpning förefaller den förstnämnda tolkningen inte rimlig.

³¹⁶ Och dessutom någon sorts allmän rättsgrundsats.

³¹⁷ Se exempelvis Schiller LO, paragraf 32 och företagsdemokratin 1974 s 51: ”Arbetsgivareföreningens ordförande H v Sydow avvisade kategoriskt varje ändring av § 23. Rätten att antaga och avskeda vore grundad på arbetsavtalets natur. En ståndpunkt som den nyinrättade arbetsdomstolen i sin kända dom nr 100 fyra år senare skulle göra till sin. Rätten att leda och fördela arbetet vore en nödvändighet för en framgångsrik näringsdrift. 'Den som har ansvaret för företaget, han skall också ha makten att leda det.' ” Det hela rör diskussioner om arbetsfred och därmed uppkomna diskussioner om medinflytande (1928). SAF-ordförandens uttalande ger här stöd för att även det vi idag kallar företagsledningsrätten var en del av § 23 men samtidigt kan man se det som ett argument mot förslag till inflytande under åberopande av ett ”gällande” stadgande.

³¹⁸ Däremot finns ett stöd för min ståndpunkt i SOU 1975:1 s 809 f.

³¹⁹ Paradoxen i sammanhanget är också att resultatet av att kraven på att avskaffa § 32 i viss utsträckning tillgodosågs i själva verket blev att principens rättsliga status kom att stärkas. Kravet på att avskaffa något som egentligen inte utgjorde en del av § 32 blev således att detta gjordes till en del av § 32, i vart fall kom det som angreps att få en starkare rättslig förankring.

³²⁰ Se SOU 1975:1 s 272 ff och prop 1975/76:105 s 38.

³²¹ Och således utanför arbetsgivar/arbetstagar-relationen.

³²² Jfr SOU 1975:1 s 284.

Kraven på företagsdemokrati innebär att man gör företagsledningsfrågor till ett ämne som rör avtalsrelationen arbetsgivare-arbetstagare.³²³

Av intresse för den fråga som här behandlas är att det saknades legala rättsliga uttryck för principen före MBL:s tillkomst. Av motiven till MBL framgår emellertid att företagsledningsområdet hör till det som kallas förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare och därmed vad som kan bli föremål för förhandlingar och kollektivavtal:

”I jämförelse med gällande rätt är det framför allt viktigt att klart slå fast att även frågor, som gäller företagets skötsel och utveckling, skall kunna göras till föremål för förhandlingar och kollektivavtal.”³²⁴

Att området för företagsledningsrätten blir en del av området för förhandlingar och kollektivavtal innebär i sig inte att principerna om företagsledningsrätten som en rättighet slås fast.³²⁵ Som ovan framhållits fastslås dock principen indirekt genom utformningen av reglerna om primär eller förstärkt förhandlingsskyldighet. Här framgår nämligen indirekt att arbetsgivaren trots allt har bestämmanderätten. Beträffande frågan om på vilken rättslig grund arbetsgivaren har rätt att fatta beslut i de frågor förhandlingsskyldigheten enligt 11-13 §§ MBL omfattar, tonas detta ned i motiven:

”Till skillnad från vad kommittén föreslagit har i lagtexten inte markerats på vilken grund arbetsgivaren antas ha rätt gentemot arbetstagsidan att fatta det beslut förhandlingen avser. Utgångspunkten är dock densamma som för kommittén, nämligen att arbetsgivaren anses ha avtalsenlig rätt att fatta beslut på företags- och arbetsledningsområdena och om ingående och hävande av anställningsavtal när annat inte har bestämts i avtal med arbetstagsparten. Det saknar i och för sig betydelse om denna rätt skall i någon mening anses ligga i kollektivavtalet.”³²⁶

³²³ Det är också intressant att se på tekniken för att infoga företagsledningsfrågorna i lagstiftningen. Först gör man det till en fråga som rör förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare i den allmänna beskrivningen av lagens tillämpningsområde. Man motiverar det med att frågorna har betydelse för de anställda. Sedan används det faktum att företagsledningsfrågorna hör till förhållandet arbetsgivare-arbetstagare som argument för att det skall föreligga förhandlingsrätt etc. I själva verket är det naturligtvis just detta man avser när man anger vad som skall anses höra till förhållandet arbetsgivare-arbetstagare.

³²⁴ Prop 1975/76:105 s 209.

³²⁵ Att lagstiftning saknas skulle kunna förklaras med att rättssystematiska principer eller utgångspunkter inte är föremål för lagstiftning, jfr Strömholm Åganderätten i idéhistoriskt och internationellt perspektiv 1985 s 124.

³²⁶ Prop 1975/76:105 s 355. Jfr Bergqvist/Lunning Medbestämmandelagen 1986 s 194 (11§): ”Som framgår av förarbetena är huvudsyftet med 11 § att bereda arbetstagsparten

För de syften jag här ifrågasätter vad som egentligen hör till § 32 spelar det ingen avgörande roll huruvida företagsledningsrätten hör dit eller inte. Även om det ligger utanför § 32 och således inte *direkt* kan betraktas som en del av kollektivavtalen, skulle det ju likväl på annan grund kunna utgöra ett arbetsgivarprerogativ. Det avgörande är att se i vilka sammanhang det används och att påvisa skillnaderna mellan företagsledningsrätten och (de övriga) arbetsgivarprerogativen. Uppgiften skulle kunna sägas vara att utröna den närmare karaktären hos rättsgrundsatsen. För att komma vidare måste vi därför närmare undersöka det som brukar hänföras till arbetsgivarprerogativen och det väsentliga är då att man gör en skarp analytisk åtskillnad mellan arbetslednings- respektive företagsledningsrätten. Detta utgör också medlet för att påvisa att företagsledningsfrågorna och bestämmelserna däröver inte primärt riktar in sig på företagarens egenskap av arbetsgivare.

4.3.4.5 Företagsledningsrätten och (de övriga) arbetsgivarprerogativen

Det är som vi sett alls inte ovanligt att företagsledningsrätten behandlas som ett arbetsgivarprerogativ bland andra. Detta menar jag kan ifrågasättas såväl historiskt som analytiskt.

Arbetsrättskommittén gjorde i sitt betänkande vissa försök att tolka innebörden av begreppet 'leda och fördela arbetet'³²⁷ och framhöll därvid att det

”(i) varje fall ges inte någon anledning till antagande att det t.ex. skulle föreligga någon identitet mellan begreppet 'leda arbetet' i ett företag och begreppet 'leda företaget'. Rent språkligt synes begreppet 'leda ett företag' ha en vidare innebörd: det omfattar även beslut rörande t.ex. ett företags produktionsinriktning, vilket inte utan vidare kan inläsas i begreppet 'leda och fördela arbetet', vilket i sin tur närmast, såvitt nu är i fråga, synes syfta till sättet att verkställa ett redan fattat produktionsbeslut.”³²⁸

Sedan kommittén konstaterat att någon entydig vägledning för tolkning av begreppet 'leda och fördela arbetet' vare sig kunde hämtas från stadige- eller avtalsformuleringen eller i arbetsdomstolens praxis³²⁹ gjordes härefter normativa ställningstaganden till begreppets innebörd i det fö-

inflytande över sådana beslut som arbetsgivaren har ansetts stå rättsligt fria att fatta i kraft av den allmänna rätten att leda och fördela arbetet.”

³²⁷ Uttrycket användes i utredningens förslag (26 §) till vad som senare kom att bli 32 § MBL och tog utgångspunkt i decemberkompromissens formulering.

³²⁸ SOU 1975:1 s 809.

³²⁹ SOU 1975:1 s 810.

reslagna lagrummet. Dess ”kärna” angavs vara ”beslut rörande arten av arbetsuppgifter och sättet för deras utförande”³³⁰ varefter kommittén angav en rad konkreta exempel. Av särskilt intresse är vilka frågor som därmed lämnades utanför:

”Utanför begreppet ledning och fördelning faller sålunda, utöver de förut antydda produktionsbesluten, även försäljnings-, reklam- och andra liknande frågor rörande produktavyttring, leverans-, order-, och lagerhållningsfrågor, frågor om driftsutvidgning resp. driftsinskränkning, frågor om företagets fortsatta bestånd samt företagsekonomiska frågor som rör t.ex. skuldsättning, långivning, krediter, konjunkturbedömningar, budget, vinstutnyttjning, investeringar, inköp etc. De nu angivna frågorna kan tillsammans med produktionsbesluten sammanföras under rubriken företagsledningsfrågor.”³³¹

Av visst intresse kan också vara att kommittén därefter framhöll att eftersom arbetsledningsbeslut många gånger är direkt avhängiga ett företagsledningsbeslut, ett inflytande över arbetsledningsfrågorna också ”automatiskt” innebär ”ett inflytande också över produktionsfrågor och övriga företagsledningsfrågor.”³³² Distinktionen mellan arbetslednings- och företagsledningsfrågor med denna grundläggande åtskillnad mellan produktionsbeslut mm å ena sidan och verkställigheten av dem å den andra är vanlig i arbetsrättslig litteratur.³³³

Betraktar vi arbetsgivarprerogativen så de kom till uttryck i 1906 års decemberkompromiss kan vi redan där se skillnader beträffande de relationer de rör.³³⁴ När det gäller rätten att leda och fördela arbetet har vi att göra med en norm som i anställningsavtalsrelationen direkt anger vem som innehar vissa rättigheter i förhållande till avtalsmotparten.³³⁵ Regler inom arbetsledningsområdet behövs i den direkta avtalsrelationen för att lösa konflikter som kan uppkomma angående innebörden av

³³⁰ SOU 1975:1 s 810.

³³¹ SOU 1975:1 s 811. Jag är medveten om att detta är ett normativt ställningstagande som inte direkt kan tas till intäkt för hur distinktionen arbets- resp företagsledning skulle göras. Den baseras dock på en normdeskriptiv ansats vari huvudlinjerna i distinktionen utmejslades.

³³² SOU 1975:1 s 811.

³³³ Se exempelvis Schmidt Löntagarrätt 1978 s 134 (och i huvudsak identiskt i 1994 års upplaga s 224).

³³⁴ Avtalstexten återgiven i avsnitt 2.2 ovan.

³³⁵ Bland de mer påtagliga uttrycken härför i tidig praxis återfinns vi i det klassiska AD 1934:179.

arbetstagarnas prestationer.³³⁶ Även när det gäller uppsägningsrätten rör det sig om en norm som är direkt relaterad till anställningsavtalets parter.³³⁷ När det gäller den s k antagningsrätten är förhållandet ett annat. Här rör det sig inte om någon norm relaterad till anställningsavtalsparten. Såsom en rättslig utgångspunkt har den fria antagningsrätten ingen betydelse i förhållandet enskild arbetsgivare/enskild arbetstagare; den utpekar inget handlingsätt och kan knappast lösa några konflikter annat än i den del den ger uttryck för den del av avtalsfriheten som innefattar rätt att välja motpart.³³⁸ I stället rör det sig om att arbetsgivaren i sin egenskap av kollektivavtalspart fått sig tillförsäkrad en rätt att fritt anställa personal - oberoende av organisationstillhörighet - relaterat till de fackliga organisationerna.³³⁹ I relationen till en potentiell anställningsavtalspart är den bara intressant om det finns eller görs gällande att det finns något undantag. Man kan också uttrycka det så att antagningsrätten i vidare mening innefattar en frihet för en företagare att bestämma vilken roll han skall inta i förhållande till dem som arbetar för honom och/eller att få välja med vem han önskar stå i avtalsförhållande. På anställningsavtalsplanet utgör antagningsrätten därför inget arbetsgivarprerogativ. Arbetsledningsrätten och uppsägningsrätten innefattar en materiell reglering i form av konfliktlösningsnormer på det individuella planet.³⁴⁰

Arbetsgivar-arbetstagarförhållanden (anställningsavtal) och arbetsledningsrätt hänger samman,³⁴¹ vilket på rättslig nivå också kommer till ut-

³³⁶ Att det finns ett annat syfte bakom att man ville ha frågorna reglerade i kollektivavtal - att undvika stridsåtgärder i dessa frågor under avtalsperioden - är beträffande de nu berörda prerogativen en annan sak.

³³⁷ Uppsägningsrätten handlar liksom antagningsrätten om frågan om att ingå och upplösa avtalsförhållandet medan arbetsledningsrätten tar sikte på avtalsförhållandet under dess bestånd. Man skulle kunna säga att uppsägningsrätten inte är ett arbetsgivarprerogativ utan en rättsgrundsats knuten till avtalsförhållanden som är i tiden obestämda. Icke desto mindre tillkommer uppsägningsrätten arbetsgivaren i dennes egenskap av part i ett anställningsavtal som gäller tillsvidare.

³³⁸ Men detta kan endast ha betydelse på det kollektiva planet. I övrigt är det de undantag som finns i antagningsrätten som har status av rättsregler på rättsordningsnivå.

³³⁹ Jfr Victorin Aktieägandet och löntagarintresset 1991 s 153-54.

³⁴⁰ Som också kan ha sin betydelse under kollektivavtalslöst tillstånd medan någon sådan distinktion inte är intressant beträffande antagningsrätten. Jfr här principerna om kollektivavtals efterverkan där de s k normativa bestämmelserna lever kvar medan de obligatoriska upphör. Se bl a NJA 1959 s 562 och AD 1978:134.

³⁴¹ Jfr exempelvis Svensäter, Anställning och upphovsrätt 1991 s 89, om att det ligger i anställningsavtalets begrepp.

tryck i definitionen av arbetstagarbegreppet.³⁴² Det spelar därvid ingen roll om verksamheten är privat/kommersiell, kooperativ, ideell eller offentlig.³⁴³ Arbets- respektive företagsledningsrätten har helt olika normativa ursprung. Arbetsledningsrätten såsom ett allmänt arbetsgivarprivilegium har till skillnad från företagsledningsrätten ingenting med de marknadsekonomiska friheternas genomslag att göra. Här finns förklaringen i maktförhållanden och hierarkiska beslutsstrukturer.³⁴⁴ Dessa är inte knutna till äganderätt, avtals- och näringsfrihet. Utan att ha företagit några närmare historiska studier vågar jag påstå att det vi kallar arbetsledningsrätt med dess korrelat i form av en lydnessplikt gällt i anställningsförhållanden eller motsvarande långt före näringsfrihetens genombrott, både i privat och offentlig verksamhet.³⁴⁵

Med företagsledningsrätten menar jag att det förhåller sig annorlunda. I enlighet med de definitioner som redovisats ovan tar de frågor som hänför sig till företagsledningsområdet inte (direkt) sikte på relationen till de anställda. Beträffande produktionsbeslut och andra frågor som rör verksamhetens mål, inriktning, omfattning och kvalitet är det andra roller än arbetsgivarens som företaget intar. Att företagsledningsfrågorna låg utanför (i vart fall det individuella) förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagar före MBL:s tillkomst kan därför förklaras med att de inte ansågs röra företagarens roll som arbetsgivare och det fanns därför ingen anledning att *arbetsrättsligt* slå fast att ett företag hade bestämmanderätten i företagsledningsfrågor.³⁴⁶

³⁴² Se bl a Adlercreutz Arbetstagarbegreppet 1964.

³⁴³ Jfr Schmidt, Löntagarrätt 1978 s 135, som framhåller att arbetsledaren alltjämt skulle vara företagsledningens representant även om det ingås medbestämmandeavtal som ger de fackliga organisationerna direkt inflytande över tillsättningen av sådana.

³⁴⁴ Jfr Petrén i SvJT 1944 s 117-131: "Arbetstagarans lydnessplikt motsvaras av en arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet eller kan snarare sägas vara en följd av denna befogenhet, vilken i en borgerlig samhällsordning måste tillerkännas arbetsgivaren av hänsyn till produktionsintresset. Denna befogenhet anses också i vårt land sedvanerättsligt tillkomma arbetsgivaren i och med avtalets ingående, såsom även framgår av några av arbetsdomstolens domar." (s 117-118. I en not citerar Petrén ur AD 1930:52 och hänvisar till 1935:24 samt 1932:100.) Petrén betonar därefter att dessa arbetsgivar rättigheter är fristående och ingalunda betingade av fredsforpliktelse i KAL.

³⁴⁵ Här kan dock hänvisas till Adlercreutz Kollektivavtalet 1954 s 104, där han i generaliserande termer återger de olika merkantilistiska regleringarna. Se också a a s 31.

³⁴⁶ Jfr Flodgren/Hydén/Sandström Arbetsrätt 1981 s 18: "De frågor som uppkommer i samband med bedrivande av företagsamhet har arbetstagarerna i princip inte något direkt inflytande på genom anställningsavtalet. .. De företagsledande frågornas natur bestäms av faktorer som ligger utanför anställningsavtalets ram. Frågor som gäller val av produktionsmetoder, arbetsmaterialens beskaffenhet etc avgörs i praktiken efter det att anställningsavtal har slutits och under den tid som arbetet fortlöpande bedrivs." Jfr också

Företagsledningsrätten kräver inga anställda och företagsledningsfrågorna är lika aktuella i verksamheter utan anställda. Att behandla företagsledningsrätten som ett *arbetsgivar*prerogativ är därför ungefär detsamma som att hävda att den också är ett säljar-, borgenärs-, försäkringsgivarprerogativ etc. Att så inte sker kan förklaras med att det uppenbart saknar normativ relevans. Att påstå att en affärsinnehavare i förhållande till sina kunder har rätt att bestämma över sortimentet, att en bank eller ett försäkringsbolag i förhållande till sina kunder har rätt att bestämma över lokaliseringen, antalet kontor eller vilka finansiella tjänster som erbjuds blir således inte särskilt meningsfullt. Men det är likväl riktigt på samma sätt som att arbetsgivaren i förhållande till sina anställda har rätt att bestämma om verksamhetens omfattning, inriktning etc. Skillnaden mellan arbetsrättens område och de övriga här antydda är dock att det inom arbetsrätten finns anledning att betrakta företagsledningsrätten som en rättssystematisk utgångspunkt medan den inte ens fyller den funktionen inom de övriga rättsområdena.³⁴⁷ Men det är samtidigt detta som bidrar till normativ förvirring.

Svensäter Anställnings och upphovsrätt 1991 s 89-90. Jag har inte kunnat finna att Schmidt behandlar något av det som skulle kunna anses höra till företags- och/eller affärsledningsrätten i första upplagan av sin bok om tjänsteavtalets rätt (Tjänsteavtalet 1959), vilket stärker mig i min uppfattning om att dessa frågor inte ansågs relevanta på anställningsavtalsplanet. Att Schmidt såsom faktiska förhållanden hänförliga till driften i vid mening framhåller exempel på vilka skäl som ligger inom ramen för den fria uppsägningsrätten inverkar inte på detta. (s 138.) Den aspekt av § 32 Schmidt behandlar är istället den fria uppsägningsrätten, som presenteras som en allmän rättsgrundsats och dessutom som ett till kollektivavtalsfären hörande *naturale negotii* (Tjänsteavtalet 1959 s 117) och i det sammanhang som här är av intresse fanns vid den tiden ingen anledning att ytterligare utveckla detta. Inte heller i första upplagan av Kollektiv arbetsrätt synes Schmidt komma in på dessa frågor annat än i det sammanhang där de rättsligt aktualiserats, dvs vid kollektivavtalsstolkning i samband med tillämpning av andra punktförbundet. (Kollektiv arbetsrätt 1950 s 180-81.) I andra upplagan av Facklig arbetsrätt sätter Schmidt in medbestämmanderegleringen i en historisk kontext med utgångspunkt i § 23 och decemberkompromissen. (s 112 ff). Utan att direkt referera till § 23/32 men efter behandlingen av uppsägnings- och arbetsledningsrätten, framhåller Schmidt att "arbetsgivaren var ensam bestämmande även i frågor som rörde företagets verksamhet i övrigt". (Facklig arbetsrätt 1979 s 114.) Mitt intryck är att Schmidt här inte behandlar den s k företagsledningsrätten som en del av § 32, vilket naturligtvis inte hindrar att han menade att företagare i frånvaro av begränsningar ändå hade bestämmanderätten i företagsledningsfrågor.

³⁴⁷ Jag vill poängtera att vad nu sagts inte innebär att jag betraktar arbetstagaren som vilken avtalspart som helst och att jag skulle mena att man i den egenskapen inte skall ha inflytande över verksamheten. Men samtidigt skulle man kunna hävda att om lönearbetet inte hade en så stark ställning i vår produktionsordning, intresset för företagsdemokrati heller inte skulle vara lika stort. De politiska kanalerna skulle då kunna vara tillräckliga. För den tidsbegränsat anställda, för att inte tala om entreprenören, konsul-

På samma sätt som det är vanligt att betrakta företagsledningsrätten som ett av arbetsgivarprerogativen är det också vanligt att man härleder dess rättsliga legitimitet till att den utgör ett anställningsavtalsnaturale.³⁴⁸ Samma kritik kan riktas mot ett sådant betraktelsesätt.³⁴⁹ Arbetsledningsrätten kan betraktas som ett naturale till anställningsavtalet eftersom den har en omedelbar relevans i den individuella avtalsrelationen. Däremot finns det inget skäl att ge företagsledningsrätten en sådan status. *Om den fria uppsägningsrätten utgör rättslig utgångspunkt finns det ingen anledning att i samma situationer dessutom laborera med företeelser som i själva verket hör till en annan, icke direkt anställningsavtalsrelaterad nivå. Behovet av att skapa en i förevarande sammanhang överordnad rättslig norm sammanhänger därför med att uppsägningsrätt sedan LAS tillkomst inte längre utgör rättslig utgångspunkt.* För att ge legitimitet åt domstolens hantering av fredspliktsproblematiken skulle det dock kunna sägas vara adekvat att betrakta företagsledningsrätten som ett *kollektivavtalsnaturale*.³⁵⁰

Huvudregel eller rättssystematisk utgångspunkt?

Med en terminologi som använts ovan skulle det kunna hävdas att arbetsledningsrätten - vid sidan av att på samma sätt som företagsledningsrätten fungera som systematisk utgångspunkt på rättssystemnivå -

ten eller underleverantören är inflytande över verksamheten av klart underordnat intresse. Men detta bör framhållas som ytterligare ett skäl till att ta konsekvenserna av lönearbetarideologin och också begränsa företags möjligheter att fritt bestämma om man med hänsyn till verksamhetsskäl vill göra sig av med sina anställda.

³⁴⁸ Se bl a Numhauser-Henning, SvJT 1988 s 370, som uttrycker sig sålunda: "Idéerna om äganderättens helgd, näringsfrihet m.m. har lett till att det ansetts vara ett naturale negotii till tjänsteavtalet att arbetsgivaren är driftsherre. (Här hänvisas till Adlercreutz Kollektivavtalet s 31, 393 och 409, Fahlbeck Collective Agreements s 28 och Sigeman Arbetsrätten i utveckling s 205 ff.) Det handlar om arbetsgivarens s.k. verksamhets- och arbetsledningsrätt."

³⁴⁹ Angående begreppet naturalia negotii, se bl a Karlgren i SvJT 1969 s 200. Naturalebegreppet baseras på avtalet som utgångspunkt för den rättsliga klassificeringen men skulle ju samtidigt kunna sägas vara bekräftelsen på att det rena avtalsperspektivet är för begränsat.

³⁵⁰ Sigeman betecknar affärsledningsrätten som ett "tjänsteavtalsnaturale". (Om rättsbildning och prejudikatlära i arbetsdomstolen 1977 s 205.) Sigemans uppfattning förefaller ha sitt ursprung i Schmidts kritik mot domstolens sätt att intolka ett tjänsteavtalsnaturale (uppsägningsrätten) som en dold klausul i AD 1933:159. Sigeman talar om AD 1930:52, vilket rör affärsledningsrätten. Att som Schmidt påstå att arbetsledningsrätten är ett sådant naturale till anställningsavtalet förefaller mer adekvat. Skälet är att arbetsledningsrätten till skillnad från affärsledningsrätten riktar sig direkt mot de enskilda arbetstagnarna.

utgör en *huvudregel* på rättsordningsnivå. Principen om arbetsgivares rätt att leda och fördela har således karaktär av direkt applicerbar relationell konfliktlösningsnorm. När jag ovan beskrev situationer där företagsledningsrätten använts som ratio framgår det ju ändå tydligt att detta baseras på resonemang om avtalsförutsättningar etc. Företagsledningsrätten är till skillnad från arbetsledningsrätten i denna mening inte någon huvudregel.

Alltjämt skulle uppsägningsrätten kunna betraktas som en systematisk utgångspunkt på rättssystemnivå. Sedan anställningsskyddslagens tillkomst har dock uppsägningsrätten definitivt tappat sin ställning som arbetsgivarprerogativ och att betrakta den som huvudregel på rättsordningsnivå förefaller inte längre adekvat. Här är regeln numer att det skall föreligga saklig grund. Beträffande den s k antagningsrätten är denna också en rättssystematisk utgångspunkt. Liksom företagsledningsrätten har den aldrig utgjort något (individuellt) arbetsgivarprerogativ och har inte, och har heller aldrig haft, ställning som huvudregel på rättsordningsnivå.

4.3.4.6 Reflektioner kring företagsledningsrättens normativa kärna

Det vi avser med företags- och affärsledningsrätten är frågor som rör verksamhetens mål, inriktning, omfattning och kvalitet, om vi håller oss till den interna sidan, och de externa dispositioner som är förknippade härmed. Den interna sidan innehåller då två välkända moment. För det första den del av äganderätten som kan sägas bestå i rätten att fritt disponera egendomen - ytterst handlar alla beslut om verksamhetens mål, inriktning, omfattning och kvalitet om hur det i verksamheten insatta kapitalet skall disponeras - och vidare vad som brukar betecknas näringsfrihet. Den externa sidan består främst av avtalsfriheten (men också konkurrensfriheten). Om vi betraktar nu nämnda företeelser som materiella till sitt innehåll har vi också en formell sida. Man måste göra en skarp åtskillnad mellan frågan om *vem* som har rätt att fatta beslut och *vad* man har rätt att fatta beslut om. Förklaringen till att arbetsgivaren och inte arbetstagarna eller någon annan är den som äger rätt att bestämma i de behandlade frågorna går tillbaka på äganderättens kompetenssida, dvs den som utpekar vem som har rätt att företa dispositioner intern och externt och hänger inte ihop med att han är arbetsgivare utan ägare.

Det brukar talas om avtalsfriheten, äganderätten och näringsfriheten som marknadsekonomin tre rättsliga grundpelare.³⁵¹ För att återknyta till vad som inledningsvis sades om benägenheten att skapa egna begrepp och systematiseringar visar det sig således att de såsom arbetsgivarprerogativ framhållna rättigheterna, företags- och affärsledningsrätten, i själva verket inte är annat än de marknadsekonomiska friheterna i annan klädedräkt. Flodgren har talat om att de arbetsrättsliga allmänna rättsgrundsatserna är ”ingenting annat än den rättsliga formen för näringsfrihetens principer”.³⁵²

Det kan då finnas anledning att något beröra den normativa bakgrunden till dessa marknadsekonomiska friheter.

Den eftermerkantilistiska utvecklingen mot marknadsekonomi måste ses i ljuset av vad som gällde dessförinnan. Då fanns ingen näringsfrihet. Produktionen var styrd och krävde tillstånd etc. Det blev en frihet i betydelsen frånvaro av plikt.³⁵³ Adlercreutz beskriver skillnaden mellan de olika synsätten:

”Medan det gamla privilegiesystemet var förbundet med vissa skyldigheter att producera varor (ev. tjänster) av viss godkänd beskaffenhet kunde ingen enligt de liberala principerna lägga något sådant tvång på näringsidkarna. De voro ägare till produktionsmedlen och kunde utnyttja arbetskraft på de villkor, som de erbjödo och som accepterades av arbetarna. Med denna produktionsordning följde sålunda uppfattningen att arbetsgivaren hade befogenhet att själv reglera förhållandena i sitt företag. Förut hade korporationerna, t. ex. skråämbetena, haft en viss självständig rätt att reglera arbetsvillkoren; nu framhävdes i stället den individuella arbetsgivarens företags- och arbetsledningsrätt, som sålunda ideologiskt härleddes ur äganderätten. Avtalsprincipen var, samtidigt som den blev fröet till en ny utveckling, delvis endast en löst påklistrad etikett, avtalsförhållandet en form utan reellt innehåll, utan materiell betydelse för arbetarparten. Den status, kännetecknad av underordning, som arbetaren intog under det äldre skedet, överfördes i stort sett som avtalsinnehåll (ev avtalsförutsättning eller naturale negotii) till det nya arbetsrättsliga systemet.”³⁵⁴

De materiella momenten i företagsledningsrätten har således sin bakgrund i konsekvenserna av den avreglering som kulminerade³⁵⁵ genom

³⁵¹ Se Myhrman/Petrén/Strömholm Marknadsekonomin rättsliga grundvalar 1987.

³⁵² Flodgren Fackföreningen och rätten 1978 s 248.

³⁵³ Jfr Strömholm, Näringsfriheten – grundläggande men förbisedd 1984 s 191, som talar om ”(f)riheten att utan vare sig medeltida skråordningar eller merkantilistiska tvångsregler välja och utöva sin näring”.

³⁵⁴ Adlercreutz Kollektivavtalet 1954 s 30-31.

³⁵⁵ Jfr Heckscher Svenskt arbete och liv 1957.

näringsfrihetsförordningens införande 1864. Före dess kunde en näringsidkare inte fritt utöva bestämmanderätten över hur det i verksamheten satsade kapitalet skulle användas. Tvärtom var detta i stor utsträckning reglerat; man fick inte producera vad som helst och det skulle vara av viss kvalitet.³⁵⁶ Privilegiet hade en tydlig baksida.³⁵⁷ Näringsfriheten innebar således från detta perspektiv väsentligen en frånvaro av tvång att handla på visst sätt. Näringsfrihet såsom något rättsligt skulle därför i praktiken vara ett namn på effekten av de avregleringar som blev nödvändiga i övergången mellan merkantilism och marknads ekonomi.³⁵⁸ Det blir då också tydligt att näringsfriheten just är en frihet och inte en horisontell (relationell) rättighet. Den tidigare näringsfriheten var ju inte horisontell. *Det är frånvaron av skyldighet att handla på visst sätt som är frihetens normativa kärna.* I den gamla ordningen måste också betydelsen av vem som var ägare till verksamheten i motsvarande mån ha varit mindre eftersom friheten var begränsad. Christensen säger följande om äganderättens till fast egendom karaktär:

”Äganderätten till den fasta egendomen har som regel inte innefattat någon fri förfoganderätt och allra minst någon rätt för individen att fritt sälja egendomen. Äganderätten i det gamla jordbrukssamhället var en konservativ äganderätt som innebar rätten att ostört besitta egendomen och bruka den på traditionellt sätt för att därefter överlämna den till arvingarna.”³⁵⁹

Det är den konservativa sidan av äganderätten som är internaliserad och en del av vårt normativa kulturarv.³⁶⁰ Denna är också direkt skyddad på rättsordningsnivå. Företagsledningsrätten är den dynamiska sidan av äganderätten. Vad som tidigare var äganderättens fundament var väl just att *inte behöva* sälja. Det är också denna som omfattas av grundlagsskyddet mot expropriation. Den dynamiska sidan av äganderätten har en helt annan kärna. Det liberalistiska synsätten medförde att ägande-

³⁵⁶ Det bör kanske poängteras att näringsfrihetsförordningen inte innefattade någon fullständig näringsfrihet, se bl a Strömholm Näringsfriheten – grundläggande men förbisedd 1984 s 191f.

³⁵⁷ Jfr Henning Tidsbegränsad anställning 1984 s 37.

³⁵⁸ Jfr Liedman, Från Platon till kommunismens fall 1993 s 266ff, om liberalernas kamp mot ”det gamla privilegie- och skråsamhället” (s 267) och betydelsen härvid av det positiva resp negativa frihetsbegreppet. Det negativa frihetsbegreppet definieras som ”frånvaron av yttre tvång” (s 267).

³⁵⁹ Christensen Hemrätt 1994 s 358.

³⁶⁰ Jfr Christensen Hemrätt 1994 s 357. Se också Christensens ”skydd för etablerad position”, jfr suumbegreppet.

rätten kom att bli synonym med friheten som efterhand kommit att betraktas som en rättighet.³⁶¹

På motsvarande sätt skulle man kunna säga att näringsfriheten är en frihet att *inte* handla. När man väl avser att handla finns det, liksom beträffande den dynamiska sidan av äganderätten en rad begränsningar. På motsvarande sätt förhåller det sig med avtalsfriheten. Det till rättsordningen hörande momentet rör friheten att inte sluta avtal. Den dynamiska sidan av avtalsfriheten, näringsfriheten och äganderätten kan däremot anses höra till rättssystemsnivån som systematiska utgångspunkter för de undantag som återfinns på rättsordningsnivå.

I ett rättssystem baserat på ett marknadsekonomiskt system av vår modell synes det vara så att utgångspunkten på civilrättens område är att det råder avtalsfrihet.³⁶² Denna liksom övriga grundläggande marknadsekonomiska friheter har denna självklara status och tycks därför inte behöva läggas fast i lagstiftning för att gälla.³⁶³ Det förefaller också ändamålsenligt att i en politisk/ekonomisk ordning av det slag vi har betrakta grundläggande marknadsekonomiska friheter som *rättsliga utgångspunkter på rättssystemsnivå*.³⁶⁴ Deras rättssystematiska funktioner är primärt att tjäna som förklaring för de enskilda materiella normer

³⁶¹ Jfr Renners teori om äganderättsprincipens förändring i övergången från självhushåll till industrialism, se Lindgren/Magnusson/Stjernquist Sociala styrningsformer 1971 s 50-51. Se också Mathiesen, Rätt, samhälle och politisk handling 1980 s 180-81 m hänv, om hur den romerska rättsens äganderättsbegrepp slog igenom "under den kapitalistiska samhällsformationens initialskede".

³⁶² Jfr Eckhoff/Sundby, Rättssystemer 1991 s 72, som talar om en oskriven metanorm med innebörd att allt som inte är förbjudet är tillåtet och att allt som inte är påbjudet är man "fritatt för". Se också Graver Kategorisering av rettsregler som legalstrategi 1988, Grönfors Tolkning av fraktavtal 1989 s 20-21 och Wilhelmsson Om styrning av försäkringsvillkor 1977 s 3-4.

³⁶³ Jfr Strömholm Förslaget om s.k. löntagarfonder i rättslig belysning SvJT 1976 s 452 ff.

³⁶⁴ Jfr Wilhelmsson som i anslutning till en beskrivning av de allmänna lärornas betydelse för rättsutvecklingen framhåller att "utgångspunkterna för den rådande civilrättsordningen - avtalsfrihet och ett allmänt äganderättsbegrepp - i hög grad formulerats av rättsvetenskapen." Wilhelmsson Rättssäkerheten, rättsvetenskapen och de allmänna lärorna Retfærd nr 33 1986 s 39. Jfr också Strömholm som talar om äganderätten som en "rättsteknisk basprincip". "Det finns ingenstans i svensk rätt någon bestämmelse vare sig om dess existens eller innehåll" men de "konkreta rättsreglerna framstår som inskränkningar, utvidgningar eller preciseringar" därav. Äganderätten i idéhistoriskt och internationellt perspektiv 1985 s 124.

som inskränker dem och innebär inte att de i sig själva har karaktären av rättsregler.³⁶⁵

I egenskap av drivkrafter för marknadsekonomin är det av stor ideologisk betydelse att framställa den positiva, eller dynamiska för att tala med Christensen, sidan av dessa friheter som *rättigheter*.³⁶⁶ De utgör ramverket för de strukturella normerna.³⁶⁷ Denna egenskap eller sida har emellertid sin funktion främst i de ekonomiskt/politiska fälten.³⁶⁸ Den rättsligt intressanta sidan av friheterna är skyddet mot angrepp. I den meningen är dess rättsliga status primärt vertikal, dvs rör relationen stat-medborgare. Och även om det saknas uttrycklig vertikal grundlagsreglering av dessa friheter torde man inte kunna tala om ett marknadsekonomiskt system om inte statsmakten direkt genom lagstiftning eller indirekt i rättstillämpningen skyddar friheterna.³⁶⁹ Det är också denna negativa sida av friheterna som, tillsammans med kompetensregeln, återfinns på rättsordningsnivå. Och här har de närmast karaktär av en Hohfeldsk frihet.³⁷⁰ Friheterna skyddas genom både civil- och straffrättslig

³⁶⁵ Jfr Graver om huvudregler och undantag och om skälen till varför man gör något till huvudregel. Med avtalsfriheten som exempel pekar Graver på tre faktorer som påverkar våra kategoriseringar. Traditionen har lett till att avtalsfriheten betraktas som huvudregel även om undantagen kommit att bli allt fler. En ytterligare faktor är den pedagogiska. Vi får den mest översiktliga framställningen om vi betraktar avtalsfriheten som huvudregeln. Den i detta sammanhang väsentligaste faktorn är av ideologisk och politisk art; ”vi mener at avtalefriheten er et prinsipp som bør gjelde så langt som mulig”. (Graver Kategorisering av rettsregler som legalstrategi 1988 s 55.) Jag vill tillägga att den politiskt/ideologiska avsikten också kan vara den rakt motsatta. Framställer man arbetsrätten allt för kategoriskt påverkar det i motsatt riktning. Mitt skäl till att acceptera avtalsfriheten - inte som huvudregel men väl som rättssystematisk utgångspunkt är rent pedagogisk. Även om ambitionen inte är någon annan finns det dock anledning att anta att rättssystematiska teoretiska konstruktioner har en normerande verkan och man bör därför vara varsam, jfr ovan avsnitt 1.2.2.4. Projektet att försöka vända huvudregel till undantag (se även Wilhelmsson) är därför viktigt, särskilt på områden som är politiskt värdeladdade.

³⁶⁶ Jfr hur man gjorde *näringsfrihet* till *näringsrätt* i diskussionen om utrymmet för ersättningsanspråk i samband med inskränkningar av näringsfriheten, Strömholm Näringsfriheten – grundläggande men förbisedd 1984 s 135f.

³⁶⁷ Möjligen skulle man här kunna hävda att näringsfriheten är en del av vad Hydén kallar rambeslutet (se Hydén, bl a Arbetslivets reglering 1985); det är nämligen svårt att tänka sig en marknadsekonomi utan näringsfriheten som utgångspunkt. Jfr Eckhoff Rett, moral og politikk 1989 s 19 om rättens roll i ett marknadsekonomiskt system.

³⁶⁸ Jfr Therborn Social styrning 1989 s 8-9 angående de välfärdsstatliga rättigheterna (rätt till arbete etc).

³⁶⁹ Jfr Strömholm Avtalsfrihetens komponenter - ett analysförsök 1987 s 535.

³⁷⁰ Obs att det här rör sig om friheter i två olika betydelser. Notera att Hohfeld föredrar att tala om ”privileges” (”frihet” i Lindahls översättning i Simmonds) men att han som närmaste synonymer nämner ”freedom” och ”liberty” (s 47).

reglering.³⁷¹ På rättsordningsnivå återfinns vi i övrigt begränsningar av de dynamiska sidorna hos friheterna. Det är därför adekvat att betrakta friheternas dynamiska sida som systematiska eller pedagogiska utgångspunkter på rättssystemnivå.

Företagsledningsrätten formella sida skulle således kunna sägas utgöra äganderättens kompetensfunktion i förtäckt form och det är denna kompetensnorm som också kan sägas utgöra en rättsnorm på rättsordningsnivå. Denna har snarast en konstitutiv funktion genom att utpeka vem som har rätt att fatta beslut.³⁷² Vad som i övrigt återfinns på rättsordningsnivån är regler om vilka beslut man *inte* får fatta och i viss mån *hur* beslut skall fattas. De normer som styr *vilka* beslut som fattas är dock väsentligen icke-rättsliga, strukturella och strategiska normer.

”Som allmänt omdöme ifråga om den rättsliga regleringen av företagsledningsfrågor kan man säga att rätten i stort sett lämnar de strukturella normerna ett fritt spelrum. Det är endast formerna för beslutsfattandet som i viss mån berörs genom rätten”.³⁷³

En av rättens funktioner är³⁷⁴ att med intervenerande regler begränsa sådana intersystemkonflikter som uppkommer mellan handlingssystemen.³⁷⁵ En sådan intervenerande regel är bestämmelsen i LAS om saklig grund för uppsägning och den norm den s a s intervenerar i är att den begränsar utrymmet för att låta företagen fritt låta de strukturella normerna styra sina handlanden.³⁷⁶ Den rättsnorm, vilken den intervenerande regeln då konfronteras med är väsentligen äganderättens kompetenssida och detta innefattar inte någon rättslig konflikt i det att kompetensnormen reglerar *vem* och den intervenerande normen *vad*.

Den starka ideologiska kraften hos dessa marknadsekonomiska fundament har emellertid också kommit att präglade dess position inom rätten. I den rättsliga kontexten fyller de emellertid en annan funktion. Redan här finns det anledning att framhålla att de marknadsekonomiska friheterna i dess egenskap av *värden*, kanaliserade som arbetsgiva-

³⁷¹ Bl a regler om avtals ogiltighet.

³⁷² Jfr Hydén Rätten i förvandling - en strukturell teori om normer 1993 ang vilka normer som blir rättsnormer.

³⁷³ Hydén Arbetslivets reglering 1985 s 104.

³⁷⁴ Vid sidan bl a av att trygga den reproducerande funktionen genom kompetensregler, jfr Hydén Arbetslivets reglering 1985 och avsnitt 4.4 nedan.

³⁷⁵ Se Hydén Rätten i förvandling 1993 resp 1995, jfr ovan avsnitt 1.3.2.4 och 1.3.3.7 och nedan avsnitt 4.4.

³⁷⁶ Jfr Hydén Vad kommer efter lönearbetsrätten? 1996.

rintressen, i högsta grad är relevanta vid tillämpningen av intresseavvagningsnormer.

Vad jag här påstår om närings- och avtalsfrihetens rättsliga status innebär att man måste vara varsam när man använder friheterna i andra sammanhang än vad som svarar mot dess normativa grundstruktur. Friheten att inte handla har således inga som helst normativa implikationer när man väl avstått från friheten och faktiskt handlat eller står i färd att handla. På det stadiet finns en rad begränsningar.

Inom rätten är de marknadsekonomiska friheterna att betrakta som Hohfeldska friheter på rättsordningsnivå. Det är väsentligt att man inte sammanblandar dessa frågor. Sammanblandningen är förklaringen till att man kan ta antagningsrätten till stöd för att arbetsgivare också har en rätt att utan vidare frigöra sig från ett ingånget avtal genom att exempelvis byta avtalsform.³⁷⁷ *Friheten* för en *näringsidkare* blir utan närmare reflektion en *rättighet* för en *arbetsgivare*. Friheten är frånvaro av plikt att handla. När någon väl handlat kan emellertid inte den ursprungliga frånvaron av plikt att handla i sig vara ett argument för att denne därefter är fri att handla.³⁷⁸ Avtalsfriheten innebär inte att man kan komma ifrån ett avtal man ingått.³⁷⁹

4.3.4.7 Frihet, rättighet och intresse

Det är ställt utom allt tvivel att de marknadsekonomiska friheterna från ett ekonomiskt/politiskt perspektiv fyller en väsentlig ideologisk funktion i ett ekonomiskt system av västerländsk modell. På samma sätt som de välfärdsstatliga sociala rättigheterna av typen rätt till arbete etc fungerar de också som krav gentemot statsmakterna och har därvid väsentligen ett vertikalt perspektiv.³⁸⁰ Betraktar man de marknadsekonomiska friheterna från det ekonomiska handlingssystemets perspektiv utgör de ramverket för de strukturella normerna och skapar dynamik inom systemet. I förhållande till det politiska handlingssystemet skapar de föreställningar som är ägnade att skydda dem från politiska ingrepp. När friheterna skall transformeras till det rättsliga systemet måste man emellertid vara vaksam på att de där har en annan funktion och man kan inte utan vidare ta dess funktion i andra delsystem till intäkt för

³⁷⁷ Se resonemanget i AD 1980:54, jfr prop 1978/79:175 s 61-62.

³⁷⁸ Jfr motsvarande diskussion i ett folkrättsligt perspektiv, Cramer Neutralitet och europeisk integration 1998 s 573 med hänvisningar.

³⁷⁹ Jfr Schmidt Löntagarrätt 1978 s 108.

³⁸⁰ De sociala rättigheterna är ett krav på positiva åtgärder medan friheterna innefattar ett krav på skydd eller icke-inblandning.

dess ställning i det rättsliga. Här skall de sammanjämkas med befintliga rättsföreställningar, vilka oftast innefattar avvägningar av olika intressen. Friheterna är inte bara icke-rättigheter. I själva verket utgörs de av maskerade intressen.³⁸¹ Det är genom att de infogas i den rättsliga intresse-diskursen som de kommer att dras till den inom juristskrået förhårliga-de rättighetsdiskursen.

”Intressena är sociala konstruktioner som vi använder som diskursiva redskap för att förbättra våra positioner i förhållande till andra.”³⁸² I den horisontella relationen är det som kallas företagsledningsrätten intet annat än ovägda företagarintressen och detta måste domstolarna inse för att kunna ta sitt ansvar för rättsmaskineriets upprätthållande. Det är således fundamentalt att man inser att till synes samma företeelse byter skepnad beroende på i vilket sammanhang den uppträder och vilken funktion den fyller.

Simmonds refererar Dworkin enligt följande:³⁸³

”Konsekvensen (enligt Dworkins analys) av att säga att yttrandefrihet är en rättighet blir att intresset av yttrandefrihet sätts ovanför den samhälleliga avvägningen av olika intressen mot varandra. Varför skulle något intresse ges denna typ av prioritet?”³⁸⁴

Genom att utan närmare övervägande göra en frihet till en rättighet missar man avvägningen av olika intressen på det horisontella planet.

Om friheten aktualiseras i en horisontell relation kan den vertikala utgångspunkten inte utan vidare tas till intäkt för hur konflikten skall lösas. Beträffande sådana relationer tar nämligen den vertikala friheten inte ställning. I den horisontella relationen krävs ett ställningstagande som sätter just denna i förgrunden, annars är risken påtaglig att man otillbörligt gynnar ena parten.³⁸⁵ Jag menar att *transformationen av den dynamiska sidan av de marknadsekonomiska friheterna till rättsfältets arbetsrättsliga område under beteckningen företagsledningsrätten just innefattar ett sådant ogenomtänkt gynnande av näringsidkarna i dess egenskap av arbetsgivare i förhållande till arbetstagarna. Genom att göra friheten i dess egenskap av rättslig utgångspunkt på rättssystemnivå till en rättighet på rättsordningsnivå beskär man nämligen samtidigt*

³⁸¹ Jfr Eriksson Rätt och intressen 1993.

³⁸² Eriksson Rätt och intressen 1993 s 85.

³⁸³ Simmonds Juridiska principfrågor 1994 s 154.

³⁸⁴ Det bör vara kap 12 ssk s 273 i Dworkin Taking rights seriously 1978 Simmonds åsyftar.

³⁸⁵ Jfr allmänt, Peczenik Om juridiska avvägningar 1997.

den materiella begränsningen av friheten i det att dess egenskap av rättighet tas till utgångspunkt vid prövningen (eller kanske tolkningen) av en ifrågasatt begränsnings omfattning. Det är således väsentligt att ha klart för sig att en legal begränsning av en frihet inte samtidigt med automatik innebär att friheten görs till en horisontellt relaterad rättighet. Det är detta man gör när man med hänvisning till företagsledningsrätten eller motsvarande utan närmare reflektion ger denna en överordnad ställning i förhållande till anställningsskyddsregleringen.³⁸⁶

Den liberala utgångspunkten att allt är tillåtet som inte är förbjudet kan bara äga tillämpning i relationen stat-medborgare. Däremot inte i relation medborgarna emellan. Gör man en frihet till en horisontell rättighet innefattar det ett värderande ställningstagande som inte tillhör frihetens begrepp.

Att tala om företagsledningsrätten är bara ett annat sätt att uttrycka att en ägare bestämmer över sin egendom med iakttagande av de begränsningar som finns. Och detta kan naturligtvis inte i sig användas som ett argument för att inga begränsningar finns.

Insikt härom kan vi hämta redan i AD 1933:87, vari återfinns ett principiellt ställningstagande av betydelse för hur § 32-befogheterna som utgångspunkt fungerar:³⁸⁷

”Vad angår den första huvudfrågan, har såsom stöd för att arbetsgivaren skulle äga befogenhet att ensidigt bestämma om ändringar i manskapslistorna åberopats, att ett motsatt förhållande skull strida mot arbetsgivarens allmänna rätt att leda och fördela arbetet samt att fritt antaga eller avskeda arbetare. Denna rätt är emellertid icke av en absolut karaktär med ett för alla fall fixerat innehåll. På grund av bestämmelser i kollektivavtal kan medinflytande hava beretts arbetarna i frågor, som begreppsmässigt höra till den arbetsledande verksamheten, och omfattningen av arbetsgivarens rätt i avseende å denna verksamhet kan följaktligen icke bestämmas utan beaktande också av vad kollektivavtalet i det särskilda fallet innehåller”.

³⁸⁶ Lika enkelt synes det inte vara när det gäller yttrandefrihet. När denna vertikala frihet skall föras ned till det horisontella planet ges den inte samma status. Om nu detta beror på att det är fel part som skulle komma att tjäna på att den också blev en horisontell rättighet kan vi låta vara osagt. Det är emellertid till synes helt i enlighet med Dworkins principiella uppfattning bra att man inte utan vidare accepterar detta. Felet är i så fall att man inte sett på saken utifrån detta principiella synsätt. När det annars gäller friheter för medborgare i form av yttrandefrihet synes denna tvärtom inskränkas när de blir avtalsinnehåll, jfr AD 1994:79.

³⁸⁷ Jfr ovan avsnitt 2.3.3.1.

Mot bakgrund av att arbetsledningsrätten, liksom dess begränsningar, återfinns på rättsordningsnivå har uttalandet än större relevans vad gäller företagsledningsrätten.

4.3.5 Ytterligare om konsekvenserna av att betrakta företagsledningsrätten som ett arbetsgivarprerogativ

Min uppfattning är således att det som brukar kallas företagsledningsrätten inte är något arbetsgivarprerogativ. Samtidigt har mina försök att klargöra vad företagsledningsrätten i själva verket utgör resulterat i en bekräftelse på att det trots allt är arbetsgivaren, om än inte i den egenskapen, som har rätt att bestämma i de frågor som hör till företagsledningsområdet. Återföringen på djupjustifieringsplanet till funktioner i vårt ekonomiskt/politiska system skulle kunna sägas ge företags- och affärsledningsrätten en än starkare ställning och högre grad av legitimitet. Frågan är då om det är meningsfullt att driva tesen att företagsledningsrätten inte utgör ett arbetsgivarprerogativ. Jag menar att så är fallet och ämnar här något utveckla denna ståndpunkt.

4.3.5.1 Olika stadier

Det som brukar hänföras till företagsledningsrätten rör som nämnts frågor om verksamhetens mål, inriktning, omfattning och kvalitet. Dessa frågor är relaterade till företagarens egenskap av näringsidkare och har i sig inga direkta arbetsrättsliga implikationer. De egentliga arbetsgivarprerogativen ligger så på en lägre nivå, dvs den nivå där de övergripande företagsledningsbesluten skall realiseras. I den mån det finns anställda har då i nordisk arbetsmarknad³⁸⁸ av tradition gällt den ordningen att i den mån annat inte sägs så är det arbetsgivaren som fritt antager och avskedar och fritt leder och fördelar arbetet. Implikationerna av detta är att företagsledningsrätten inte har någon självständig betydelse i den direkta relationen arbetsgivare/arbetstagare. Om en arbetsgivare fattar ett företagsledningsbeslut som innefattar förändringar i det sätt varpå arbetsuppgifter skall utföras, vilka arbets- eller öppettider som skall gälla etc har man således på verkställighetsstadiet att beakta de relationella reglerna. Vad gäller de exempel som här nämnts är det arbetsledningsrätten som aktualiseras. Med de begränsningar som kan finnas i form av lagstiftning och kollektivavtal är det arbetsgivaren som

³⁸⁸ Jfr Nielsen Employers' Prerogatives 1996 s 17-18.

bestämmer på dessa områden. På samma sätt måste man se saken om företagsledningsbeslutet består i en nedskärning av verksamheten som medför övertalighet. Företagsledningsrätten i dess egenskap av kompetensnorm kan åberopas till stöd för att företaget har rätt att fatta ett sådant nedskärningsbeslut. På verkställighetsstadiet måste man emellertid beakta de regler som där gäller. Av tradition har här gällt att fri uppsägningsrätt utgör ett av arbetsgivarprerogativen. Sedan LAS tillkomst kan man inte ens längre tala om ett prerogativ; utgångspunkten är ett krav på saklig grund.

När vi således har att ta ställning till vad som gäller beträffande verkställigheten av företagsledningsbeslut finns det en regel som säger att en uppsägning skall vara sakligt grundad. Och då kan man inte utan vidare använda sig av företagsledningsrätten till stöd för att en uppsägning är sakligt grundad eftersom denna handlar om någonting annat. Företagsledningsrätten som rättslig norm ger svar på frågan om vem som har rätt att besluta om verksamhetsförändringar. I uppsägningssammanhang är det emellertid en annan fråga man behöver svar på, nämligen om arbetsgivaren har rätt att säga upp den anställde. Här har det gamla arbetsgivarprerogativet ersatts med en saklig grund-regel. Här står en kompetensnorm för en viss typ av frågor mot en materiell regel som riktar in sig på något annat. Resonemanget innebär att det inte föreligger någon motsättning i att en domstol slår fast att en arbetsgivare får fatta beslut om verksamhetsförändringar, samtidigt som den ogiltigförklarar uppsägningar till följd därav. Den begränsning som sådana restriktioner i företagsledningsrätten innefattar är av rent ekonomisk natur och sådana finns det åtskilliga andra exempel på i form av skatter, avgifter etc. Vi bör också komma ihåg att uppsägning alls inte är den enda åtgärden ens vid verkliga nedskärningar i verksamheten. Det är inte konstigare att domstol underkänner en med hänvisning till en omorganisation företagen uppsägning än att den ogiltigförklarar en uppsägning på personliga skäl i en situation där arbetsgivaren menar att den anställde inte kan klara sina arbetsuppgifter. Lika lite som domstolen i sistnämnda fall ålägger arbetsgivaren att den anställde skall fortsätta med samma arbetsuppgifter eller talar om för arbetsgivaren vad han skall göra istället, behöver det i det förstnämnda fallet innebära att omorganisationen underkänns.

4.3.5.2 Företagsledningsrättens materiella innehåll

Att ta utgångspunkt i § 32 och betrakta lag- och avtalsregleringar som successivt införda begränsningar däri vid en beskrivning av det arbetsrättsliga systemet medför en risk för att man uppfattar allt inom arbets-

rätten som täckt av § 32 och att den rättsliga utgångspunkten därför generellt är att arbetsgivaren bestämmer i förhållande till en arbetstagare såvitt annat ej framgår.³⁸⁹ Någon sådan generell norm förekommer inte ens på rättssystemnivå. Den rättssystematiska utgångspunkten om arbetsgivares bestämmanderätt omfattar således inte frågor som rör själva bytesrelationen.³⁹⁰ Det som brukar kallas avtalsfrågor faller således utanför.³⁹¹ Om dessa distinktioner accepterades skulle vi slippa konstruktioner av typen att arbetsgivaren inte längre kan erbjuda anställning på de villkor som tidigare erbjudits som ett sorts företagsledningsbeslut, jämförbart med en organisatorisk förändring eller en driftinskränkning.³⁹² Alldeles oavsett hur man ställer sig till de synpunkter som här framförts måste man således ha klart för sig att arbetsgivares bestämmanderätt eller företagsledningsrätt inte omfattar alla frågor. Frågor om anställningsvillkor rör till skillnad från produktionsbeslut och liknande företagarens egenskap av arbetsgivare. Inte heller kan man under åberopande av företagsledningsrätten, såsom den här normativt förklarats, göra gällande att arbetsgivaren bestämmer hur många anställda han skall ha. Detta är inte ett företagsledningsbeslut på samma sätt som en omorganisation, nedskärning etc. Man måste plocka ned ett sådant uttalande i sina beståndsdelar. I enlighet med vad som sagts ovan om antagningsrätten och att en frihet att inte handla inte kan tas till inräkning för vad som gäller när man väl skall handla eller har handlat måste vi betrakta saken även här. Om en arbetsgivare vill minska personalstyrkan genom uppsägningar gäller på rättsordningsnivån fortfarande att det skall föreligga saklig grund och man kan vid den bedömningen inte utgå från att arbetsgivaren har en rätt att bestämma när saklig grund föreligger. Detta är nämligen vad rättstillämpningen i realiteten innebär.

³⁸⁹ Jfr Hydén i Arbetsmarknad och arbetsliv nr 3 1996 s 162 som framställer § 32 som en norm som står överst i rättskällehierarkin på arbetsrättens område. Se också Hydén Arbetslivets reglering 1985 s 41 och Glavå/Töllborg Arbetsrätt 1990 s 15.

³⁹⁰ Se Hydén Arbetslivets reglering 1985 s 145.

³⁹¹ Jfr motiven till och kommentarer till 32 § MBL, prop 1975/76:105 och Bergqvist/Lunning Medbestämmandelagen 1986 s 317-18.

³⁹² Jag vill poängtera att detta mitt påpekande inte har att göra med hur jag ser på vad som utgör saklig grund för uppsägning utan utgör ännu ett argument för att bedömningen av en uppsägning skall vara inriktad på sakligheten och inte om den bottnar i något företagsledningsbeslut eller inte.

4.3.5.3 Transformationen

Vad ovan hävdats innebär att företagsledningsrätten utgör ett oreflekterat förrättsligande av grundnormer från det ekonomiska idésystemet.

Om man nu skall göra en sådan transformation till rättsfältet är det väsentligt att man inte glömmer att också beakta övriga normer inom det aktuella delsystemet. Det är inte primärt de övergripande marknads-ekonomiska friheterna som verkar bestämmande på aktörernas handlanden i det ekonomiska handlingssystemet. Dessa skulle kunna beskrivas som ramar för de *strukturella normer* som fungerar handlingsutlösande.³⁹³ Inom systemet återfinns självgenererade normer som uppväger konsekvenserna av att de strukturella normerna fritt får styra aktörernas handlande. Det är sådana *strategiska normer* som kan förklara att flertalet företag inte säger upp sina anställda trots att de fattar beslut om verksamhetsförändringar som i och för sig skulle motivera uppsägningar och som dessutom utan vidare utgör saklig grund enligt de föreställningar det rättsliga idésystemet framkallar. Det finns en rad icke-rättsliga normer som de facto innefattar en begränsning av friheternas användning. Ofta baseras dessa på generaliserat faktiskt beteende och erfarenheter av och förväntningar om konsekvenserna av det ena eller andra handlingssättet och är därför också svåra att få en överblick över eftersom det kräver empiriska studier. Dessa tränger därför heller inte in i andra idésystem lika enkelt som de övergripande ideologierna.

Beaktas inte dessa andra handlingsstyrande normer innebär det också att själva förutsättningen för en korrekt intresseavvägning inom det rättsliga systemet förskjuts. Friheten såsom ett arbetsgivarintresse uppvägs nämligen redan av det ekonomiska systemets egna strategiska normer men genom att bortse från dessa kommer sådana värden istället att helt läggas på det sociokulturella idésystemets sida av vågen.

För att återknyta till distinktionen mellan beslut och genomförande kan de strukturella normerna sägas verka bestämmande på företagsledningsbeslutet som sådant medan de strategiska normerna bestämmer genomförandet. Och det är på den sistnämnda nivån LAS kommer in. Här är alltså omsorgsnormerna de viktigaste samtidigt som de rättsligt synes sakna betydelse.

Det finns således enligt min bestämda uppfattning en i det ekonomiska idésystemet brett förankrad föreställning om att företag skall göra vad som står i dess makt för att försöka lösa förändringssituationer

³⁹³ Jfr Hydén Rätten i förvandling 1993 och Edström MBL och utvecklingsavtalet 1994.

utan att anställda skall behöva sägas upp.³⁹⁴ Denna föreställning fungerar också som en norm för aktörerna i handlingssystemet och tar sig konkreta uttryck i att företag många gånger faktiskt tar den extrakostnad det innefattar att lösa problemen på annat sätt och med icke-rättsligt påbjudna medel.³⁹⁵ Som jag varit inne på tidigare skulle det kunna vara så arbetsdomstolen resonerar. Vetskapen om att det finns andra normer som verkar avhållande på arbetsgivarna gör att man kan förutsätta att i situationer då anställda sägs upp detta också verkligen är "nödvändigt". I praktiken innebär detta emellertid en *konkurrensfördel* för företag som inte anammar eller tillhör ett subsystem som inte anammar denna till det ekonomiska idésystemet hänförliga norm.³⁹⁶

4.3.6. Avslutning

Företags- eller affärsledningsrätten såsom en specifikt arbetsrättslig företeelse skapades för att kunna justifyera ställningstaganden i fredspliktsfrågor under trettioalets början. Därefter kom den att användas som systematisk utgångspunkt för de begränsningar som finns däri. Under senare år har den kommit att användas för att justifyera att en begränsningsaspirant inte är någon begränsning.

Det finns enligt min uppfattning en koppling mellan lönearbetarideologin och dess uttryck i form av arbetsgivarifieringen och de normativa föreställningarna om företagsledningsrättens överhöghet. Företagsledningsrätten är det arbetsgivarifierade tidevarvets sätt att uttrycka den rättsliga och övrigt normativa kontext vari företagen verkar. Att istället för äganderätt, näringsfrihet och avtalsfrihet tala om företagsledningsrätt kan också förklaras av att det skett en successiv inskränkning av de förnämnda så långt att de inte längre fungerar som en beskrivning av

³⁹⁴ Vilket bekräftas av de argument 1992 års arbetsrättsutredning använde som ett led i argumentationen för det undantag från turordningsreglerna som gällde under 1994. Se SOU 1993:32 s 474. Se också SAF-handboken.

³⁹⁵ Jfr avsnitt 1.1 not 6 om LO-ordförandens reaktion på den danska regleringen.

³⁹⁶ Att den formella rättsliga regleringen är neutral till olika aktörers divergerande benägenhet att påverkas av andra idésystem saknar därvid betydelse. Denna ståndpunkt är en generell anvisning till lagstiftaren om att man måste beakta andra idésystems påverkan på de handlingssystem som en rättslig reglering riktar in sig mot. Det intressanta är då att lagstiftaren genom införandet av en saklig grundregel kan sägas ha kodifierat den norm som tidigare varit förhärskande inom det ekonomiska fältet medan däremot arbetsdomstolen - med visst stöd av lagmotiven - i sin praxis kommit att införa en regel som svarar mot en (minoritets)norm i det ekonomiska idésystemet, anpassad till de icke ansvars-kännande företagens beteende.

hur verkligheten gestaltar sig. Genom skapandet av en arbetsrättslig företagsledningsrätt har den reella normativa kontexten kommit att döljas. På den nivå rättigheterna verkar så arbetsrättsligt kan det vara adekvat att påstå att de i allt väsentligt saknar (arbetsrättsliga) begränsningar.³⁹⁷ Detta perspektiv är dock alltför begränsat och är i sig ägnat att bidra till att rättigheterna ges en starkare ställning än vad som tillkommer dem om man vidgar kontexten. Det behöver väl knappast ens nämnas att såväl närings- som avtalsfriheten och ägarens dispositionsrätt över sin egendom är väsentligt kringskuren av en rad olika regleringar. Som framgått vill jag t o m sträcka mig så långt att jag påstår att det är just för att de är begränsade som de kan presenteras som rättigheter i ett rättsligt sammanhang.

Insnävningen till arbetsgivaregenskapen och hänvisningen till företagsledningsrätten kommer härigenom att sprida en felaktig bild av den normativa kontexten. Det är nämligen så att beträffande de frågor som hänförs till företagsledningsområdet, de uttryckliga materiella legala begränsningarna i själva verket är mycket få. Det finns knappast några regler alls om tillverkningssätt,³⁹⁸ automatiseringsgrad, lokalisering, verksamhetsomfattning, organisationsformer etc. Här är det ekonomiska handlingssystemets strukturella normer helt dominerande.³⁹⁹

Ser man företagsledningsrätten i denna konkreta mening som en rättslig utgångspunkt kommer man också att kräva uttryckliga undantag för att regeln inte skall tillämpas. Men då det på arbetsrättens område är så att dessa frågor inte aktualiseras i det direkta anställningsförhållandet kommer eventuella begränsningar i den fria bestämmanderätten istället till formen att ta sig uttryck i begränsningar av de direktrelaterade rättigheterna (arbetsledning, uppsägning) och detta skymmer då det förhållandet att de naturligtvis ytterst innefattar begränsningar i företagsledningsrätten.⁴⁰⁰

³⁹⁷ Jfr Sigeman Från legostadgan till medbestämmandelagen, SvJT 1984.

³⁹⁸ Bortsett från miljöreglering etc.

³⁹⁹ Jfr Hydén Arbetslivets reglering 1985 s 142ff.

⁴⁰⁰ Jag frågar mig om man överhuvudtaget kan tänka sig en arbetsrättslig (anställningsavtalsrättslig) reglering som innefattar en direkt begränsning av det som kallas företagsledningsrätten. Det är uteslutet att tänka sig en materiell reglering av de enskilda frågor som faller inom företagsledningsområdet. En sådan reglering av produktionsomfattning, former etc innebär att vi lämnar det marknadsekonomiska systemet. Det enda sättet att åstadkomma en sådan begränsning måste därför vara att ge de anställda i denna deras egenskap direkt och legal bestämmanderätt över sådana (eller en del av sådana) frågor (eller att överföra ägandet), jfr Abrahamsson/Broström Om arbetets rätt 1980. Det krävs således en förändring av kompetensnormen.

Genom att således ha mejslat fram ett rättighetsbegrepp som förefaller sakna (uttryckliga) legala begränsningar bidrar detta i sig till att förstärka dess egenskap av fundamental princip. Detta menar jag kan förklara arbetsdomstolens uppenbarligen ärligt uttryckta uppfattning om att den är förhindrad att ingå i prövningar av beslut - och konsekvenserna av dem - som faller inom företagsledningsområdet.

Företagsledningsrätten saknar möjligen arbetsrättsliga begränsningar vad gäller de materiella frågor om produktionens inriktning etc som hör till området. Detta hindrar emellertid inte att det kan finnas begränsningar på verkställighetsstadiet men det visar samtidigt att vi måste göra en skarp distinktion mellan verksamhetsbeslut och genomförandebeslut. Huruvida begränsningar på verkställighetsstadiet också kan sägas innefatta en begränsning av företagsledningsrätten som sådan är möjligen en terminologisk fråga men helt klart är att det inte finns någon direkt motsättning mellan en frihet för företag att omorganisera verksamheten samtidigt som det kan upprätthållas begränsningar vad gäller rätten att genomföra det i form av uppsägningar.

Poängen är då att arbetsgivarifieringen och den normativa förskjutningen mot företagsledningsrätten i själva verket bidrar till att dölja alla de begränsningar som faktiskt finns för företagandets villkor. Ser man istället arbetsgivarrollen som en bland alla dem som ett företag utövar kommer heller inte begränsningar i den förment arbetsrättsliga företagsledningsrätten att te sig så ingripande. Det finns åtskilliga andra i vid mening näringsrättsliga begränsningar i det den s k företagsledningsrätten i själva verket utgör; näringsfriheten, avtalsfriheten och äganderättens dynamiska sida. Arbetsdomstolen behöver således inte själv ta första steget.⁴⁰¹

Att behandla de marknadsekonomiska friheterna som ett arbetsgivarprerogativ under beteckningen "företagsledningsrätten" får alldeles speciella ideologiska effekter. Det är ägnat att stärka företagets maktposition i dess egenskap av arbetsgivare.⁴⁰² *Sammanblandningen av egen-*

⁴⁰¹ Jfr Flodgrens uppfattning om att arbetsdomstolen själv kunnat förändra § 32 utan LAS och MBL och de synpunkter som framfördes med anledning härav. Flodgren Fackföreningen och rätten 1978 s 240, Bergqvist i Lag & Avtal nr 5 1979, Lag & Avtal nr 6 1979 s 31 (artikel av K Ahlberg om Flodgren och kritiken), Stig Gustafsson i Lag & Avtal nr 7 1979 och Göransson i Lag & Avtal nr 8 1979.

⁴⁰² Jfr Per Eklund som framhåller att man från början väsentligen synes ha betraktat § 23 som ett utflöde av makt och inte av rättsprinciper, Rätten i klasskampen 1974 s 284. Eklunds kommentar till att arbetsdomstolen sedermera fastslog rätten att leda och fördela som en allmän rättsprincip är att "AD:s praxis bidrar med andra ord till att skyd-

skaper eller roller kan också förklara att företagsledningsrätten även används som rättsligt stöd på den offentliga sektorn. Betraktar man nämligen företagsledningsrätten som ett arbetsgivarprerogativ äger det ju principiell tillämpning på andra verksamheter än privata företag.

Skapandet av en arbetsrättslig företagsledningsrätt innebär att man systematiskt lägger sig mittemellan de nivåer där det finns reella begränsningar. Genom att betrakta det som ett arbetsgivarprerogativ får vi bort det från det plan där företagarens näringsidkarroll verkar och där konkurrens-, miljö-, koncessions- etableringsregler etc finns (den nivån och dessa begränsningar är s a s passerade när det når till den arbetsrättsliga företagsledningsrättens nivå) och fokuseringen kommer att ligga på förändringen av verksamheten i ett kollektivt arbetstagarperspektiv. På denna nivå finns få regler. Om vi sedan går ned ytterligare ett steg och kommer till den individuella arbetstagnivån har vi åter en stor mängd regler som begränsar den fria verkställigheten av företagsledningsbeslut.

Det finns också något av en paradox i den situation vi idag befinner oss i. Arbetsgivarifieringen sammanhänger med lönearbetarideologin eftersom den sistnämnda just lyfter fram arbetsgivaregenskapen som den mest väsentliga funktionen hos dem som driver företag. Samtidigt som det således är förmågan att skapa och upprätthålla sysselsättning för arbetstagare som anses vara företagets mest centrala uppgift – dvs arbetsgivaregenskapen är den viktigaste – är det ändå så att det endast är på detta område som företagaren utövar oinskränkt makt genom att han – i sin egenskap av arbetsgivare – i praktiken ensamt avgör sitt behov av arbetskraft. Det kunde möjligen tyckas vara på tiden att ideologin får rättsliga återverkningar.

da och förstärka den maktposition som arbetsgivaren redan har i kraft av sin äganderätt till produktionsmedlen”, a a s 285.

4.4 Regleringsfunktion, normtyp och argumentationsmodell

Det kunde tyckas att utvecklingen mot ett schabloniserat eller formalistiskt synsätt väl svarar mot vad som är själva tanken bakom att lagstiftaren överlåter åt rättstillämpningen att efterhand konkretisera eller fylla ut en lagregels innebörd och att det arbetsdomstolen gjort således visar att rättstillämpningen fullgör sin funktion på ett tillfredsställande sätt. I detta avsnitt avser jag att kritisera ett schabloniserat synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund utifrån en diskussion om förhållandet mellan regleringsfunktion, normtyp och argumentationsmodell.

4.4.1 Teorier om rättens utveckling – mot en reflexiv rätt

Det finns flera exempel på teorier (arbeten) som försöker beskriva rättens utveckling i termer av regleringstyper kopplat till olika ”statsmodeller”.⁴⁰³ Den som förefaller ha fått störst uppmärksamhet⁴⁰⁴ är Teubner och dennes teori om den reflexiva rätten,⁴⁰⁵ vilken givit upphov till en omfattande debatt i Norden.⁴⁰⁶

Enligt Teubner har utvecklingen gått ”från en formalisering via en materialisering över till en proceduralisering”.⁴⁰⁷ Olika faser eller re-

⁴⁰³ Nonet/Selznik, Teubner, Dalberg-Larsen, Habermas m fl, se bl a översiktligt i Hydén Ram eller lag 1984, jfr även Hydén, Stridbeck och Åström i Retfærd nr 28 1985, Dalberg-Larsen i Retfærd nr 32 1986, Wilhelmsson i Rättsdogmatikens alternativ 1988 och i Scandinavian studies 1989.

⁴⁰⁴ Både i Norden och internationellt och kanske av en tillfällighet p g a fängslande formuleringar i en tid där flera teorier förekommit och som tiden således var mogen för, Dalberg-Larsen i Retfærd nr 32 1986 s 13. Jfr Tuori i Retfærd 36 1987 s 48.

⁴⁰⁵ Termen ”reflexiv rätt” myntad och begreppet utvecklat av Teubner i en artikel från 1982. Engelsk översättning 1983. Dansk översättning av Asmund Born m fl i Refleksiv ret 1988.

⁴⁰⁶ Särskilt kring Retfærdskretsen, se Retfærd nr 26, 28, 30, 32 m fl, antologin Refleksiv ret (Born m fl red) 1988 mm. Som framgått ovan avsnitt 1.3.3.3 hade det redan vid den tidpunkt Teubner publicerade sin artikel bland kritiska rättsvetare i Norden under flera år pågått en debatt på temat ”legalstrategier”, initierad av Lars D Eriksson genom en artikel i tidskriften Retfaerd 1979, där han pläderar för en *behovsrationell* argumentationsmodell med utgångspunkt i de förändringar den rättsliga regleringen genomgått. Se Wilhelmssons försök att sammanfoga Teubners och Erikssons teorier, Rättsdogmatikens alternativ 1988 och i Scandinavian studies 1989.

⁴⁰⁷ Hydéns beskrivning i Reflexiv rätt och reglering 1988 s 114, som är överensstämmande med Erikssons i Till teorin om den reflexiva rätten 1986 s 122.

gleringstyper svarar mot olika sk rationaliteter.⁴⁰⁸ Den rättsstatliga modellen baseras på en formell rationalitet där reglerna och argumentationen styrs av intresset av förutsebarhet (formell rättssäkerhet). Den välfärdsstatliga präglas av en materiell rationalitet där argumentationen styrs av önskan att uppnå materiellt riktiga resultat (materiell rättssäkerhet). Det postvälfärdsstatliga - eller hur det nu skall betecknas⁴⁰⁹ - svarar mot en diskursiv eller reflexiv rationalitet. Denna teori - liksom andra - har evolutionistiska drag, om än inte i sådan grad att de förtjänar Rottleuthners omdöme om att de "belong to the tradition of philosophy of history insofar they tend to make an epoch out of an episode."⁴¹⁰ Dalberg-Larsen framställer saken mera nyanserat när han beskriver Teubners teori:

"For det første bør teorien *ikke* opfattes som en *universel teori* om nogle udviklingsfaser, som følger efter hinanden i alle samfund og til enhver tid. Teorin bør forstås som et forsøg på at sammenfatte tendenser i retsudviklingen i en række vestlige industrisamfund i perioden fra engang omkring begyndelsen eller midten af forrige århundrede og op til nutiden."⁴¹¹

Teoriernas värde ökar om man tydliggör skillnaden mellan dess empiriskt-deskriptiva respektive normativa inslag.⁴¹² Dalberg-Larsen sammanfattar karaktäristiken av Teubners teori med att det rör sig om

"dels en teori om retsudviklingen, dels et varmt forsvar for den reflektive ret som en egnet retsform til at løse velfærdsstatens problemer via retlige midler"⁴¹³.

Dalberg-Larsen knyter an till den Habermaska livsvärldskolonisationen⁴¹⁴ när han beskriver Teubners projekt

⁴⁰⁸ Någon definition av detta komplexa begrepp blir det här inte tal om. Se Graver Rationality and the development of law 1989. I artikeln framhåller också Graver att man vid studiet av den rättsliga utvecklingen måste skilja mellan utvecklingen inom respektive rättsvetenskapen (legal theory eller jurisprudence), lagstiftningen och rättstillämpningen. Jfr också Rottleuthner Legal Evolution and the Limits of Law 1989 s 221. Den samhällsvetare som lanserade rationalitetsbegreppet var som bekant Max Weber.

⁴⁰⁹ Teubner Refleksiv ret (1982) s 34 talar om att de reflexiva tendenserna kan skönjas i den begynnande krisen för välfärdsstaten. Wilhelmsson talar om "postvälfärdsstatlig", SvJT 1997 s 513.

⁴¹⁰ Rottleuthner Evolution and the Limits of Law 1989 s 220.

⁴¹¹ Och utvecklar ytterligare sin syn, se På vej frem mod det gode samfund eller fuld fart tilbage? i Retfærd nr 32 1986 s 15.

⁴¹² Jfr Wilhelmsson i Rättsdogmatikens alternativ 1988 och i Scandinavian studies 1989.

⁴¹³ Dalberg-Larsen i Retfærd 32 1986 s 16.

⁴¹⁴ Se hänvisningar i avsnitt 1.3.3.7. Jfr också Tuori i Retfærd nr 36 1987 s 59.

”som en (positiv) reaktion på de negative følgevirkninger ved den øgede retliggørelse, der har at gøre med rettens indtrængen i *livsverden* og ødelæggelsen af de kommunikative, meningsskabende processer, der her foregår.”⁴¹⁵

Otydligheten – eller kanske snarare motviljan mot de normativa ställningstagandena⁴¹⁶ – i övergången mellan det deskriptiva och det normativa utgör säkert en förklaring till den Rottleuthnerska kritiken. Även om det normativa – en del kallar det utopiskt⁴¹⁷ – i det Teubnerska projektet ligger utanför vad Wilhelmsson kallat det rättsligt möjliga⁴¹⁸ innehåller det emellertid en reflexiv logik som enligt Wilhelmsson i ett kortare tidsperspektiv kan användas för att simulera reflexiva processer inom ramen för generalklausuler och motsvarande på områden där styrkeförhållandena mellan parterna försvårar en reell reflexiv diskurs.⁴¹⁹

Att skapa procedurala former för att ge förutsättningar för berörda parter att komma överens i gemensamma angelägenheter innefattar ett försök att överbygga rättens kristendenser⁴²⁰ och innebär samtidigt en politisk decentralisering⁴²¹ till skillnad från den välfärdsstatliga interventionistiska modellen där ansvaret för att justera systemets externa effekter läggs på domstolar eller myndigheter genom skapande av avvägnings- eller mål/medelnormer.⁴²² I den reflexiva modellen blir materiella konfliktlösningsnormer överflödiga, staten skapar konstituerande regler och procedurregler. Men det finns ett väsentligt tvångsmoment; diskursen.⁴²³

Rottleuthners kritik stannar inte vid det evolutionistiska. Han menar att själva utgångspunkten för teorierna – regleringskrisen och synen på rättslig intervention – är allt för onyanserad och blundar för att den

⁴¹⁵ Dalberg-Larsen i *Retfærd* 32 1986 s 18.

⁴¹⁶ Se Dalberg-Larsen i *Retfaerd* 32 1986 s 16.

⁴¹⁷ Graver i *Retfaerd* 32 1986, se också Dalberg-Larsen i samma tidskrift där han pekar på flera.

⁴¹⁸ Se ovan avsnitt 1.3.3.8.

⁴¹⁹ Wilhelmsson *Need-rationality in Private Law* 1989 s 224-25. Detta framstår också som en brygga mellan Erikssons materiella behovsrationalitet och Teubners procedurala reflexiva rationalitet. Jfr Wilhelmsson a a och densamme i *Rättsdogmatikens alternativ* 1988.

⁴²⁰ Se härom bl a Eriksson *Till teorin om den reflexiva rätten* 1986 s 120.

⁴²¹ Jfr Eriksson *Till teorin om den reflexiva rätten* 1986 s 123.

⁴²² Jfr Hydén *Demokrati och rätt* 1991 s 88.

⁴²³ Hydén *Demokrati och rätt* 1991 s 91.

rättsliga regleringen redan innehåller former som reflexivisterna efterlyser.⁴²⁴

En teoretiker som jag menar fångat essensen i utvecklingsteorierna men samtidigt nyanserat dem på ett sätt som fångar upp den Rottleuthnerska kritiken är Håkan Hydén.⁴²⁵ Även Hydén tar avstånd från de evolutionistiska inslagen i dessa teorier⁴²⁶ men tillstår att man

”också i den svenska rättsutvecklingen (kan) spåra de rättstyper som varit föremål för diskussion... Snarare ser jag det som att samhällsutvecklingen efter hand har ställt krav på nya och andra rättsformer för att möta samhällsutvecklingens krav. Jag är därför mer benägen att betona det samtidiga inslaget av de olika rättstyper som nämnts. De olika rättstyperna förekommer enligt mitt förmenande i dag parallellt med varandra men med skilda funktioner.”⁴²⁷

Istället för att lyfta fram utvecklingsperspektivet talar Hydén i sin analys av ramlagstiftningen för stat- och kommunberedningen om olika *motivationssystem* inom vilka ”den samhälleliga aktiviteten äger rum”⁴²⁸ och knyter an rättens skilda funktioner och uttryckssätt till dessa.⁴²⁹ Dessa motivationssystem beskrivs i termer av självreglerande, intervenrande och planerade system.⁴³⁰

Det är således viktigt att poängtera att det inte är fråga om att utvecklingen innefattar att gamla former *ersätts* av nya. Istället rör det sig om att nya former tillkommer och att de olika rationaliteterna i hög grad fungerar parallellt.⁴³¹ Från rent kvantitativ synpunkt skulle det kunna

⁴²⁴ Rottleuthner *Legal Evolution and the Limits of Law* 1989 s 217-19. Bl a pekar Rottleuthner på vad man kan kalla en ”rättslig infrastruktur” och framhåller att ”(m)any aspects of what is proposed as a contextual of reflexive type of regulation surely can be found in the politics of industrialization i Prussia in the midst of the 19th century”. (Rottleuthner s 219.) För en kritik mot denna del av kritiken, se Dalberg-Larsen i *Retfærd* nr 32 1986 s 14.

⁴²⁵ Jfr Hollander, *Rättighetslag i teori och praxis* 1995 s 21, som talar om att tillväxten av ramlagstiftning kan ”förklaras på olika sätt”. Hon skiljer mellan ett evolutionsteoretiskt och ett systemteoretiskt perspektiv och hänför Hydén till den sistnämnda kategorin.

⁴²⁶ Jfr dock ett tidigare arbete, *Rätten som strategi* 1982 s 29.

⁴²⁷ Hydén *Ram eller lag* 1984 s 43.

⁴²⁸ Hydén *Ram eller lag* 1984 s 112.

⁴²⁹ Hydén bygger här vidare på de teorier som utvecklats i samarbete med Ulf Stridbeck och Karsten Åhrström och som återfinns i stencilen *Rätt och reglering* (Hydén, Stridbeck, Åhrström *Rätt och reglering* 1984). Motivationssystemen är här desamma men de betecknas ”regleringssystem”, se s 45.

⁴³⁰ Hydén *Ram eller lag* 1984 s 45 ff.

⁴³¹ Jfr Tuori i *Retfærd* nr 36 1987 s 57 och Hydén *Rätten som förmedlare av goda värden* 1989 s 43.

hävdas att det skett en förskjutning av rättsformerna eftersom lagstiftning i den välfärdsstatliga eran används i flera olika sammanhang och för andra syften än vad som tidigare var fallet.⁴³² Även om det skett en kvantitativ förskjutning vad gäller regleringsformer är det viktigt att framhålla att de rättsstatliga regleringsformerna har en nog så väsentlig funktion på de klassiska civil-, straff- och processrättsliga områdena.

Hydén framhåller att rättens funktion i intervenerande sammanhang är att

”sammanjämka motstridiga mål i syfte att undvika konflikter mellan olika samhällsintressen. Det typiska för rättens roll i dessa situationer är att lagstiftningen införs i syfte att eliminera eller begränsa negativa externa effekter, som kan vara en följd av verksamhetens bedrivande, exempelvis miljöföreningar, social otrygghet i arbetet, konsumentskydd etc”.⁴³³

I senare arbeten talar Hydén om intervenerande *regler*⁴³⁴ som rättsnormer som är till för att lösa *intersystemkonflikter*,⁴³⁵ dvs konflikter mellan vad han kallar olika sociala handlingssystemen.⁴³⁶ Rättens uppgift i dessa sammanhang är – i den mån de lösningar systemen själva genererar är otillfredsställande – att rätta till den obalans som uppstår i mötet mellan de olika handlingssystemens normer och värden.⁴³⁷ Rätten opererar här per definition i en ”fientlig miljö”.⁴³⁸

⁴³² Jfr Hydéns (m fl) *planerade system* och statistiken i Hydén/Anderberg Rätten i förvandling 1995. Jfr också Hydén Legalstrategins rättsliga möjligheter – en inventering och diskussion 1988 s 78.

⁴³³ Hydén Ram eller lag 1984 s 53.

⁴³⁴ Hydén har i flera arbeten utvecklat teorier om rättslig intervention och då talat om intervenerande *normer*. Termbytet är föranlett av det övergripande normteoretiska perspektivet där termen ’regler’ är benämningen på en del av alla de normer som styr vårt handlande, de rättsliga.

⁴³⁵ Termen har Hydén lånat från Galtung.

⁴³⁶ Se Hydén Rätten i förvandling 1993 och Hydén/Anderberg Rätten i förvandling 1995. Jfr ovan avsnitt 1.3.2.4.

⁴³⁷ Såsom jag förstått Hydén menar han också att kollektivavtalsreglering är intervenerande, eftersom arbetsmarknadens organisationer i dessa sammanhang kan jämföras med den politiskt/administrativa beslutsfattaren.

⁴³⁸ Som Hydén uttryckt saken.

4.4.2 Normtyp och argumentationsmodell

I den välfärdsstatliga eran har formell rättssäkerhet i betydelsen förutsebarhet fått ge plats för mer progressiva argumentationsformer.⁴³⁹

På ett mer konkret plan innefattar förändringar i den rättsliga regleringens funktioner därför också uppkomsten av nya normtyper och därav föranledda förändringar av argumentationsmodeller. Tuori beskriver att rättsutvecklingen inom välfärdsstaten

”ofta betecknats som en reträtt från den formaljuridiska modellen; resultatet har också kallats en *materialisering* av rätten. Denna utveckling kan ta sig olika uttryck. Dels kan det handla om *ökad flexibilitet i konditionala program*⁴⁴⁰ (pliktnormer) t.ex. i form av generalklausuler eller andra elastiska rättsnormer. Dels kan det vara fråga om en övergång från konditional till final programmering, dvs från pliktnormer till mål-medelnormer eller avvägningsnormer. Slutligen är det möjligt att regleringens tyngdpunkt särskilt på lagnivån förskjuts från handlingsnormer till konstituerande normer och handläggningsnormer. I så fall kan vi tala om en ny typ av rättslig programmering som kompletterar den konditionala och finala programmeringen: den *procedurala programmeringen*.”⁴⁴¹

Även Hydén menar att generalklausulerna innebär en sorts flexibilisering av det konditionala programmet. ”De överväganden som skall göras är styrda av normer och de beslut som skall träffas måste kunna motiveras i förhållande till regler.”⁴⁴² Tuori framhåller också att ramlagarna ”har modifierat det rättsliga beslutsfattandet till ett slags fortgående process i vilken till exempel den skarpa gränsen mellan normskapande och normtillämpning som rättsstaten förutsätter bleknar; lagstiftningen har allt mindre betydelse som bärare av allmänna rättsregler och samtidigt som garanti för tillämpningarnas förutsägbarhet.”⁴⁴³

⁴³⁹ Se exvis Bruun/Wilhelmsson i SvJT 1983 s 709: ”Åtminstone arbetsrätten, miljö-rätten, socialrätten och delar av förvaltningsrätten domineras idag av en lagstiftningsstruktur som baserar sig på ramlagar, generella målsättningsstadganden och generalklausuler, vilka ger den rättstillämpande myndigheten omfattande prövningsrätt. Också inom övriga rättsområden gör motsvarande tendenser sig gällande i varierande utsträckning. Den skisserade utvecklingen innebär att lagstiftningen i ringa utsträckning syftar till att skapa förutsebarhet, utan fastmera till en intresseavvägning och ett normskapande som överläts åt rättstillämpningen.”

⁴⁴⁰ Min kursivering.

⁴⁴¹ Tuori Lagstiftningsstrategierna inom social- och hälsovården, Retfærd nr 62 1993 s 7.

⁴⁴² Hydén/Anderberg Rätten i förvandling 1995 s 221.

⁴⁴³ Tuori i Retfærd nr 36 1987 s 54.

I sin analys av ramlagstiftningen gör Hydén en indelning av *handlingsregler* i följande tre kategorier:

1. pliktnormer
2. avvägningsnormer
3. mål-medelnormer.⁴⁴⁴

Pliktnormen är uppbyggd efter traditionellt rättsstatligt mönster med rekvisit och rättsföljd. ”Regeln är med andra ord självtillräcklig när det gäller att bestämma beslutets innehåll”.⁴⁴⁵ Avvägningsnormen ”kännetecknas av att regeln anger vilka intressen som skall vägas in vid beslutsfattandet och hur dessa intressen skall vägas mot varandra.”⁴⁴⁶ Mål-medelnormerna, slutligen, ”innehåller målangivelser som kan vara mer eller mindre preciserade”.⁴⁴⁷

Till dessa tre normtyper knyter Hydén sedan olika rättsliga *argumentationsmodeller*;

<i>normtyp</i>	<i>argumentationsmodell</i>
pliktnormer	normrationell modell
avvägningsnormer	intresseavvägningsmodell
mål-medelnormer	målrationell modell.

Den avgörande skillnaden mellan den norm- respektive målrationella modellen är enligt Hydén att det i det första fallet rör sig om ett normativt problem medan det i det senare är fråga om ett kunskapsproblem. ”Kopplingen mellan rättsfakta och rättsföljd är i den normrationella regelorienterade modellen ett normativt ställningstagande, medan det i den målrationella i stor utsträckning är en fråga om ställningstaganden till kausala relationer som kräver kunskap om hur verkligheten är beskaffad.”⁴⁴⁸

⁴⁴⁴ Hydén Ram eller lag 1984 s 22. Se också i senare arbeten, exempelvis Reflexiv rätt och reglering 1988 s 118-19.

⁴⁴⁵ Hydén Ram eller lag 1984 s 22.

⁴⁴⁶ Hydén Ram eller lag 1984 s 23.

⁴⁴⁷ Hydén Ram eller lag 1984 s 23.

⁴⁴⁸ Hydén/Anderberg Rätten i förvandling 1995 s 221.

Tuori talar om att ”avvägningsnormerna kan karaktäriseras som en kombination av konditional och den final programmering, där de givna intressena utgör det finala momentet.”⁴⁴⁹

Intresseavvägningsmodellen innebär således att argumentationen är orienterad mot såväl konsekvenser som normer,⁴⁵⁰ utan att för den skull enbart vara en mix av mål- och normorienterad argumentation.⁴⁵¹

4.4.3 Regleringsfunktion och regleringsform

Idealtypiskt finns det ett samband mellan regleringsfunktion och regleringstyp, vilket också sammanhänger med de olika rationaliteter som präglar olika epoker. Definierar man emellertid intervenerande regler på det sätt som här ovan kommit till uttryck innebär det att regleringens form saknar betydelse för den funktion regeln har. Det är således inte enbart avvägningsnormer som används i det interventionistiska projektet. Man måste nämligen, som Tuori framhåller, skilja mellan materiell rationalitet i de olika stadierna av rättsligt beslutsfattande, lagstiftning respektive rättstillämpning.⁴⁵²

När lagstiftaren själv gör intresseavvägningen redan genom regelns utformning i syfte att styra beteenden kan man med Eriksson hävda att rätten utgör ”petrifierad politik”.⁴⁵³

Vilken form som bäst är ägnad att realisera regleringens ändamål i intervenerande sammanhang kan inte entydigt bestämmas.⁴⁵⁴ Hand-

⁴⁴⁹ Tuori Retfaerd nr 62 1993 s 7, se också i Retfærd 36 1987 s 56.

⁴⁵⁰ Jfr Graver Rationality and the Development of Law 1989 s 72.

⁴⁵¹ Graver Norms and decisions 1988 s 53.

⁴⁵² Tuori Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin 1988 s 198. (Se också ovan avsnitt 1.3.3.7.) Jag delar därför inte, med risk för att jag missförstått honom, Hydéns uppfattning sådan den kommer till uttryck i Reflexiv rätt och reglering 1988 s 129: ”Även beträffande intervenerande regelsystem kan vi sammanfattningsvis konstatera att det föreligger ett historiskt och funktionellt samband mellan rättstyp, argumentationsmodell och samhällelig kontext.”

⁴⁵³ Eriksson Rätt och intressen 1993 s 80. Jfr Hydén, Rätten i förvandling 1993 s 35, som talar om ”standardiserad politik” och Eriksson, Rätten och moralen 1990 s 6; ”förstenad politik”.

⁴⁵⁴ Diskussioner kring frågan om lämplig regleringsform är gammal och har förts under olika beteckningar. Se här allmänt, Strömholm Rätt, rättskällor och rättstillämpning 1988 s 376ff om rättstillämpningsdebattens två poler och diskussionen om förutsebarhet contra kravet på att kunna avgöra det enskilda fallet efter dess specifika förutsättningar. Se även Dalberg-Larsen i Retfærd nr 56 1992 om diskussionen kring ”skön” eller ”regel” och Mathiesen i Retfaerd nr 28 1985 om ”styringsjuss” och rettsikkerhetsjuss”.

lingsregler för en viss kategori som är avsedda att tillämpas ofta och i relation till många måste vara konkreta eftersom de annars skulle bli ohanterliga eller ta allt för mycket tid i anspråk på tillämpningsstadiet. Det vore således orimligt med en semesterreglering där den direkt mellan parterna tillämpliga normen skulle ange att semester skall utgå efter vad som är skäligt i relation till arbetets art, företagets behov etc.⁴⁵⁵

Intervention som till sitt innehåll avser att skapa positiva förmåner för svag part torde för övrigt fungera bäst om den intervenerande normen är klar och tydligt uppbyggd med bestämda rekvisit, avsedd för en traditionell subsumtionslogisk argumentationsmodell. Åtskilliga av de intervenerande normerna är också av denna karaktär, exempelvis huvuddelen av den konsumenträttsliga lagstiftningen. Det finns skäl att anta att tydlig rättighetsbaserad reglering är bäst ägnad att förverkliga ändamålen när vi rör oss på områden där de intressen lagstiftningen söker uppväga *inte* ingår i en ordning med kollektiva mekanismer för tillvaratagandet av den typiskt sett svagare partens intressen. Det är på de områden sådana mekanismer finns som det också redan idag finns förutsättningar för att förverkliga en reell reflexiv diskurs. På dessa områden har vi också i viss utsträckning intresserepresentation i de rättstillämpande organen.

Flexibilitet i konditionala program eller avvägningsnormer?

För den fortsatta analysen är det distinktionen pliktnorm/avvägningsnorm som tilldrar sig intresse. Det som här framställs som en definition handlar i realiteten om att diskutera vilken argumentationsmodell som är bäst ägnad att förverkliga regelns ändamål. (Och det innebär samtidigt att det inte är något självändamål att bestämma en regels karaktär utan att samtidigt blicka mot argumentationsmodell.)

Skillnaden mellan pliktnormer och avvägningsnormer är ingalunda skarp⁴⁵⁶ och det finns anledning att anta att såväl lagstiftaren som rättstillämparen många gånger inte har skillnaden klar för sig,⁴⁵⁷ i den meningen att de inte närmare reflekterar över implikationerna beträffande ändamålsenlig argumentationsmodell. Huruvida avsikten är att skapa flexibilitet i konditionala program eller att helt enkelt överlåta ansvaret för intresseavvägningen till domstolarna är inte alltid klart.

⁴⁵⁵ Så exempelvis också en värdeneutral reglering som trafiklagstiftningen. Här krävs det konkret reglering av praktiska skäl.

⁴⁵⁶ Jfr Eckhoff/Sundby *Rettsystemer* 1991 s 109.

⁴⁵⁷ Jfr Strömholm *Rätt, rättskällor och rättstillämpning* 1988 s 377.

Skillnaden mellan tidigare kasuistisk reglering och moderna plikt-normer är abstraktionsnivån i formuleringen av de förutsättningar som skall vara uppfyllda (rekvisiten) för att regeln skall vara tillämplig. Någon principiell skillnad vad gäller ändamålsenlig argumentationsmodell är det emellertid inte fråga om. Skillnaden består i att rättstillämpningen ges ett större ansvar för den generella normbildningen men efter hand som rättsläget konkretiseras utjämnas skillnaderna. Den högre abstraktionsgraden förklarar att det kan synas föreligga större likheter mellan en avvägningsnorm och en modern plikt-norm än mellan en modern och en gammal plikt-norm. Det är därför väsentligt att inte fokusera på abstraktionsnivån utan på de rättsliga argumentationsmodeller en konkret regels funktion förutsätter.

Graver påvisar den likhet som består i att besluten i båda fallen kan framställas som en sorts subsumtion under en norm och att ett beslut alltid kan relateras till normen i den meningen att en given situation alltid kan "be categorized according to the norms as correct-incorrect, right-wrong, just-unjust, legal-illegal etc."⁴⁵⁸ Detta förhållande kan i sig vara ägnat att dölja de olika betydelse normen är avsedda att ha för beslutets framväxt. På den punkten föreligger nämligen en avgörande skillnad i så måtto att "the formalistic one takes the norms as given, whereas the evaluative one takes them as grounds or reasons to be taken into account."⁴⁵⁹

Ibland kan syftet med en vag eller abstrakt formulering vara att låta rättstillämpningen ta ställning efter hand som problem dyker upp och därvid kan det vara eftersträvansvärt att efterhand skapa rekvisit. Genom abstrakta formuleringar lämnar man utrymme för utvecklingsförändringar och minskar risken för att låsa rättsläget. Avsikten är då att domstolen skall konkretisera regelns innebörd. Den är normativt ofullständig. Detta är emellertid inte fallet med en avvägningsnorm där det just är förhållandet i det enskilda fallet som skall vara avgörande; det är inte (primärt) oförmågan att se framtiden an som är grunden bakom en sådan regel. Skillnaden mellan den egentliga avvägningsnormen och abstrakt lagstiftning i gemen är därför att den förstnämnda *rättsligt sett inte* har ett ofullständigt normativt innehåll.⁴⁶⁰ De intervenerande avvägningsnormerna är dock ofullständiga i den meningen att "de utelämnar den normativa grund på vilket målkonflikten mellan motstridiga intres-

⁴⁵⁸ Graver Norms and decisions 1988 s 53.

⁴⁵⁹ Graver Norms and decisions 1988 s 53.

⁴⁶⁰ Hydén Ram eller lag 1984 s 1-2. Jfr Hydén/Anderberg Rätten i förvandling s 219.

sen skall lösas”.⁴⁶¹ Så långt är det måhända ingen avgörande skillnad mellan normtyperna. Denna består i stället i utrymmet för att vid framtida rättsliga avgöranden tillmäta tidigare rättsliga ställningstaganden någon särskild vikt i denna dess egenskap. Sådant utrymme skulle kunna sägas vara själva poängen med den medvetet rättsligt normativt ofullständiga pliktnormen men kan inte vara något kvalitativt drag hos avvägningsnormen. ”Beslutsfattandet är inte normbestämt annat än i den meningen att rättsreglerna talar om vilka intressen som är legitima i sammanhanget.”⁴⁶² Det kan därför vara adekvat att tala om att intresseavvägningsnormen är en uppmaning till inte enbart kognitiv öppenhet i discoveryprocessen utan också till normativ öppenhet i justifieringsprocessen. Avsikten är att man vid ställningstagandet skall beakta innehållet i andra idésystem och väga dessa mot varandra.

Generellt normskapande på rättstillämpningsnivå är följaktligen eftersträvansvärt när skälet till en lagregels abstrakta utformning är att man inte kan förutse tänkbara situationer och inte vill låsa rättsutvecklingen.

Vad här sagts innebär att den rättsliga tolkningsverksamheten får olika funktion och innebörd beroende på vilken normtyp det rör sig om. Initialt kan en regel behöva tolkas för att dess karaktär skall kunna bestämmas. Det är genom tolkning på detta plan som man kan bestämma gränsen mellan abstrakta pliktnormer och avvägningsnormer. Finner man därvid en ”avvägningsmarkör”⁴⁶³ är den rent språkligt betingade tolkningsverksamheten slutförd.⁴⁶⁴ Till ”karaktärstolkningen” hör emellertid också frågan om vilka intressen avvägningen avser. Någon juridisk tolkning i sedvanlig bemärkelse i tillämpningen av en avvägningsnorm skall det emellertid ej vara fråga om.

Det rent språkliga sökandet efter en avvägningsmarkör har ingen avgörande betydelse vid bestämningen av regelns karaktär. Här måste man också söka sig fram till regelns funktion genom att bl a undersöka *varför* man valt att inte konkretisera regelns innebörd. Om det därvid kan utläsas att avsikten med en vag formulering är att det skall ske en

⁴⁶¹ Hydén Retfærd nr 30 1985 s 15.

⁴⁶² Hydén Retfærd nr 30 1985 s 16.

⁴⁶³ Se Eckhoff/Sundby Rettssystemer 1991 s 119 (m hänv till Sundby Om normer 1974 s 200-222).

⁴⁶⁴ Den tolkning som kan aktualiseras är frågan om vilka(s) intressen som skall vägas mot varandra. På den punkten kan emellertid ingen tvekan råda när det gäller regeln om saklig grund i LAS. Det bör dock poängteras att intressen inte är något statiskt, jfr Eriksson Rätt och intressen 1993.

bedömning mot bakgrund av förhållandena i varje enskilt fall bör regeln enligt min uppfattning behandlas som en avvägningsnorm i tillämpningen med den betydelse det har för vad som sätter gränserna för den rättsliga argumentationen.

Betydelsen av förutsebarhet

Vid bedömningen av ändmålsenlig argumentationsmodell är en väsentlig faktor betydelsen av förutsebarhet.⁴⁶⁵

Förutsebarheten som en legitimitetsupprätthållande faktor innehåller också fröet till sin motsats. Den subsumtionslogiska normrationella argumentation som den rättsstatliga plikt normens förutsebarhetskrav förutsätter, innebär att de värden varpå regleringen baseras efterhand kommer att döljas. Generellt normskapande även på rättstillämpningsnivå inbjuder till sådan värdeavstötande argumentation. Jag skulle vilja påstå att förutsebarhet i någon individuell handlingsdirigerande mening inte är den kvalitet som eftersträvas när det i dessa sammanhang talas om (formell) rättssäkerhet.⁴⁶⁶ Gustafsson framhåller att "rättssäkerhetens formella del döljer och maskerar den materiella sidan(; de materiella värdena projiceras över på den formella rättssäkerheten, varmed *förutsebarheten* som ideologiskt och 'naturligt' ideal träder i förgrunden."⁴⁶⁷ Som Peczenik framhållit "vore (det) absurt att kalla en sådan förutsebarhet" som bestod i att judarna i Nazityskland lätt kunde "förutse att de skulle komma att förföljas" för rättssäkerhet.⁴⁶⁸ Legitimiteten består snarare i att överensstämmelsen mellan en plikt norm och den internaliserade ickerättsliga norm varpå den baseras är tydlig och av den trygghet detta skapar.⁴⁶⁹ Normtypen i kombination med argumentationsmodellen är i denna mening ägnad att efterhand skapa en åtskillnad mellan rättsnormen och den ickerättsliga normen. "Den juridiska metodens stringens lider i dess extremform av rigiditet och okänslighet mot mänskliga hänsyn i beslutsprocessen. Metoden blir lätt

⁴⁶⁵ Jfr allmän kritik mot förutsägarhetskravet, Aubert Det dolda samhället (1965) kap 5.

⁴⁶⁶ Och då bortser jag naturligtvis från amoralisk reglering av typ trafiklagstiftning.

⁴⁶⁷ Gustafsson, Håkan Rättssäkerheten, moralen och "socialsäkerheten" Tidskrift för rättssociologi 1988 s 255.

⁴⁶⁸ Peczenik Rätten och förnuftet 1986 s 32.

⁴⁶⁹ Jfr Habermas om att law as institution kräver substantiell justification. Law as a medium 1986 s 212.

stötande för vanliga människor.”⁴⁷⁰ Argumentationsmodellen måste såvitt angår pliktnormerna betraktas som ett hjälpmedel för att realisera de värden (eller avvägda värden) varpå normen bygger. Blir resultatet av argumentationsmodellens tillämpning orimligt mot bakgrund av vad som kan antas vara normens grundläggande värdeutgångspunkt är det rättstillämparens plikt att justera resultatet.⁴⁷¹

Den fara som ligger i oförutsebarheten uppvägs inom arbetsrätten både av reflexiva kringanordningar i form av regler om varsel och förhandling före beslut och av korporativa inslag inte bara i den reflexiva kontexten utan dessutom i det organ som har att göra den slutliga avvägningen mellan parternas intressen, arbetsdomstolen.⁴⁷² Men det är inte enbart så att oförutsebarheten uppvägs av procedurala mekanismer. Det fungerar också omvänt. Oförutsebarheten uppmuntrar och skapar förutsättningar för en reell reflexiv diskurs.⁴⁷³

⁴⁷⁰ Hydén Rätten som förmedlare av goda värden 1989 s 48.

⁴⁷¹ Den diskussion som pågår om rättens tilltagande värdelöshet ger vid handen att så inte är fallet. Det finns dock undantag. Se Töllborgs framhävande av tingsrättslagmannens hantering av barnpornografifilmerna som ett exempel på att värdena de facto tar över. Töllborg Law as value 1997. Från arbetsrättens område skulle kunna nämnas AD 1983:137, där domstolen negligerade resultatet av den språkligt logiska tolkningen av en regel när resultatet uppenbarligen stod i strid med vad som utgjorde regelns ändamål.

⁴⁷² Torsten Sandström har en annan syn på betydelsen av förutsebarhet. Han menar att lagstiftaren genom att inte precisera saklig grund-regeln avhänder sig ansvaret till arbetsgivarnas förmån. (Jfr också Hydéns kritik mot termer som ”skäligh” etc i Rätten som strategi 1982 s 32.) Konklusionen av de motivuttalanden där detta anges blir således: ”Vi får m.a.o. klart besked. Lagstiftaren avhänder sig ansvaret för sanktionsanvändningens förutsättningar. Det är inte politiken utan ekonomin och produktionens krav som får styra rättsutvecklingen. Strävan efter legalitet och förutsebarhet för den anställda förvandlas till en tvångströja för den som fattar beslut om sanktion”. Sandström, Torsten Privatjustis mot anställda 1979 s 69. En mer nyanserad kritik av ”styringsjussen” jämfört med ”rettsikkerhetsjussen” återfinns hos Mathiesen i Retfærd nr 28 s 12ff. Av Mathiesens kritik kan utläsas att han anser de olika formerna inte vara utbytbara; rettsikkerhetsjussen har främst en defensiv prägel. Inlägget från Mathiesen kom vid tiden för diskussionen om möjligheterna att använda rätten som instrument för social förändring, något bl a Mathiesen ställde sig mycket tveksam till. En progressiv öppen regel har också en stark ideologisk funktion i det att det skapar falska verklighetsbilder. Se Töllborgs kritik mot Eriksson i Att ersätta en ideologi med en annan 1982. Jfr också Hydén Rättens samhällsliga funktioner 1978 bl a 371 om interventionens ideologiska funktion. Jfr också Dalberg-Larsens återgivning av kritiken från Steincke, Retfærd nr 56 1992 s 43. Dalberg-Larsen påvisar också att helt olika motiv legat bakom ”regelanhängarnas” ståndpunkter.

⁴⁷³ Oförutsebarheten har också förutsättningar att stimulera förlikningar i de tvisteförhandlingar som förs efter det att uppsägning skett. Detta uppmuntrar icke-rättslig argumentation.

Med utgångspunkt i en rättsrealistisk syn på rättens mekanismer och betydelsen i detta hänseende av att rätten står i överensstämmelse med rådande samhällsliga värderingar är det förvånande att Lundstedt anser att det är i överensstämmelse med samhällsnyttan att en domstol tillämpar en klar och tydlig lag även när så inte är fallet.⁴⁷⁴ Här förefaller emellertid mästaren själv - Hägerström - vara av annan uppfattning.⁴⁷⁵ Lundstedt överbetonar enligt min uppfattning betydelsen av förutsebarhet eller också kan hans ståndpunkt förklaras som ett allmänt uttryck för att demokratiskt fattade beslut inte skall åsidosättas av domstolar. Gränsen mellan rättslig och politisk argumentation är såvitt angår argumentens innehåll särskilt vag då vi rör oss med intresseavvägningsnormer. Här tillåts typiskt politiska argument bli rättsliga. Förutsebarheten eller den formella rättssäkerheten har därför naturligtvis också en demokratisk aspekt.⁴⁷⁶ Demokratiargumentet består främst i att det är de demokratiska organen och inte domstolarna som skall fatta de politiska besluten. Genom konkretiserad reglering i kombination med en normrationell argumentationsmodell kan detta krav tillgodoses. Men detta kan inte vara något argument när de politiska beslutsfattarna öppet överlämnat den individuella tvistelösningen till de rättstillämpande organen p g a att generaliserade lösningar inte är lämpliga. Demokratiargumentet är ett principiellt ställningstagande *för* konkreta pliktnormer som lagregleringsform. Politik skulle ju kunna sägas bestå av generella intresseavvägningar, utgöra "ett slags intresseadministration".⁴⁷⁷ När politikerna skapat en regel avsedd för individuella ställningstaganden har de medvetet avstått från att fatta det sedvanligt politiska intresseavvägningsbeslutet. Så länge domstolarna följer uppgiften och inte skapar generella normer ser jag intet avgörande demokratiskt problem i en sådan ordning, alldeles särskilt inte när det rör sig om en skyddslagstiftning. Om emellertid domstolen generaliserar sitt normskapande, då påtar de sig en realpolitisk roll som ligger utom dess mandat. Saken blir inte mindre problematisk genom det förhållandet att de områden vari avvägningarnor vanligen förekommer dessutom i regel är politiskt

⁴⁷⁴ Lundstedt Grundlinjer i skadeståndsrätten 1944 s 569.

⁴⁷⁵ Hägerström Till frågan om begreppet gällande rätt 1931 s 87. Se också ovan avsnitt 1.3.2.1.

⁴⁷⁶ Se t ex Hydén Rätten som förmedlare av goda värden 1989 s 47, jfr densamme Demokrati och rätt 1991.

⁴⁷⁷ Eriksson Rätt och intressen 1993 s 80.

kontroversiella.⁴⁷⁸ Därtill kommer att förhållandet blir än mer problematiskt om ställningstagandet får formen av ett fastställande av något som redan gäller och inte av ett öppet ställningstagande till det ena eller andra intresset.

Lika fall skall behandlas lika är en rättsstatlig föreställning. Motsvarigheten i välfärdsmodellen bör då vara att olika fall skall behandlas olika.⁴⁷⁹ Detta kan vara till hjälp vid avgörandet av hur man bör hantera en konkret tvist. Det normrationella utmärks av att man söker likheterna, medan intresseavvägningsmodellens karaktäristika är sökandet efter olikheter.

4.4.4 Saklig grundregelns karaktär

Såväl ett schabloniserat som ett formalistiskt synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund präglas av subsumtionslogisk (normrationell) argumentation. Jag kommer i detta avsnitt att ifrågasätta om inte detta står i strid med normtypens grundläggande idé.

Bland dem som uttalat sig om saklig grundregelns karaktär tycks meningarna vara delade om hur den skall klassificeras. Såväl Sigeman⁴⁸⁰ som Källström⁴⁸¹ betraktar 7 § som en avvägningsnorm. Däremot inte

⁴⁷⁸ Man måste här skilja mellan vad jag kallar rekvisitskapande och det successiva framväxandet av avvägningsrelevanta faktorer. Jfr Sundbys retningslinjer. (Eckhoff/Sundby påvisar släktskapet mellan retningslinjer och topos (Rettssystemer 1991 s 112 ff). Jfr Håkan Andersson Skyddsändamål och adekvans 1993 och Topisk retorik inom juridiken 1994.) Skillnaden mellan rekvisitskapande och fastställande av avvägningsfaktorer är att det sistnämnda inte förändrar normens karaktär av avvägningsnorm. Som exempel på en positiv avvägningsfaktor är att anställningstidens längd har relevans vid bedömningen av om en uppsägning är sakligt grundad och på en negativ, att regionala arbetslöshetssiffror inte skall tillmätas vikt vid bedömningen. Det rör sig istället om att man s a s rättsskapar på den nivå där normens karaktär fastställs, dvs där det även beträffande avvägningsnormer är legitimt att ägna sig åt tolkning i traditionell mening. En avvägningsfaktor är således, på motsvarande sätt som anvisningar om vilka intressen som skall vägas, en del av avvägningsnormen och kan mycket väl framgå redan av lagtexten. Jfr Eckhoff/Sundby Rettssystemer 1991 s 110.

⁴⁷⁹ Jfr Wilhelmsson Need-rationality in Private Law 1989 s 225 och Schlytter Barnomsorg och ramlag 1987 s 30 ff m hänv.

⁴⁸⁰ Sigeman Är arbetsdomstolen egentligen en riktig domstol? JT 1989/90 s 203. Sigeman definierar här avvägningsnormen med hjälp av Eckhoff/Sundby, ”dvs normer som innebär att avgörandena skall träffas efter avvägning av motstående intressen efter riktlinjer som styr bedömningen i viss riktning utan att innefatta distinkta direktiv”. Se också Sigeman i Schmidt Löntagarrätt 1994 s 18-19.

⁴⁸¹ Bl a Alkoholpolitik 1992 s 78-79.

Hydén⁴⁸² och Henning.⁴⁸³ De sistnämndas hållning kan möjligen förklaras med deras syn på det begränsade utrymmet för reella avvägningar mot bakgrund av relationen till djupjustifieringsnivån. I Hydéns karaktäristik ingår därtill en hänvisning till hur domstolen faktiskt hanterat regeln. Kombinationen av motivuttalanden och domstolens tillämpning gör enligt Hydén att vi idag har ”en ganska god grund att stå på för ställningstaganden till om en viss företeelse skall betraktas som saklig grund eller inte.”⁴⁸⁴ Sigeman framhåller att saklig grund-regeln genom domstolens insatser ”undergått vad man kan kalla en rationalisering på så sätt att i praxis skilda typfall numera kan urskiljas som ger ledning för den praktiska tillämpningen.”⁴⁸⁵

Att uppfattningen om regelns karaktär går isär bottnar också i olika definitioner av respektive normtyp. Om vi emellertid tar utgångspunkt i att lagstiftning utgör en sorts politisk intresseadministration står det dock klart att intresseavvägningen inte skett redan genom lagregelns utformning. Att regeln innehåller en avvägningsmarkör som ger oss skäl att åtminstone ifrågasätta lämpligheten av en normrationell argumentationsmodell förutsätter jag vara okontroversiellt.⁴⁸⁶ Någon subsumtion i klassisk mening enbart med utgångspunkt i lagtextens språkliga utformning kan det inte bli fråga om. Den konkreta intresseavvägningen måste därför ske på rättstillämpningsstadiet. Vilkas intressen som skall vägas är uppenbart och det som behövs för att på ett ändamålsenligt sätt

⁴⁸² Hydén betraktar tydligen saklig grund-regeln som hörandes till det rättsstatliga, om än som en generalklausul. (Rätten som förmedlare av goda värden 1989 s 46). I detta arbete synes denna klassificering bero på att Hydén som en viktig gränslinje mellan rättsstatligt och välfärdsstatligt tar utgångspunkt i hur rättigheter regleras och att de i den rättsstatliga modellen ges direkt till individen medan de i den välfärdsstatliga modellen går via en myndighet (motsv). Jag menar att det intressanta är hur man i de olika skeendena behandlar samma typer av frågor. De myndighetsrelaterade rättigheterna rör ju sådana frågor som är specifikt välfärdsstatliga. Hydén betraktar i enlighet med sin definition barnbidragsregeln som en (rättsstatlig) pliktnorm. Se också Hydén, Ramlagstiftning inom arbetsrätten 1983 s 220, där han karakteriserar 7 § LAS som en ”generalklausul som i sin normativa formulering är fullständig”.

⁴⁸³ Henning beskriver uttryckligen saklig grund-regeln som ”en pliktnorm av materiellt slag”. Tidsbegränsad anställning 1984 s 32.

⁴⁸⁴ Rätten som förmedlare av goda värden 1989 s 46.

⁴⁸⁵ Sigeman i JT 1989/90 s 203.

⁴⁸⁶ Ett annat sätt att bestämma att det rör sig om en avvägningsnorm skulle kunna sägas vara att *frågan om regeln är tillämplig aldrig kan uppkomma* (annat än i den meningen att undantaget i 1 § kan vara aktuellt eller att det ifrågasätts om uppsägning verkligen har skett). Jfr Graver Norms and decisions 1988 s 50.

kunna tillämpa regeln återfinns redan i uttrycket saklig grund. Mer än så behöver det rättsliga systemet inte tillhandahålla.

Frågan är då om saklig grund-regeln ändå kan sägas ge uttryck för någon sorts flexibilisering av det konditionala programmet och att successiv konkretisering i form av generellt normskapande på rättstillämpningsnivån är det man avsett att åstadkomma. Om vi beaktar de skäl som i motiven angavs till varför man avstod från att konkretisera saklig grund-begreppet framgår, som framhållits ovan, med all önskvärd tydlighet att skälet till att man inte preciserat begreppet saklig grund är att det alltid är nödvändigt att göra en avvägning av motstående intressen mot bakgrund av förhållandena i varje enskilt fall.⁴⁸⁷ Detta om det manifesta skälet. Att i rättstillämpningen skapa generella normer för den framtida tillämpningen synes oförenlig med en sådan lagstiftarens inställning och alldeles särskilt om det tar sig uttryck i en rent juridisk/teknisk inriktning på frågan huruvida arbetsbrist föreligger så att saklig grund-prövningen i praktiken kommer att vara inriktad på om omplaceringsskyldigheten, vilken för övrigt även den teknifierats i arbetsbristsituationer, fullgjorts.

Såsom jag framställt bilden av domstolens hantering av arbetsbristsituationer kan det ge intryck av att jag därmed avsett att kontrastera mot vad som gäller vid personliga förhållanden. Detta har inte varit min avsikt men utan att ha företagit motsvarande djupstudier av personliga uppsägningsfall är det ändå min uppfattning att det föreligger en tydlig skillnad. Om vi återknyter till frågan om var tolkning kommer in i bilden, skulle det kunna sägas innebära att domstolen i de personliga fallen tolkar regeln som att det skall ske en avvägning *i tillämpningen* medan man i arbetsbristfallen gör avvägningen redan i tolkningen av regeln.⁴⁸⁸ Men frågan är om det verkligen är någon större skillnad mellan domstolens hantering av personliga fall och verksamhetsfall. Innan jag går in på denna fråga kan det dock vara på sin plats med ett citat från en AD-dom som visar att domstolen tar avstånd från en tillämpning som inte beaktar förhållandena i det individuella fallet. Kanske är det signifikativt att arbetsdomstolen kan ha den tillämpning den har vid verksamhetsrelaterade fall samtidigt som den beträffande *samma regel* kan göra följande uttalande:⁴⁸⁹

⁴⁸⁷ Det bör framhållas att man därtill säger att man inte önskar låsa rättsutvecklingen, prop 1973:129 s 120, citerat ovan avsnitt 3.3.4.3. Motiven till 1982 års lag bekräftar att det är det förstnämnda som är det primära.

⁴⁸⁸ Jfr Eckhoff/Sundby.

⁴⁸⁹ Ur AD 1984:9.

”Vid prövningen av huruvida Lars' narkotikahantering utgjort saklig grund för att säga upp honom från hans anställning bör först framhållas följande. Arbetsgivarparterna har i sin argumentation i uppsägningsfrågan i största utsträckning behandlat Erik och Lars i ett sammanhang och synes inte ha tänkt sig att det skulle föreligga skäl att göra åtskillnad mellan de båda arbetstagarna. Domstolen kan inte dela detta synsätt. För sakliggrundprövningen enligt anställningsskyddslagen - såväl den nu gällande lagen som äldre lag - är utmärkande att samtliga omständigheter skall väga samman till en helhetssyn. Saken har brukat uttryckas så att en nyanserad bedömning skall göras. *Ur denna synvinkel är det främmande att så att säga sätta en enda etikett på en företeelse och låta detta bli avgörande för utgången.*”⁴⁹⁰

Vid den tidpunkt detta uttalande gjordes, 1984, var det schabloniserade synsättet på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund redan etablerat. Det domstolen här tar direkt avstånd från kan därför sägas vara det den gör sig skyldig till när den applicerar ett schabloniserat synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund.⁴⁹¹ Även om målet inte ger uttryck för en intresseavvägning visar det dock att ett schabloniserat synsätt är domstolen främmande vid personliga förhållanden.

Källström menar att den skarpa distinktionen mellan arbetsbrist och personliga förhållanden som ofta görs vid beskrivningen av rättsläget är överdriven och menar det vara sällan som det görs någon reell intresseavvägning ens vid personliga förhållanden.⁴⁹² Även om jag menar att Källström har en relativt snäv syn på vad en intresseavvägning i dessa sammanhang består i, vilket bl a tar sig uttryck i att han skiljer mellan att det skall föreligga godtagbara skäl och att det skall ske en intresseav-

⁴⁹⁰ Min kursivering. Jfr avståndstagandet från kollektivt ansvar i AD 1997:57. Se också AD 1984:141, som rörde tillämpningen av andra stycket i 7 § och som domstolen borde ta till sig även vid tillämpningen av första stycket såvitt gäller icke-personliga förhållanden: ”Föreskrifterna i 7 § andra stycket anställningsskyddslagen om arbetsgivarens omplaceringsskyldighet är som tidigare anförts begränsad genom att kravet på omplacering skall framstå som skäligt. I de flesta fall innebär ett i en lagregel intaget skälighetsrekvisit att tillämpningen blir beroende av omständigheterna i det särskilda fallet. Mot bakgrund av den ståndpunkt som landstinget intagit i målet finner arbetsdomstolen emellertid anledning att ställa sig frågan om det skälighetsrekvisit som intagits i 7 § andra stycket anställningsskyddslagen skall tolkas så att det för vissa situationer medför att en arbetsgivares omplaceringsskyldighet har en absolut gräns som är oberoende av omständigheterna i det enskilda fallet.” Man fann så inte vara fallet. (Intressant är emellertid att domstolen istället resonerar sig fram till en annan generaliserbar princip som förefaller gå stick i stäv med vad den inleder resonemanget med.)

⁴⁹¹ För att inte tala om vad som är fallet när man använder ett kontradiktoriskt arbetsbristbegrepp.

⁴⁹² Schmidt Löntagarrätt 1994 s 191-92 och Källström Alkoholpolitik 1992 bl a s 83.

vägning, finns det ingen anledning att ifrågasätta hans ståndpunkt.⁴⁹³ Det är också min uppfattning att domstolen strävar efter att finna stöd i tidigare rättstillämpning på ett sätt som ger vid handen att den laborerar med någon sorts rekvisit eller generaliserade rättsatser.⁴⁹⁴

Det Källström förefaller bygga sina iakttagelser på är - som han också framhåller - att ett kontraktsrättsligt perspektiv präglar tillämpningen och att saklig grund-regeln följaktligen kan uppfattas som en sanktionsregel.⁴⁹⁵ Här finns det säkert skäl att hävda att domstolens prövningar är av mer schablonartad karaktär. Men alltjämt kvarstår de fall, vilka även Källström framhåller som sådana där reella intresseavvägningar förekommer, där sanktionstänkandet inte förefaller adekvat. Detta innebär att arbetsbristfallen och dessa situationer har det gemensamt att saklig grund-regeln inte är en sanktionsnorm.⁴⁹⁶ Det skulle t o m kunna sägas vara så att de största likheterna föreligger mellan arbetsbristfallen och de personligt relaterade förhållanden där domstolen uppställer hårdast krav och i regel låter avvägningen utfalla till arbetstagarsidans fördel. Jag åsyftar grunder som rör sjukdom, nedsatt arbetsförmåga etc. Det är betydligt lättare att göra sig av med anställda när de ekonomiska skälen är väsentligt mer medelbara, såsom vid brottslighet, grov misskötsamhet etc och där det snarast är frågan om att arbetsgivarens maktposition eller auktoritet är hotad.

Även om det finns fog för påståendet att de principiella skillnaderna mellan hanteringen av arbetsbrist och personliga förhållanden är överdriven är det ändå uppenbart att det är en väsentlig skillnad i hur domstolen ser på sin uppgift i de olika situationerna. Oavsett om man väljer att beteckna det "intresseavvägning" är det i vart fall ställt utom tvivel att domstolen i de personliga fallen gör reella saklig grund-prövningar.

⁴⁹³ Det bör för övrigt framhållas att den kritik jag riktat mot arbetsdomstolens hantering av arbetsbristuppsägningar inte påverkas av att det skulle visa sig att domstolen generellt använder saklig grund-regeln som en plikt-norm. Vi bör ju också ha i minne att Källström själv uppfattar och framställer regeln som en intresseavvägningsnorm.

⁴⁹⁴ Se exempelvis hur man resonerar i fall av nedsatt arbetsförmåga och där det förhållandet att en arbetstagare "inte längre kan utföra något arbete av betydelse för arbetsgivaren" (AD 1997:115) framställs som ett undantag från en tänkt huvudregel om att sjukdom inte är saklig grund för uppsägning. I AD 1998:57 talar man t o m om "ett principiellt förbud för arbetsgivare att säga upp arbetstagare på grund av sjukdom och att en sådan uppsägning bara kan godtas om läget är det att arbetstagaren inte kan anses fullgöra arbete av någon betydelse för arbetsgivaren".

⁴⁹⁵ Se om saklig grund-regeln som en sanktionsnorm, exempelvis Sigeman i Schmidt Löntagarrätt 1994 s 33. Jfr Flodgren m fl Arbetsrätt 1981 s 196-97.

⁴⁹⁶ Återigen får vi då ett fall där arbetsbrist och vissa personliga förhållanden har mer gemensamt än de personliga fallen inbördes.

Man kan då fråga sig om det mot bakgrund av de skäl som föranledde regelns införande finns anledning att göra en åtskillnad.

Det hävdas emellanåt att syftet med saklig grund-regeln är att skapa ett skydd mot godtyckliga uppsägningar.⁴⁹⁷ Detta är ett alltför snävt betraktelsesätt. Icke-godtycklighet som någon sorts utgångspunkt för vad som är sakligt stämmer härtill föga överens med hur arbetsdomstolen tillämpat regeln. Det kan knappast påstås, för att ta ett par exempel, att en arbetsgivare som säger upp en anställd sedan han efter stora ansträngningar försökt komma till rätta med dennes alkoholproblem⁴⁹⁸ eller p g a att den anställda kommit för sent 110 gånger⁴⁹⁹ osv handlat godtyckligt och att det är därför domstolen ogiltigförklarar uppsägningen. Det är uppenbart att det vid personligt relaterade uppsägningsgrunder inte är tillräckligt att arbetsgivaren *inte* är godtycklig för att saklig grund skall föreligga. Emedan ändamålet således inte enbart uppfattats vara att stävja godtycke kan man heller inte med hänvisning till detta göra någon principiell åtskillnad mellan personliga förhållanden och arbetsbrist. Men det är detta domstolen i realiteten gör när den utgår från att verksamhetsrelaterade uppsägningar är sakligt grundade försåvitt det inte föreligger något ovidkommande skäl. Även i de verksamhetsrelaterade fallen måste man ställa högre krav än att det skall röra sig om icke-godtycke. Även här måste en avvägning av förhållandena i det enskilda fallet ske för att man skall kunna avgöra om uppsägningen är *saklig*, låt vara att denna oftast bör utfalla till arbetsgivarens fördel då de åberopade förhållandena utgörs av verklig arbetsbrist, ekonomiska problem etc. Något principiellt annat än att brottslighet, våldsutövande, grov misskötsamhet, illojalitet etc också i regel bör leda till att intresseavvägningen sker till arbetsgivarens fördel är det emellertid inte. Jag menar dessutom att det finns ett samband mellan föreställningarna om utrymmet för att säga upp p g a personliga förhållanden respektive arbetsbrist som verkar destruktivt. Nuvarande rättstillämpning synes också i praktiken innebära att det är lättare för en arbetstagare att nå framgång i en tvist om denne misskött sig och kan påvisa detta mot en uppsägning som av arbetsgivaren påstås ha skett p g a arbetsbrist, än för en anställd som skött sig och bara menar att den åberopade (verksamhetsrelaterade) uppsägningsgrunden inte är saklig.

⁴⁹⁷ Jfr Malmberg Anställningsavtalet 1997 s 351, Källström i SvJT 1986 och i förbigående i motiven. Jfr också ovan avsnitt 3.3.5.2.

⁴⁹⁸ Exempelvis AD 1978:139.

⁴⁹⁹ AD 1981:111.

I de fall domstolen ogiltigförklarar en uppsägning med hänvisning till nedsatt arbetsförmåga, sjukdom etc sker detta trots att det otvistigt är fråga om en situation där arbetsgivaren får bära, inte enbart ett socialt utan också ett ekonomiskt ansvar. Det är ju också de ekonomiska skälen som här är de avgörande för att arbetsgivaren säger upp den anställda.⁵⁰⁰ Jag har mycket svårt att se varför inte arbetsgivaren skulle kunna åläggas ett sådant ansvar även i situationer då de ekonomiska argumenten inte är riktade mot någons person. Det socialt och ekonomiskt betingade intresset av anställningstrygghet är knappast mindre bara för att arbetsgivarens ekonomiska intresse inte är relaterad till den berördes person.

Mot bakgrund av att arbetsgivarens intresse av att säga upp anställda bottnar i samma förhållanden vid såväl åtskilliga fall av personliga förhållanden som vid arbetsbrist finns det heller intet skäl att låta göra en tudelning mellan ändamålen beträffande de olika typfallen. Det rör sig om en uppdelning som är användbar vad beträffar andra rättsverkningar men som inte i sak skiljer sig åt när det gäller den avgörande frågan om hur man skall bedöma frågan om saklig grund.

Vad gäller frågan om betydelsen av förutsebarhet för att regelns ändamål bäst skall kunna förverkligas är det min bestämda uppfattning att oförutsebarhet är bättre ägnat att uppfylla kraven. Samma uppfattning kommer till uttryck hos Källström:

”Genom att lagstiftaren delegerar till domstolarna att närmare precisera innehållet i begreppet saklig grund skapas en osäkerhet i fråga om vilka omständigheter som kan leda till att en arbetstagare förlorar sin anställning. En omständighet som i ett fall utgör saklig grund för uppsägning anses i ett annat sammanhang inte vara ett tillräckligt skäl att skilja arbetstagaren från anställningen. Detta tvingar arbetsgivaren att noggrant utreda omständigheterna i varje enskilt uppsägningsfall och dessutom samråda med motparten. *Detta ligger helt i linje med anställningsskyddsregleringens grundläggande syfte.* Rättsreglerna syftar till att framtvinga ett riktigt och relevant underlag för arbetsgivarens uppsägningsbeslut. Arbetsgivaren förutsätts också genom skyldigheten att samråda också ta rimliga hänsyn till de omständigheter som åberopas av arbetstagarne.”⁵⁰¹

⁵⁰⁰ Jfr Källström Alkoholpolitik 1992 s 83. Vi erinrar oss också det märkliga uttalandet i Thornmålet (AD 1993:61) om att ekonomiska skäl inte kan prövas om det är enbart är ekonomiska skäl som läggs till grund för en uppsägning. Jfr också Schmidt Löntagarrätt 1978 s 108-109 och Flodgren m fl Arbetsrätt 1981 s 196-97.

⁵⁰¹ Källström Alkoholpolitik 1992 s 79-80. Min kursivering.

Även om Källström här har de personliga uppsägningsfallen i åtanke har uttalandena generell bäring och det är väsentligt att notera den sammankoppling Källström gör mellan oförutsebarhet och vad som skulle kunna kallas en teubnersk reflexiv diskurs.⁵⁰² På motsvarande sätt som Wilhelmsson menar att oförutsebarhet kan bidra till att näringsidkare inte avstår från att ingå avtal menar jag att den bidrar till att en arbetsgivare inte säger upp anställda.⁵⁰³ Jag menar också att det finns empiriskt stöd för att 7 § LAS visar att oförutsebarhet inte är något som missgynnar svag part. Tillämpningen av 7 § på personliga förhållanden och särskilt föreställningarna härom gör att det finns anledning att anta att arbetsgivare drar sig för att säga upp anställda.

Det är den förutsebarhet som domstolen skapat i arbetsbristfallen som också kan förklara de märkliga konstruktioner man kan stöta på under namn av arbetsbristuppsägningar och den skenargumentation som tilltagit under senare år. Ett alternativ till det valda regleringssättet hade varit att redan i lagtexten ha företagit intresseavvägningen i form av konkreta bestämmelser om när uppsägning får ske (saklig grund skall anses föreligga).⁵⁰⁴ Som jag framhållit ovan har man uttryckligen angivit varför man inte valt detta alternativ. En positiv reglering av vad som är saklig grund för uppsägning skulle kunna sägas vara till fördel för arbetstagarna i den meningen att de då vet vad de inte får göra.⁵⁰⁵ Under inga förhållanden kan emellertid detta anföras beträffande arbetsbrist eftersom detta inte är något arbetstagaren själv kan påverka. Med hänsyn till att det rör sig om en anställningsskyddslag kan därför inte den

⁵⁰² 1992 års arbetsrättskommittés ställningstagande till behovet av att precisera saklig grund-regeln framstår i detta sammanhang som anmärkningsvärt analyslöst: "Det kan inte gagna någon att det råder osäkerhet i frågan om en uppsägning kan ske i en viss situation eller inte", SOU 1993:32 s 382. Jfr också s 778 och 779 där man åberopar rätts-säkerhetsskäl till stöd för en precisering av vad som utgör saklig grund. Det bör dock framhållas att man samtidigt inser den risk som detta innebär för motsatsslut etc.

⁵⁰³ Om behovet av oförutsebarhet och poängen häri uttrycker sig Wilhelmsson sålunda: "Ju mer oklar avgränsningen av gruppen är och ju mer oförutsebart de särskilda rätts-följdernas inträde är desto svårare har den 'finansierande' parten att undvika avtalsrela-tioner, i vilka en behovsorienterad rättstillämpning kommer i fråga." Social civilrätt 1987 s 159. Se Sandgrens synpunkter härpå i JT 1992/93 s 652.

⁵⁰⁴ Jfr förslaget till ändring av saklig grund-regeln i SOU 1993:32. Jfr också reglering-en inom hyresrätten, JB 12:46.

⁵⁰⁵ Detta menar jag dock knappast vara ändamålsenligt p g a att positiva bestämmingar inte kan vara uttömmande och lätt tolkas motsatsvis och att de generellt kan antas leda till formalistiskt inriktad argumentation. (Jfr SOU 1993:32 s 778-79, berört strax här ovan.) Motsvarande synpunkter drabbar en negativ reglering av finsk modell.

förutsebarhet domstolen skapat för arbetsbristuppsägningar vara något som är ägnat att trygga reglernas funktion.

Ju längre det rättsliga handlingssystemets aktörer går i sina strävanden efter att skapa generella normer som underlättar en subsumtionslogiskt präglad justifiering desto större är risken att detta synsätt också kommer att prägla de intuitiva ställningstagandena till om något är sakligt eller inte. Det blir svårt att återvända. Om man lät intressenas ordning, ”som är passionernas ordning,”⁵⁰⁶ styra även justifieringsstadiet skulle utrymmet för framtida formalism minimeras och därmed skulle heller inte demokratiargumentet kunna användas mot att domstolarna svarar för den generella normbildningen.

Även om skälet till att man avstod från att positivt ange att arbetsbrist – eller hur man nu skulle ha formulerat det – är saklig grund var att domstolen i det konkreta fallet skulle kunna pröva om *arbetsgivaren* verkligen beaktat arbetstagarnas intressen genom att undersöka om denne gjort allt som stått i hans makt för att söka genomföra verksamhetsförändringen utan uppsägningar har ändå den efterhand tilltagande formalistiska inriktningen på frågan huruvida arbetsbrist i någon mening föreligger (eller sökandet efter illegitima motiv) lett till att sådana prövningar inte gjorts. Den subsumtionslogiska argumentationen i kombination med föreställningen om en begränsad prövningsrätt omöjliggör en sådan prövning.

Sammanfattningsvis är det min bestämda uppfattning att realiserandet av saklig grund-regelns grundläggande värden kräver en intresseavvägningsmodell på tillämpningsstadiet. Ett annat sätt att uttrycka detta är att arbetsdomstolen i (vart fall i) arbetsbristfallen använder en *subsumtionslogisk argumentationsmodell på en avvägningsnorm*.

Genom att ta intresseavvägningsnormens uppgift på allvar och pröva sakligheten i varje enskilt fall skulle det vara möjligt att åstadkomma motsvarande oförutsebarhet som präglar de personliga uppsägningsfallen. Detta skulle innebära att det gavs utrymme för en reell diskurs på förhandlingsstadiet. En poäng är också att det, i enlighet med vad i föregående avsnitt sagts om företagsledningsrättens karaktär, inte erfordras någon förändring av någon nu gällande positiv rättsregel för att åstadkomma detta resultat. Om saklig grund-regeln tillämpas på sådant sätt att domstolen anser sig kunna ifrågasätta arbetsbristuppsägningar innebär det endast att den tillämpar *det på rättsordningsnivån tillhan-*

⁵⁰⁶ Eriksson Rätt och intressen 1993 s 82.

dahållna undantaget från den rättsystematiska utgångspunkten om arbetsgivarens bestämmanderätt.

4.4.5 Anställningsskyddsrättsliga interventionsformer

Definierar man intervenerande regler i enlighet med Hydén som regleringar i syfte att rätta till intersystemkonflikter kan det hävdas att det arbetsrättsliga fältets skyddsregler generellt är av det slaget.⁵⁰⁷ Anställningsskyddsregleringen skulle kunna sägas stå i intersystemkonfliktens centrum. Parternas intressen är i grunden olika. Det ekonomiska handlingssystemet står mot det sociala.⁵⁰⁸ Det är dock väsentligt att poängtera att denna karaktäristik inte träffar all arbetsrättslig reglering. Det jag i tidigare arbeten kallat kollektiva spelregler,⁵⁰⁹ dvs de klassiska reglerna som rör arbetsmarknadsparternas självreglering,⁵¹⁰ är snarast av konstituerande karaktär. Man måste ha dessa skillnader klart för sig för att förstå regleringens olika funktioner. Förändringar av de kollektiva spelreglerna kan förrycka hela den kollektiva självregleringen medan förändringar av de intervenerande normerna alls inte behöver få motsvarande konsekvenser.

Med en kombination av Teubners trestegsmodell och Hydéns funktionellt systemrelaterade uppdelning av normtyper och därmed sammanhängande argumentationsmodeller kan vi inom ramen för anställningsskyddsregleringen finna följande olika typer:⁵¹¹

rättsstatliga	formella	pliktnormer
välfärdsstatliga	materiella	avvägningsnormer
postvälfärdsstatliga	reflexiva	procedurnormer

Om man betraktar politisk lagstiftning som intresseadministration kan vi se hur detta hanteras på olika sätt i de olika formerna. Beträffande pliktnormen sker intresseavvägningen redan på lagstiftningsnivån. Genom avvägningsnormen skapas ramar för rättstillämpningen men den konkreta intresseavvägningen överläts till denna. Procedurnormen in-

⁵⁰⁷ Jfr Hydén Ram eller lag 1984 s 53 och i Retfærd nr 30 1985 s 13.

⁵⁰⁸ Jfr Edström, MBL och utvecklingsavtalet 1994 bl a s 226, som använder sig av Hydéns modell.

⁵⁰⁹ Se Glavå/Töllborg Arbetsrätt 1990.

⁵¹⁰ Hit hänför jag föreningsrätten, den allmänna förhandlingsrätten samt reglerna om kollektivavtal och stridsåtgärder/fredsplikt.

⁵¹¹ Jfr Hydén Ram eller lag 1984 s 54.

nebär att det skapas ett instrument för de berörda parterna att själva hantera intressekonflikterna.⁵¹²

Till pliktnormerna hör då huvudregeln om tillsvidareanställning och begränsningen av tillåtligheten av tidsbegränsade anställningar. Vidare turordningsreglerna och reglerna om företrädesrätt till återanställning. Bland avvägningsnormer återfinns saklig grundregeln i 1 st och den av skäligheten avhängiga omplaceringsskyldigheten i 2 st av 7 §. Till kategorin procedurregler hänför jag förhandlingsskyldigheten i 11-13 §§ MBL och reglerna om varsel i LAS.⁵¹³

Om vi då betraktar de s k arbetsbristfallen ser vi att rätten ”lägger sig i” allt mer konkret ju närmare individen och beslutens verkställighet vi kommer. Beträffande det för den fortsatta processen helt avgörande företagsledningsbeslutet lägger sig rätten alls inte i det materiella resultatet av de förhandlingar som procedurreglerna framtvingar. På saklig grund-stadiet är det endast skälighetsregeln i andra stycket som kommer till användning.⁵¹⁴ När det sedan gäller utpekandet av vem eller vilka som skall drabbas har vi (de i och för sig dispositiva) turordningsreglerna, som relativt konkret anger gränserna för arbetsgivarens friheter och domstolens handlingsutrymme.

De som förfäktar ett schabloniserat synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund menar som framgått att interventionen i dessa fall består dels av förhandlingsreglerna, dels av turordningsreglerna.⁵¹⁵ Det är då väsentligt att komma ihåg – vid sidan av att det förhandlingsreglerna till trots fortfarande är arbetsgivaren som bestämmer i företagsledningsfrågan – att interventionen här i själva verket sker på tre olika nivåer. Förhandlingsskyldigheten rör primärt det övergripande företagsledningsbeslutet, saklig grundregeln rör frågan om en (av flera

⁵¹² Åsyftas generell normbildning mellan aktörerna används istället konstituerande normer.

⁵¹³ Denna form är den som närmast visar släktskap med Teubners reflexiva rätt. Jfr Hellberg Patria Potestas - 90-talets arbetsrättsidé 1993 s 183ff. Jag kan dock inte hålla med om att LAS och annan arbetsrättslig lagstiftning generellt skulle vara av denna karaktär, se Hellberg Arbetsrätten som styrinstrument i arbetslivet 1991 s 219. Se också Hydén, Rätten som förmedlare av goda värden 1989 s 63, som dock framhåller att det saknas ett avgörande reflexivt moment; att parterna måste vara överens för att beslut skall kunna fattas, s 64. Förhandlingsinstrumentet ”är i sin grundstruktur sådant att det uppfyller den reflexiva rättens ideal”. Hydén Demokrati och rätt 1991 s 92.

Jfr debatten om förhandlingsskyldighetsreglernas i MBL överensstämmelse med EU-direktivet om kollektiva uppsägningar, nedan avsnitt 4.5.4.

⁵¹⁴ Det bör poängteras att det alltid anses skäligt i arbetsbristsammanhang varför den avgörande frågan blir om det finns omplaceringsskyldigheter.

⁵¹⁵ Jfr ovan avsnitt 4.2.3 om att det är så det legitimeras.

tänkbara många gånger) verkställighetsåtgärds saklighet medan turordningsreglerna kommer ytterligare ett steg längre fram i det att de handlar om det närmare genomförandet av verkställighetsåtgärden.

M h t att saklig grund regeln på ett rättsligt plan förändrat regeln om fri uppsägningsrätt innebär det följaktligen att den som anlägger ett schabloniserat synsätt i realiteten menar att regeln *inte är tillämplig* på arbetsbristuppsägningar.

4.4.6 Avslutning

Den subsumtionslogiska argumentationsmodellens totala dominans i juristutbildningen och överhuvud i praktisk juridisk tillämpning innefattar att man inte uppmärksammat att nya regleringsfunktioner och normtyper kräver nya argumentationsmodeller. I konfliktlösningsorgan som domineras av juridiskt tänkande finns det därför en påtaglig benägenhet att i största möjliga mån sträva efter att även avvägningsnormer kan bli föremål för subsumtionslogisk argumentation genom att efterhand formulera så konkreta rättsatser att de i praktiken fyller rekvisitets funktion. Det är (bl a) detta vi ser exempel på i arbetsdomstolens förhållningssätt till frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund. En subsumtionslogisk argumentationsmodell är starkt knuten till det *rättsstatliga* kravet på rättsäkerhet i betydelsen förutsebarhet. Beträffande den *välferdsstatliga* intresseavvägningsnormen är oförutsebarheten som sådan en av normens främsta syften och jag menar att detta inom arbetsrättens område inte i första hand är till arbetsgivarnas fördel.

Genom att man inte inser intresseavvägningsnormens funktion utökas mängden rättsliga fakta som måste beaktas efterhand som det formuleras generella principer till stöd för den fortsatta rättstillämpningen. Detta minskar i sin tur behovet av att inhämta föreställningar från andra idésystem och därigenom glider rättstillämpningen allt mer ifrån de värden lagstiftningen ursprungligen baserades på.

Man kan således säga att avvägningsnormen appellerar till normativ öppenhet även i justificationfasen. Ju tydligare handlingsföreställningar det rättsliga idésystemets framkallar desto mer kommer de också att präglade discoveryprocessen och därigenom att minska utrymmet för att hämta intryck utifrån. Ett schabloniserat synsätt motverkar således direkt utrymmet för en reell saklig grund-prövning. Jag menar följaktligen att tillämpningen står i strid med regelns funktion men under alla förhållanden är regeltypen det avgörande instrumentet i *det möjligas projekt*.

Det ligger i den rättsliga superstrukturens⁵¹⁶ väsen att jurister strävar efter att anpassa lagstiftarens nymodigheter i form av normuppbyggnad och liknande till det system som möjliggör tillämpningen av traditionell juridisk metod.⁵¹⁷ Eckhoff/ Sundby ger en förklaring till varför domstolar ofta döljer att de gör avvägningar.

”De nevnte tendenser hos jurister til å skjule for seg selv og andre at standpunkter til rettsspørsmål ofte er betinget av skjønsmessige avveininger, kan ha flere årsaker. Dels kan de ha sin rot i allmenmenneskelig lengsel etter sikkerhet. Og dels kan de betraktes som utslag av ønsker om å verne om rettstenkningens autonomi og rettens autoritet. For ved å tilsløre de skjønsmessige vurderinger markeres det at juss er noe annet enn politikk, og at rettsavgjørelser ikke er utslag av enkeltmenneskers preferanser. Det siste kan både bidra til å øke respekten for avgjørelsene og til å redusere det personlige ansvar for dem som har truffet avgjørelsene.”⁵¹⁸

Eriksson har påvisat svårigheterna med vad han kallar en ”rättslig intressediskurs”. Han talar om ”rättigheternas ordning, ”som är en rationell ordning” och intressernas ordning, ”som är passionernas ordning och där därför rättsliga argument inte är användbara”⁵¹⁹ och utvecklar detta.

”Det kan vara fruktbart att se den rättsliga intressediskursen som en *produktiv felläsning* av den politiska intressediskursen. Juridifieringen av politiska fenomen kan alltså ses som en förvrängning av den politiska och sociala verkligheten. De politiska intressena kommer nämligen såsom juridifierade begrepp att betraktas under den binära koden lagligt/olagligt; de inordnas i ett rationalitetsmönster som är dem främmande.

Den rättsliga intressediskursen berövar likväl inte rätten dess autonomi. Den är i stället den 'kanal' genom vilken politiken strömmar in i rätten. I den genomströmningsprocessen översätts de politiska intressena till det rättsliga språket, omtolkas och placeras i den Prokrustesbädd som juridiken en gång för alla är.”⁵²⁰

En förklaring till förrättsligandet av bedömningen i arbetsbristfall är obenägenheten att beakta att förhållandena faktiskt är olika från fall till fall. Att förhållandena skiljer sig åt är tydligare vid de personliga fallen och där menar jag att heterogeniteten i de argument som faller avgö-

⁵¹⁶ Mathiesen, Rätt, samhälle och politisk handling 1980 s 83ff.

⁵¹⁷ Jfr Eriksson Rätt och intressen 1993 s 88ff om skillnaderna mellan den politiska och rättsliga intressediskursen.

⁵¹⁸ Eckhoff/Sundby Rettssystemer 1991.

⁵¹⁹ Eriksson Rätt och intressen 1993 s 82.

⁵²⁰ Eriksson Rätt och intressen 1993 s 92.

rande också visar att man alltjämt hämtar argument från de andra idésystemen eftersom det rättsliga aldrig riktigt kan "sätta sig". Jag skall nu övergå till att kritisera synen på arbetsbristuppsägningars saklighet utifrån den uppfattningen att heterogeniteten i de verksamhetsrelaterade uppsägningsfallen måste tillmätas normativ relevans.

4.5 Heterogeniteten i de verksamhetsrelaterade uppsägningsgrunderna

4.5.1 Temat

Ett schabloniserat synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund innebär att domstolen normalt inte prövar de skäl som föranlett det beslut som enligt arbetsgivarens bedömning medför behov av uppsägningar.

Såsom framhållits vid flera tillfällen ovan har man i motiven till 1974 års anställningsskyddslag motiverat varför man inte önskar precisera vad som utgör saklig grund med att situationerna är så olika och att tidsaspekten gör att synen härpå kommer att växla och att det därför vare sig är möjligt eller önskvärt att göra någon precisering.⁵²¹ Dessa motivuttalanden är inte explicit relaterade till personliga uppsägningsgrunder⁵²² men i praktiken är det endast beträffande dessa som arbetsdomstolen tagit uttalandena till sig. Mot bakgrund av detta kan förevärande avsnitt bl a sägas ha till uppgift att – närmast på empirisk grund – påvisa att dessa uttalanden har normativ relevans även vid uppsägningsgrunder som är relaterade till verksamheten.

Om vi knyter an till föregående avsnitt där jag argumenterade för att saklig grund-regeln är en intresseavvägningsnorm skulle detta avsnitt kunna sägas ha till syfte att påvisa att det är möjligt att göra intresseavvägningar även i de verksamhetsrelaterade förhållandena. Det skulle kunna sägas bli fråga om en sorts inverterad bedömning jämfört med de personliga uppsägningsfallen. I dessa är det arbetstagarens individuella förhållanden och konsekvenserna av att han blir ställd utan arbete som är tänkt att vara ett väsentligt moment i intresseavvägningen medan arbetsgivarens intresse är s a s statiskt eller objektiverat.⁵²³ Den intresseavvägning som jag menar kan ske i de verksamhetsrelaterade fallen bygger på att man generaliserar eller objektiverar arbetstagarintresset till att avse den ekonomiska och sociala trygghet en anställning innebär samtidigt som man individualiserar de verksamhetsrelaterade situationerna med vissa riktlinjer för vilka faktorer som skall beaktas.

⁵²¹ Prop 1973:129 s 120, se ovan avsnitt 3.3.4.3.

⁵²² Se mitt resonemang kring detta ovan avsnitt 3.3.4.3.

⁵²³ Vilket inte utesluter att en väsentlig faktor är företagets storlek.

4.5.2 De verksamhetsrelaterade uppsägningarnas struktur och begreppet uppsägningsgrund

Vid en jämförelse finner man ett gemensamt drag hos flertalet av de verksamhetsrelaterade fallen som skiljer dem från de personrelaterade uppsägningsgrunderna. Detta består i att det mellan (den verkliga) bakgrunden och uppsägningsåtgärden finns ett objektiverbart företagsledningsbeslut. Denna struktur har kommit att döljas av det förhållandet att man i rättskällorna såsom uppsägningsgrunden betraktat inte skälet, dvs bakgrunden, till att man fattar ett beslut som i sitt genomförande innefattar uppsägningar, utan beslutet som sådant eller snarare effekten av det beslut som fattats. Som framgått av åtskilliga citat ovan är det således den arbetsbrist som är effekten av ett företagsledningsbeslut som också anses utgöra (den sakliga) grunden för efterföljande uppsägningar. En förklaring är att man inte tillräckligt beaktat att termen arbetsbrist betecknar olika begrepp. Man skiljer således inte mellan arbetsbrist som effekt av ett beslut om nedskärningar och verklig arbetsbrist som ett skäl till beslut om nedskärningar. Jag skulle vilja hävda att det sätt varpå man – medvetet eller omedvetet – valt att beskriva uppsägningsgrunden i sig låser utrymmet för en saklig prövning av skälen. Läger man uppsägningsgrunden på detta stadium blir det ju – i kombination med att man också betraktar allt som kan betecknas arbetsbrist som saklig grund – i praktiken så att det är arbetsgivarens beslut om att säga upp anställda som också gör uppsägningarna sakligt grundade. Samtidigt förklarar detta synsätt på vad som är uppsägningsgrunden att man behandlar arbetsbristuppsägningarna som homogena företeelser. Att det är det jag här kallar bakgrunden som är den relevanta uppsägningsgrunden visas av de principer AD angivit för s k fingerad arbetsbrist.⁵²⁴ Trots att arbetsgivaren formellt fattat ett företagsledningsbeslut går man tillbaka till skälet därtill och undersöker om det förelegat personliga förhållanden. Genom att tala om beslutet (eller dess effekter) som uppsägningsgrunden döljer man vad som i egentlig mening är skälet till att anställda sägs upp. Det bör poängteras att jag härvid inte påstår att domstolen inte skulle vara medveten om dessa distinktioner.⁵²⁵ Däremot be-

⁵²⁴ Även de principer som utvecklats kring fenomenet uppsägningar ”för säkerhets skull” visar att man beaktar det jag kallar bakgrunden. Vidare är de fall som rör omreglering av vederlagssidan sådana.

⁵²⁵ I SOU 1993:32 visar utredningen att den är medveten om att arbetsbristfallen är olika till sin innebörd och ifrågasätter om inte detta borde föranleda en differentiering i behandlingen av olika fall. Med hänvisning till att detta ytterligare skulle komplicera reglerna avstår man dock från att föreslå en sådan ordning. SOU 1993:32 s 475.

döms frågan om det bakomliggande förhållandet som – i regel – normativt irrelevant. Har en arbetsgivare fattat ett företagsledningsbeslut och gjort och redovisat sina bedömningar om att uppsägningar behövs, då bryr sig inte domstolen om varför arbetsgivaren fattat detta beslut för såvitt arbetstagsarsidan inte kan sannolikhöja att det verkliga skälet till beslutet är något ovidkommande skäl.

Om man delar upp förfarandet och generaliserar så är det genomgående draget i samband med s k arbetsbristuppsägningar⁵²⁶ att det

- 1) av vissa skäl (bakgrund)
- 2) fattas ett beslut (beslut),
- 3) som i genomförandestadiet medför (eller kan komma att medföra) uppsägningar (genomförande).

Det centrala i distinktionen mellan de verksamhetsrelaterade fallen och de personligt relaterade fallen är det mellanliggande beslutet. Vid personliga förhållanden är bakgrunden den direkta orsaken till uppsägningen. I de verksamhetsrelaterade fallen föranleder bakgrunden ett beslut som sedan verkställs (bl a) genom uppsägningar. Skillnaden ligger i att det utmärkande för en uppsägning av personliga skäl är att de problem (bakgrunden till) som föranleder uppsägning endast kan lösas genom att en utpekad (eller i förekommande fall flera utpekade) individ(er) sägs upp.⁵²⁷ Eftersom bakgrunden pekar ut individen behövs inget mellanliggande beslut, vilket däremot är nödvändigt vid verksamhetsrelaterade förhållanden eftersom det då formellt aldrig kan vara så att bakgrunden pekar ut individen. Föreligger verklig arbetsbrist och arbetsgivaren bara har en anställd så är det ändå inte individen utan funktionen, vilken principiellt skulle kunna innehas av vem som helst, som pekas ut.⁵²⁸

Ibland finns heller inget formellt mellanliggande beslut - ekonomiska problem eller verklig arbetsbrist medför att anställda sägs upp. I de fall där det verkligen är verksamhetsrelaterade förhållanden som ligger

⁵²⁶ Med s k *arbetsbristuppsägningar* avses här uppsägningar som sker under beteckningen arbetsbrist eller motsvarande. Med hänsyn till att det kan vara personliga skäl som föranleder ett företagsledningsbeslut i syfte att dölja den verkliga uppsägningsgrunden kan inte endast de verkliga verksamhetsrelaterade uppsägningarna vara med i denna indelning.

⁵²⁷ Eller att andra åtgärder inriktade mot denne vidtas.

⁵²⁸ Det bör dock framhållas att det kan vara så att något som framstår som ett allmänt ekonomiskt problem i själva verket kan vara betingat av någon eller någras personliga förhållanden.

bakom måste vi i vart fall teoretiskt kunna tänka oss ett generaliserbart eller formellt icke-individualiserbart företagsledningsbeslut som leder till uppsägning. Uppsägningen av *en* anställd är således ett genomförande av ett beslut om att minska personalorganisationen med en tjänst eller funktion (eller att inte längre ha några anställda), som i sin tur är föranlett av något verksamhetsrelaterat förhållande.⁵²⁹

De enkla fallen, vilka också synes vara de man har i åtanke i motiven, döljer komplexiteten i åtskilliga andra s k arbetsbristfall, där ofta förhållandet är sådant att bakgrunden ingalunda pekar ut vilken individ som skall drabbas. Det är rimligt att saklig grund-bedömningen skiljer sig åt mellan fall där bakgrunden pekar ut de drabbade och fall där arbetsgivaren själv fattat beslut om hur ”arbetsbristen skall läggas ut”, som det brukar uttryckas.

Den här föreslagna uppdelningen är nödvändig som ett instrument för en reell saklig grund-prövning i det att den också möjliggör ett beaktande av arbetsgivarens alternativ redan på beslutsstadiet. Det finns nämligen anledning att skilja mellan situationer där bakgrunden i praktiken pekar ut beslutet och då så inte är fallet. I de fall arbetsgivaren har en reell valfrihet på beslutsplanet, vilket väl torde vara det vanliga, finns det enligt min mening utrymme för att ifrågasätta det val denne gjort som en del av saklig grund-prövningen.⁵³⁰

En väsentlig poäng med en uppdelning mellan skäl och beslut är också att det dels möjliggör en reell diskussion om alternativ vid tal om exempelvis att det kan krävas att arbetsgivare löser problem genom organisatoriska förändringar. Tar man den organisatoriska förändringen som utgångspunkt är det naturligtvis svårt att kräva annan omorganisation. Dels, och detta hänger ihop med vad som nyss sagts, möjliggör det en mer ändamålsenlig koppling mellan tillämpningen av första och andra stycket i 7 §. Tar man utgångspunkt i beslutet har man därmed redan låst sig rörande frågan om vem omplaceringsåtgärderna skall drabba. Vi har ju också sett svårigheterna att klassificera rättsfrågan när det varit tal om krav på att arbetsgivaren omorganiserar eller låter förändringen drabba flera i den mån det kan leda till att uppsägningar kan undvikas; här har man tydligen betraktat det som en omplaceringsfråga men det sätt varpå man resonerar gör det tydligt att det i själva verket är

⁵²⁹ De mål som rört önskemål om omreglering av vederlagssidan passar inte riktigt in, vilket kan förklaras med att uppsägningarna inte grundas på något beslut om förändringar av verksamheten. Vi har då också sett att domstolen de facto granskar det jag här kallar bakgrunden.

⁵³⁰ Och detta utan att ifrågasätta om det finns dolda motiv.

utifrån det allmänna kravet på saklig grund i första stycket argumentationen förs.⁵³¹ Det är självklart att bedömningen i dessa situationer bör vara olika om bakgrunden s a s pekar ut beslutet och när så inte är fallet.

Vad gäller den normativa relevansen i de uppdelningar som här görs vill jag poängtera att det förhållandet att jag jämför verksamhetsrelaterade förhållanden med personliga förhållanden inte innebär att jag gör anspråk på att härigenom täcka in samtliga, ej ens sakliga, uppsägningsgrunder. Att en konkret uppsägningsgrund inte passar in i mönstret för vare sig de verksamhetsrelaterade eller de personliga har således inte i sig självt någon betydelse för frågan huruvida uppsägningen bör vara sakligt grundad eller i övrigt behandlas. Frånvaron av ett mellanliggande företagsledningsbeslut skulle emellertid kunna vara till hjälp för bedömningen av omfattningen på saklig grund-prövningen. Skälet är att grunden då i vart fall inte schablonmässigt kan förklaras med företagsledningsrättens normativa överhöghet. Å andra sidan bör framhållas att det förhållandet att det finns ett mellanliggande beslut inte i sig har någon avgörande normativ relevans. Även om man menar att företagsledningsrätten går före anställningsskyddet måste man ta ställning till om det aktuella beslutet kan legitimeras under återopande härav.⁵³²

En viktig utgångspunkt för vad i detta avsnitt sägs är att man, som jag påpekat åtskilliga gånger ovan, måste göra en skarp distinktion mellan företagsledningsbeslutet och dess orsaker å ena sidan och verkställighetsåtgärder å den andra. När jag således gör gällande att det finns utrymme för reella prövningar av sakligheten i verksamhetsrelaterade uppsägningar innebär detta inte att jag menar att domstol skall överpröva företagsledningsbeslutet som sådant. Det är väsentligt att prövningar av det slag som här föreslås inte uppfattas på detta sätt. Jag menar nämligen trots allt att man måste vara varsam med rättsliga prövningar som kan skapa intryck av att påverka de betingelser som präglar kommersiell näringsverksamhet. Prövningen skall ske på samma nivå som det ekonomiska idésystemets strategiska, inte strukturella, normer verkar.

Det väsentliga är att det generellt inte kan vara tillräckligt att domstolen tar del av de bedömningar arbetsgivaren gjort av företagsledningsbeslutets relation till bakgrunden. Saklig grund-bedömningen

⁵³¹ AD 1976:49, 1987:126 m fl.

⁵³² Som berörts ovan kan det här vara lätt att gå allt för snabbt fram. Det förefaller också vara så att i flera av de fall arbetsdomstolen underkänt påstått icke-personliga uppsägningar, det heller inte funnits något generaliserbart mellanliggande beslut som föregått uppsägningen; AD 1982:107, 1991:136, 1994:122 m fl.

kommer in på genomförandestadiet och även i de fall där det rör sig om tvingande ekonomiska förhållanden av skilda slag finns det därför anledning att pröva huruvida arbetsgivaren gjort vad som är rimligt att kräva för att försöka genomföra verksamhetsförändringen utan att anställda behöver sägas upp. Och här kan det finnas – liksom tycks vara okontroversiellt vid personligt relaterade uppsägningsgrunder – anledning att ställa krav på att andra genomförandeåtgärder än omedelbar uppsägning också måste kunna innefatta ekonomiska uppföringar.

4.5.3 Ett systematiseringsförsök

4.5.3.1 Inledning

Avsikten med den systematisering som här görs är dels att visa att det som brukar kallas arbetsbrist är en rad helt skilda företeelser, dels att visa att olika skäl i olika mån styr arbetsgivares möjligheter att fatta beslut och att det därför är rimligt att man också bedömer situationerna ur olika aspekter i rättstillämpningen. Jag gör inte systematiseringen mer omfattande än vad som är nödvändigt för att åskådliggöra mitt budskap.

4.5.3.2 Bakgrunder

Det finns olika sätt att systematisera de olika leden. När det gäller bakgrunden kan det vara av intresse att skilja mellan situationer där yttre faktorer i realiteten framtvingar företagsledningsbeslut med effekter för de anställda och situationer där så inte är fallet.⁵³³

Beträffande sådana bakomliggande skäl som kan betecknas ekonomiska är det viktigt att ha klart för sig att dessa varierar avsevärt inbördes. Det är således en väsentlig skillnad mellan ett företag som befinner sig på obestånd och av det skälet ser sig nödsakat att göra inskränkningar på kostnadssidan och ett företag där den enbart finansiellt inriktade ägaren finner lönsamheten vara otillfredsställande och av det skälet

⁵³³ Självklart går det inte att dra någon skarp gräns mellan dessa olika situationer. Dålig lönsamhet eller strukturrationaliseringar kan naturligtvis sägas vara faktorer som framtvingar förändringar men jag menar det ändå vara ändamålsenligt att i det begränsade syfte systematiseringen här görs skilja på dessa båda situationer. I en ren intresseavvägning skulle det således kunna finnas utrymme för att kräva att en arbetsgivare får bära den börda som består i att lönsamheten inte riktigt når upp till de förväntningar han haft medan samma sak knappast kan hävdas om vi rör oss med ett företag som står på obeståndets tröskel.

söker skära i kostnaderna. Det kan här vara av intresse att framhålla den distinktion Brytting gör mellan *valda* och *ofrånkomliga* uppsägningar i sin etik för företags handlande i uppsägningssituationer.⁵³⁴

Småföretagaren för vilken företaget är både livet och försörjningskällan bör skiljas från storföretagen, som måste betraktas som gemensamma samhällsliga företeelser inte minst i takt med att ägarna i allt större utsträckning utgörs av institutioner som förvaltar medborgarnas pensions- och sparmedel, och från dem som enbart har finansiellt intresse i den verksamhet de bedriver/äger.

Man skulle kunna beteckna de ”valda” (eller mer adekvat icke-akuta) företagsledningsbesluten såsom betingade av *strukturella normer*.⁵³⁵ Dessa normer kan se olika ut för olika företag och branscher. Det är sannolikt också så att benägenheten generellt att ta till uppsägningar för att genomföra förändringar varierar.

En annan intressant indelningsgrund är att söka dela upp bakgrunder som mer eller mindre direkt styr företagsledningsbeslutets utformning och sådana situationer som ger företaget större frihet. Det är i anslutning härtill också av intresse att betrakta förhållandet mellan beslut och genomförande och skilja på situationer där beslutet faktiskt eller i praktiken pekar ut berörda individer och där så inte är fallet. Skälet till att jag menar det finnas anledning att göra dessa indelningar är att jag menar det vara normativt relevant att göra en åtskillnad mellan situationer där det saknas yttre ”tvång” och det heller inte är så att den uppgivna bakgrunden - exempelvis lönsamhetsskäl - pekar ut beslutet men där beslutet pekar ut individen och där en verklig arbetsbrist till följd av minskad orderingång föranleder beslut om produktionsindragningar med direkt effekt för en viss kategori anställda.

En genomgång av arbetsdomstolens domar⁵³⁶ gör det möjligt att systematisera de olika bakgrunder som på genomförandestadiet kan aktualisera uppsägningar enligt följande:

⁵³⁴ Se Brytting Om uppsägningens etik 1996 s 38.

⁵³⁵ Edström definierar, med hänvisning till Hydén, begreppet på följande sätt: ”Utifrån kunskap om vilka beslut som bäst uppfyller den enskilde aktörens mål på marknaden kan en ekonomisk och teknisk rationalitet härledas. Ett företag bör med utgångspunkt i denna rationalitet agera på ett visst sätt under vissa omständigheter. Detta normativa tryck som riktas mot ett företag är en följd av 'spelets idé' och kan beskrivas som *strukturella normer*.” Edström MBL och utvecklingsavtalet 1994 s 58.

⁵³⁶ I viss mån kombinerad med visst mått av egna erfarenheter och tankemödor.

a) Tvingande yttre faktorer⁵³⁷

Bland tvingande yttre faktorer kan nämnas verklig arbetsbrist,⁵³⁸ råvarubrist,⁵³⁹ medelsbrist och andra ekonomiska orsaker, andra externa förhållanden (myndighetsbeslut mm) varöver arbetsgivaren inte råder och t o m brist på arbetskraft.

b) Strukturella normer

Till denna kategori kan en rad principiellt olika situationer hänföras. Det gemensamma draget är att det rör sig om föreställningar som skapar ett normativt tryck att företa vissa typer av handlingar när vissa förhållanden är för handen. Det kan röra sig om "ideologiska",⁵⁴⁰ tekniska⁵⁴¹ eller ekonomiska⁵⁴² normer.

c) Arbetsgivares personliga förhållanden⁵⁴³

Det finns anledning att principiellt särbehandla denna situation med hänsyn till att skälen primärt hänförs till företagen och inte till företaget.⁵⁴⁴

d) Fackliga intressekonflikter

Uppsägningsgrunder som det kan finnas anledning att behandla som en särskild kategori är sådana där en facklig konflikt föranleder verksamhetsförändringar. Det har också visat sig att sådana situationer är komplicerade då de aktualiseras i rättstillämpningen.⁵⁴⁵

⁵³⁷ Med tvingande yttre faktorer avses förhållanden som de facto tvingar företaget att vidta åtgärder. I den mån man enbart känner sig tvingad, som det exempelvis brukar framhållas i samband med långsiktiga strukturrationaliseringar etc menar jag att tvånget därvidlag består i ett tryck från strukturella normer.

⁵³⁸ Arbetsbrist skall inte förväxlas med s k övertalighet. Övertalighet handlar om att det blivit för många medan arbetsbrist handlar om att de uppgifter som skall fullgöras blivit färre. Övertalighet i denna mening är en bakgrund till ett beslut om tjänsteindragningar när exempelvis förändrade sjukskrivningsbeteenden p g a ändrade sjukersättningsregler gör att företag som tillsvidareanställer efter kunskap om normal frånvaro står med alltför många anställda för samma mängd arbetsuppgifter. När det talas om övertalighet bland lärare till följd av minskade barnkullar är det emellertid brist på arbetsuppgifter som utgör bakgrunden. Jfr AD 1976:49 och de s k lärarmålen (ovan avsnitt 3.4.8).

⁵³⁹ Jfr AD 1976:20.

⁵⁴⁰ Organisationsteoretiska, pedagogiska, personaladministrativa etc, jfr exempelvis AD 1976:111 och 1978:110.

⁵⁴¹ Jfr exempelvis AD 1983:94.

⁵⁴² Lönsamhetskrav etc.

⁵⁴³ I norsk rätt utgör detta, som nämnts, en särskild kategori. Jfr också Fahlbecks tredelning, ovan avsnitt 3.4.4.

⁵⁴⁴ Jfr AD 1976:28 och 1977:127.

⁵⁴⁵ Se bl a AD 1983:65 och 1990:67.

e) Förhållanden rörande arbetstagares person och skäl arbetsgivaren önskar dölja

Här avses endast situationer där arbetstagarens personliga förhållanden (eller annat) föranlett arbetsgivaren att fatta ett företagsledningsbeslut som medför uppsägningar.⁵⁴⁶

4.5.3.3 Beslut som leder till uppsägningar

Om vi ser till det som i regel betecknas som uppsägningsgrunden finner vi också här ett stort antal principiellt olika situationer. När det i motiven talas om arbetsbristuppsägningar och att detta i regel utgör saklig grund för uppsägning, varvid arbetsgivarens (ekonomiska) bedömningar av behovet att vidta sådana åtgärder ytterst måste vara avgörande, synes det primärt vara driftsinskränkningar till följd av ekonomiska problem man haft för ögonen. Det kan då finnas anledning att framhålla att beslut som i genomförandestadiet kan medföra (önskemål om) uppsägningar kan se väldigt olika ut. Det kan lika väl handla om raka motsatsen till driftsinskränkningar,⁵⁴⁷ verksamhetsförändringar som inte medför minskat behov av anställda men väl av dessas kompetens eller geografiska förflyttningar av verksamheten.⁵⁴⁸ Det kan också röra sig om att en arbetsgivare av något skäl önskar ändra formerna för anlitan- de av arbetskraft genom att övergå till anlitan- de av konsulter, entreprenörer⁵⁴⁹ eller andra självständiga företagare.⁵⁵⁰

4.5.3.4 Genomförande

De situationer som ligger till grund för min kritik av arbetsdomstolens praxis kring arbetsbristuppsägningar utmärks just av att arbetsgivare i dessa fall faktiskt sagt upp personal till följd av något ickeindividualiserbart beslut. Det kan därför också vara lätt hänt att betrakta detta som det normala sättet att realisera företagsledningsbeslut. Så är knappast fallet. Utan annat empiriskt stöd än egna erfarenheter och iakttagelser vågar jag påstå att det icke svarar mot vad som är normalt. Det finns en rad andra sätt varpå även sådana till synes ”naturliga uppsägningsgrunder” som driftsinskränkningar till följd av ekonomiska problem kan lö-

⁵⁴⁶ Jfr AD 1983:94.

⁵⁴⁷ Jfr det ursprungligen Lunningska exemplet med halvtid/heltid.

⁵⁴⁸ Jfr AD 1978:110 och 1983:110.

⁵⁴⁹ Jfr AD 1980:54, 1982:155 och 1990:67.

⁵⁵⁰ Jfr AD 1990:67, 1995:149 och 1995:152.

sas. Redan i motiven anvisas således successiv avveckling och naturlig avgång. SAF:s handbok för arbetsgivare förser oss med ytterligare exempel, som också ger uttryck för hur man från centralt arbetsgivarhåll anser att sådana situationer bör hanteras. Som exempel på ”andra möjligheter” nämns här omplacering, utbildning, lönebidrag, del- och förtidspension.⁵⁵¹ Det är emellertid signifikativt att det enda övriga medel än uppsägningar som man i rättstillämpningen synes anse vara rättsligt relevant är omplaceringar.

4.5.3.5 Personliga förhållanden och verksamhetsrelaterade uppsägningar

Huvudpoängen med vad som sägs i detta kapitel är att frågan om prövningen av verksamhetsrelaterade uppsägningsgrunder inte, som fallet kommit att bli, behöver vara inriktad på om det är något annat motiv än det uppgivna som utgjort den verkliga uppsägningsgrunden. Saklig grund-regeln har generell tillämplighet. Icke desto mindre kan den uppdelning som här görs också underlätta att komma åt dolda motiv genom att klargöra att personliga förhållanden kan komma in på olika stadier. Men jag vill poängtera att detta inte är något huvudsyfte.

Ett problem med det sätt varpå man betraktar vad som utgör uppsägningsgrund består i att ett företagsledningsbeslut som bedöms leda till behov av uppsägningar mycket väl kan vara föranlett av personliga förhållanden eller (andra) illegitima motiv. Arbetsbrist kan följaktligen uppkomma p g a personliga förhållanden.

Personliga förhållanden kan för det första vara såväl legitima som illegitima, för det andra kan de komma in på olika stadier i beslutsprocessen. En arbetsgivare kan försöka dölja den verkliga uppsägningsgrunden genom att p g a personliga förhållanden fatta ett objektivt företagsledningsbeslut som på genomförandestadiet innebär att den han önskar bli av med sägs upp.⁵⁵² Här är det således personliga förhållanden som utgör bakgrunden, men det kommer till det yttre p g a verksamhetsförändringen att jämföras med ett fall av ”frivilligt” verksamhetsbeslut. Men det kan också vara så att vi har ett yttre förhållande som i och för sig innebär att förändringar behöver genomföras men att arbetsgivaren i den situationen väljer att styra beslutet p g a någon eller någras personliga förhållanden. I de fall arbetstagsarsidan gör gällande

⁵⁵¹ SAF Handboken 1992 (uppslagsordet arbetsbrist).

⁵⁵² Det kan också vara så att en arbetsgivare p g a personliga förhållanden säger upp den som står längst ned i turordning och kallar det arbetsbrist.

att det verkliga skälet varit personliga förhållanden kan detta således avse både den verkliga bakgrunden och bakgrunden till att just ett visst bestämt företagsledningsbeslut fattas. I förstnämnda fall är det en renodlad konstruktion, i det andra fallet handlar det om att utnyttja en ”faktiskt uppkommen arbetsbrist” för att göra sig av med någon av personliga skäl. Problemet är här att arbetsgivaren sannolikt kan påvisa att det funnits skäl att göra en driftsinskränkning.⁵⁵³

De situationer där en arbetsgivare utnyttjar vad som brukar kallas en faktiskt uppkommen arbetsbrist för att bli av med en anställd av personliga skäl kan också te sig olika. För det första kan det vara så att de bakomliggande skälen till ett företagsledningsbeslut i och för sig är av rent ekonomisk natur men att arbetsgivaren när han överväger hur problemet skall lösas låter sitt företagsledningsbeslut styras av önskan att bli av med en viss person, dvs att han ”lägger ut arbetsbristen” på sådant sätt att det drabbar någon han gärna vill bli av med på personliga skäl. Det kan också vara så att arbetsgivaren bryter mot eller tillämpar turordningsreglerna på sådant sätt att önskat resultat uppnås.

Men personliga förhållanden behöver inte vara illegitima. Ett intressant fall är att en arbetsgivare omorganiserar sin verksamhet för att underlätta för en person med nedsatt arbetsförmåga eller motsvarande och att detta innebär förändringar av andras anställningar som arbetsgivaren inte ensidigt äger genomdriva.⁵⁵⁴ Om någon av de berörda skulle neka att låta sin tjänst omregleras uppkommer fråga om arbetsgivaren kan säga upp vederbörande. Vi rör oss då med en situation som har sin bakgrund i personliga förhållanden – men där skälet är allt annat än ovidkommande – men som får formen av ett företagsledningsbeslut som får effekt för andra än den aktuella personen. Här ser vi att distinktionen personliga förhållanden/arbetsbrist inte är till någon ledning vad gäller frågan om saklig grund. Det visar också att personliga förhållanden inte alltid behöver vara suspekta i dessa sammanhang. Detta visar också att kravet på att omplaceringsåtgärder inte får innebära förändringar för andra inte är genomtänkt.

⁵⁵³ Och när domstolen då har att pröva huruvida personliga förhållanden funnits med i bilden, ställer man detta mot den verkliga bakgrunden eller skälet till det konkreta beslutet? Förhåller man sig nämligen till det förstnämnda kommer man inte åt fenomenet.

⁵⁵⁴ Jfr AD 1976:111.

4.5.4 Kort om rättsreglerna i beslutsprocessen

Om vi översiktligt applicerar relevanta rättsregler på den process jag ovan skisserat finner vi att det enda som i realiteten har betydelse i det första stadiet är förhandlingsskyldigheten enligt 11 (13) § MBL. Utgångspunkten för en sådan förhandling är att arbetsgivaren skall fatta ett beslut som han i och för sig anses ha rätt att fatta. De beslut som avses är i princip det jag ovan kallat det mellanliggande ickeindividualiserbara (företagslednings)beslutet. Förhandlingsskyldighetens allmänt viktigaste inslag är att arbetsgivaren är skyldig att redovisa skälen för sin ståndpunkt, vilket i förevarande fall innefattar skyldighet att redovisa varför man önskar fatta det företagsledningsbeslut som är förhandlingens föremål. I en förhandling är således arbetsgivaren skyldig att redovisa det jag här kallar bakgrunden. I förhandlingsskyldigheten ingår också att förhålla sig till motpartens argument och att vara principiellt öppen för justeringar av sina ståndpunkter i en strävan att försöka komma överens om vilket beslut som skall fattas.

Huruvida de svenska reglerna härvidlag uppfyller EG-direktivet om kollektiva uppsägningar har varit föremål för livfull diskussion.⁵⁵⁵

I syfte att uppfylla direktivets krav infördes i 15 § MBL regler om arbetsgivarers skyldighet att skriftligen informera om vissa konkreta uppgifter ”inför beslut om uppsägning på grund av arbetsbrist”. Ett förhållande som framstår som något oklart i ljuset av hur de svenska reglerna ursprungligen varit avsedda att fungera är på vilket stadium i beslutsprocessen arbetsgivaren har att uppfylla kraven i 15 § MBL. Om arbetsgivaren exempelvis redan i samband med förhandlingar om en verksamhetsförändring i detalj förväntas kunna presentera hur många anställda som skall sägas upp finns det skäl att hävda att kraven härvidlag är ägnade att låsa det reella utrymmet för förhandlingar kring verksamhetsbeslutet som sådant.

Med få undantag förefaller domstolen i övrigt ta företagsledningsbeslutet som utgångspunkt för att fastställa att saklig grund i och för sig föreligger. Den bild av rättsläget som för närvarande får anses vara förhärskande innebär att vad jag här kallar bakgrunden endast behöver redovisas om arbetstagarsidan lyckas sannolikhöja att denna i själva verket utgörs av personliga förhållanden. Principen från AD 1976:111 innebär att i den mån arbetsgivaren kan redovisa en bedömning av de personella konsekvenserna av sitt företagsledningsbeslut, i förekommande fall att han också faktiskt gjort det han sagt sig skola göra, då

⁵⁵⁵ Se debatten i Lag & avtal; Fransson nr 8 1994, Bouvin/Öman nr 9 1994, Fransson nr 1 1995, Fahlbeck nr 2 1995, Bouvin/Öman nr 3 1995, Sydolf nr 3 1995, Fahlbeck nr 4 1995 och Roland Bergkvist nr 5 1995.

sker ingen materiell prövning av sakligheten. De krav som uppställs på redovisning innebär schematiskt ett krav som rör förhållandet mellan beslut och genomförande.

Att domstolen tar beslutet som utgångspunkt för frågan om saklig grund i och för sig innebär också att saklig grund-prövningen i allt väsentligt kommer att röra frågan huruvida omplaceringsskyldigheten fullgjorts. Genom att arbetsgivarens beslut tas till utgångspunkt är också berörda individer i praktiken utpekade och utrymnet för en vidare prövning av alternativa lösningar genom att beslutet som sådant omformuleras synes vara mycket begränsat.⁵⁵⁶

Schematiskt ger vad nu sagts följande bild:

Bakgrund	Verksamhetsbeslut	Genomförande
11 § MBL	7 § 1st LAS	7 § 2st LAS
		22 § LAS

Den ståndpunkt jag företräder innebär att saklig grund-prövningen bör innefatta ett ställningstagande till helheten medan den s k omplaceringsskyldigheten bör förskjutas åt vänster i bilden och således inkludera öppenhet för krav på förändringar av verksamhetsbeslutet som sådant, på det sätt som bl a angavs i AD 1976:49.⁵⁵⁷

4.5.5 Diskussion och normativa slutsatser

Betydelsen av olika bakgrunder

Det finns redan i domstolens praxis stöd för att bedömningarna skall vara olika beroende på vad bakgrunden består av men detta har inte tydliggjorts metodologiskt och efterhand som bedömningen schabloniserats har också tendenserna till särbehandling suddats ut.

För frågan om utrymnet för eller innebörden av en saklig grund-prövning menar jag det vara en avgörande skillnad om uppsägningarna i fråga innefattar genomförandet av ett "valt" (icke-akut) beslut om nedskärningar eller verksamhetsförändringar jämfört med om uppsägningarna är en konsekvens av yttre förhållanden över vilket arbetsgivaren inte (direkt) råder, exempelvis medelsbrist, faktisk arbetsbrist eller

⁵⁵⁶ Jfr principen från AD 1976:49 och hur man i lärardomarna backade härifrån.

⁵⁵⁷ Jag vill poängtera att detta inte innebär att jag menar att domstol skall överpröva det bakomliggande företagsledningsbeslutet, men det bör tillmätas relevans vid saklig grund-prövningen.

minskad orderingång. Skillnaden skulle kunna uttryckas med hjälp av (två av) de olika sätt varpå termen arbetsbrist används. I det förstnämnda fallet rör det sig om arbetsbrist som en effekt av ett verksamhetsbeslut medan det i det senare fallet rör sig om arbetsbrist som orsak till ett verksamhetsbeslut med åtföljande uppsägningar. Redan vad gäller frågan om vad som kan bli föremål för bevisning rör det sig om helt olika saker. Om uppsägningarna är en effekt av yttre förhållanden måste prövningen vara inriktad på dessa och sålunda bakåtriktad. När det gäller de förstnämnda fallen måste motsvarande prövning av faktiska förhållanden vara framåtriktad.⁵⁵⁸ Trycket från strukturella normer kan inte på motsvarande sätt bli föremål för bevisning och det medel som står till buds för att pröva om ett sådant skäl är det verkliga är i regel att granska om arbetsgivaren gjort det han sagt sig skola göra. Men även om den verkliga bakgrunden inte är ifrågasatt menar jag att de faktiska förhållanden domstolens prövning skall vara inriktad mot är huruvida arbetsgivaren gör vad han sagt sig skola göra. Därvid kan det som skall granskas emellertid inte vara genomförandet i form av uppsägningar utan att arbetsgivaren fullföljer den verksamhetsförändring som de strukturella normerna framkallat. För att dessa distinktioner skall kunna beaktas måste man ta hänsyn till det jag kallar bakgrunden. Vad nu sagts har primärt betydelse för frågan om vad det är arbetsgivaren har att styrka initialt. Om arbetsgivaren till stöd för uppsägningar åberopar tvingande yttre förhållanden är det dessa arbetsgivaren initialt har att styrka. Lyckas han inte därmed skall uppsägningen ogiltigförklaras redan på den grunden och detta alldeles oavsett om arbetstagsarsidan gjort gällande att det verkliga skälet varit ett annat än det åberopade.

Huvudpoängen i min kritik mot ett schabloniserat synsätt är att domstolen inte gör någon saklig grund-prövning. Att arbetsgivaren med de distinktioner som här ovan gjorts lyckats styrka relevanta faktiska förhållanden innebär därför – lika lite som att arbetsgivaren lyckats styrka misskötsamhet, samarbetssvårigheter, nedsatt arbetsförmåga, brottsliga gärningar, illojalitet osv – inte att saklig grund-frågan är avgjord. Tvärt om. På samma sätt som vid personliga förhållanden är det först då den kan ta sin början.

I detta sammanhang är den företeelse som prövats under påståendet om att uppsägningen skett för säkerhets skull av särskilt intresse. Man kan här istället tala om relevant tidpunkt för bedömningen av om saklig

⁵⁵⁸ Som i AD 1976:28, där domstolen prövade om arbetsgivaren gjort det han sagt sig skola göra.

grund föreligger, vilket med ett schabloniserat synsätt innebär vilka fakta som skall tillmätas relevans; de som förelåg vid uppsägningstillfället eller de som föreligger vid uppsägningstidens utgång eller annan tidpunkt efter uppsägningarna. I termer av ”frivilliga/ofrivilliga” bakgrunder kan dessa fall beskrivas som antaganden eller prognoser om tvingande framtida förhållanden. Här har domstolen som vi sett (efterhand) kommit till den uppfattningen att det är förhållandena vid uppsägningstillfället som är avgörande. Om domstolen gör den bedömningen att de prognoser om framtida förhållanden arbetsgivaren gjorde vid tidpunkten för uppsägningen var välgrundade då föreligger saklig grund. Min uppfattning är emellertid att det inte är detta domstolen de facto gör. I de fall där domstolen haft att pröva sådana uppsägningsgrunder har den med ett undantag kommit fram till att uppsägningarna varit sakligt grundade. Undantaget består av ett fall där det visade sig att prognosen inte infriades.⁵⁵⁹ Eftersom domstolen vid den tidpunkt tvisten blir föremål för prövning alltid har facit i hand menar jag det vara uppenbart att discoveryprocessen kommer att präglas härav. Huruvida man därvid vill hävda att det är andra fakta än de domstolen anger sig pröva som de facto prövas eller att domstolen i själva verket gör en saklig grund-prövning torde inte alltid vara klart. Menar man att domstolen har att göra en saklig grund-prövning är det emellertid inte rimligt att arbetstagsidan skall bära hela ansvaret för utfallet av arbetsgivarens prognoser.⁵⁶⁰ Skiljer vi på faktabedömning och saklig grund-prövning skulle man förvisso kunna göra den distinktionen att man hävdar att faktabedömningen skall göras mot bakgrund av vad arbetsgivaren hade kännedom om vid uppsägningstillfället och att om dessa var allt för svagt belagda, uppsägningen skulle ogiltigförklaras oavsett om prognosen föll in eller inte. Om emellertid prognosen visade sig vara välgrundad men inte slog in – och detta oberoende av om nya förhållanden tillkommit eller inte – måste istället saklig grund-prövningen i regel leda till att uppsägningen ogiltigförklaras.

När det i övrigt gäller betydelsen av olika bakgrunder bör generellt framhållas att det finns anledning att ställa större krav när det rör sig om ”frivilliga” beslut, dvs där det finns ett reellt val. Ytterligheterna utgörs å ena sidan av tvingande bakgrunder som direkt pekar ut beslutet och å andra sidan av ”frivilliga” bakgrunder som inte utpekar beslutet.

⁵⁵⁹ AD 1993:214.

⁵⁶⁰ Jfr AD 1983:42.

När det gäller förhållandet mellan bakgrund och beslut har distinktionen ”frivilligt/ofrivilligt” ingen avgörande betydelse. En tvingande bakgrund behöver inte peka ut beslutet medan en strukturell norm mycket väl kan göra det (tekniska förändringar, datoriseringar etc).

Om man således gör en skarp distinktion mellan de skäl som föranleder ett företagsledningsbeslut och detta beslut å ena sidan och verkställigheten härav å den andra, visar det sig också, som ovan betonats,⁵⁶¹ att den skarpa åtskillnad man i rättstillämpningen gör mellan fall av arbetsbrist respektive personliga förhållanden är oanalytisk. Det torde nämligen förhålla sig så att de skäl som föranleder en arbetsgivare att säga upp en person med hänvisning till personliga förhållanden många gånger är av principiellt samma typ som de skäl som föranleder företagsledningsbeslut, vilka sedan verkställs genom uppsägningar under beteckningen arbetsbrist.⁵⁶² Det finns dessutom anledning att anta att skälen liknar varandra mest i situationer där domstolen i själva verket i tillämpningen upprätthåller den största skillnaden mellan personliga förhållanden och arbetsbrist. De personliga fall som torde kosta arbetsgivaren mest och som han därför av lönsamhetsskäl (påverkad av strukturella normer) har störst behov av att lösa genom uppsägningar utgörs nämligen sannolikt av sjukdom och annan nedsättning av arbetsförmågan. Dessa situationer är alls inte kopplade till förtroende, lojalitet etc utan de problem de skapar för arbetsgivaren är av rent ekonomisk natur. Att det finns viss insikt härom hos domstolen kanske bäst visas i Thornmålet,⁵⁶³ där domstolen talar om möjligheterna att pröva ekonomiska skäl när det bara är sådana som åberopas och fall där de också är relaterade till någons personliga förhållanden. En arbetsgivare får alltså som huvudregel säga upp av ekonomiska skäl om det inte finns några personliga skäl med i bilden men han får som huvudregel inte säga upp av ekonomiska skäl om det finns personliga skäl och trots att det i dessa fall är möjligt att peka ut vem som föranlett de ekonomiska problemen.⁵⁶⁴

Vad här sagts innebär också att det ställs högre krav på arbetsgivaren i de fall då det är tydligt vad som åsamkat de ekonomiska problemen

⁵⁶¹ Se avsnitt 4.4.4.

⁵⁶² Dvs ekonomiska, jfr Källström Alkoholpolitik och arbetsrätt 1992 s 83 och Schmidt Löntagarrätt 1978 s 108-9.

⁵⁶³ AD 1993:61.

⁵⁶⁴ Jag vill poängtera att jag här inte pläderar för större möjligheter till uppsägning vid sjukdom etc utan om att domstolen även skall pröva sakligheten av renodlade ekonomiskt betingade uppsägningar.

medan kraven är mindre då förhållandena är mer svårtillgängliga och en arbetsgivare befinner sig således i en bättre situation om en svag lönsamhet *inte* kan förklaras i termer av någons personliga insatser.

Förhållandet beslut/genomförande

Bakgrunden bör också tillmätas betydelse på det sättet att kraven på att genomföra förändringar utan uppsägningar bör öka om bakgrunden utgörs av strukturella normer. Här bör det kunna krävas viss långsiktighet vad gäller genomförandet. Jag menar också att detta överensstämmer med det ekonomiska idésystemets strategiska normer. Det finns också generellt, dvs oberoende av bakgrunden, anledning att göra åtskillnad i bedömningen mellan situationer där bakgrunden pekar ut beslutet och där så inte är fallet.

När det gäller förhållandet mellan beslut och genomförande finns det anledning att ifrågasätta om principen om att omplaceringsskyldigheten inte innefattar att anställningsförhållandet för andra arbetstagare skall ändras, och som väl först lanserades vid personliga förhållanden men som också applicerats vid arbetsbrist,⁵⁶⁵ är relevant i arbetsbristsituationer. Det skäl som uppbar principen när det gäller personliga förhållanden, vilka bör vara att andra arbetstagare inte skall behöva lida för andras misskötsamhet eller brister, har nämligen alls inte någon bärighet vid arbetsbrist och kanske heller inte då den bakomliggande omplaceringsorsaken utgörs av nedsatt arbetsförmåga eller andra förhållanden för vilka individen inte kan lastas.⁵⁶⁶

Att först ta arbetsgivarens beslut till utgångspunkt för frågan om saklig grund i och för sig föreligger⁵⁶⁷ och sedan låta omplaceringsskyldigheten inskränkas till de av arbetsgivarens eget beslut berörda är en rättstillämpning som präglas av formalism.

Mot bakgrund av att man ofta synes betrakta företagsledningsbeslutets konsekvenser som uppsägningsgrunden eftersom det föranleder "arbetsbrist", framstår också det Lunningska uttryckssättet som problematiskt. Det är ju i så fall samma beslut som föranleder arbetsbristen som också "lägger ut den".

Även om man menar att det väsentligen är på genomförandestadiet som LAS har någon begränsande inverkan på arbetsgivarens frihet är

⁵⁶⁵ Se AD 1983:127.

⁵⁶⁶ Detta innebär att vi även här kan jämställa arbetsbrist och vissa personliga förhållanden.

⁵⁶⁷ Se exempelvis AD 1994:1.

det ändå viktigt att man försöker analysera på vilket sätt och i vilket skede av beslutsprocessen kraven enligt motiven på att arbetsgivaren gör allt som är möjligt för att försöka undvika uppsägningar och den s k omplaceringsskyldigheten kommer in i bilden. Detta bör nämligen ha avgörande betydelse för den reella möjligheten att ställa krav på arbetsgivaren. Ju ”senare” dessa krav skall beaktas desto mindre blir utrymmet för att ge dem reell innebörd. Tillåts dessa krav på arbetsgivaren få betydelse redan för hans möjligheter att fritt fatta företagsledningsbeslut blir anställningsskyddet väsentligt starkare än om kraven bara skall beaktas i genomförandestadiet. I exempelvis AD 1976:49 och andra motsvarande fall där det rör sig om rena personella driftsinskränkningar synes det vara redan på det inledande stadiet domstolen anser att kraven på att söka undvika uppsägningar kommer in. Som framhållits kan det mellan raderna många gånger utläsas att domstolens obenägenhet att ogiltigförklara verksamhetsrelaterade uppsägningar bottnar i en osäkerhet om dess konsekvenser på arbetsgivarens rätt att själv bestämma över organisationen etc av sin verksamhet. Mot en sådan uppfattning kan då först framhållas att saklig grund-regleringen som sådan begränsar arbetsgivarprerogativen och att detta också är avsikten. Men därmed inte sagt att den också påverkar rätten att bestämma över verksamheten. Visar det sig att uppsägningar kunnat undvikas om arbetsgivaren valt att fatta ett annat beslut bör detta - som alltid under beaktande av förhållandena i det enskilda fallet - vara ett starkt argument för att ogiltigförklara uppsägningarna. Men detta innefattar inget underkännande av arbetsgivarens beslut och tvingar honom inte att fatta något annat. Konsekvensen är däremot att arbetsgivaren får bära det ekonomiska ansvaret på samma sätt som när domstolen ogiltigförklarar en uppsägning på en personliga förhållanden.

5. Avslutning

5.1 Avslutande reflektioner

Inledning

Mina första reaktioner på den företeelse som nu behandlats rörde främst det jag kallat ett formalistiskt synsätt på frågan om arbetsbrist och kravet på saklig grund. Initialt var det därför min ambition att försöka rekonstruera hur tillämpningen av en intresseavvägningsnorm kunnat förfalla till ren begreppsjurisprudens. Efterhand som jag fördjupat mig i frågan har emellertid min kritik i hög grad kommit att inriktas även mot den schabloniserade saklig grund-prövningen av verksamhetsrelaterade förhållanden.

Domstolens successiva inriktning mot att fokusera prövningen till om det funnits illegitima motiv bakom en verksamhetsrelaterad uppsägning innebär att den accepterar osakliga förhållanden. När jag pläderar för att domstolen skall använda den rätt den har att överpröva även otvistigt verksamhetsrelaterade uppsägningar är det därför inte i syfte att ytterligare täppa till kringgåendeförsöken. Det är de verkliga verksamhetsrelaterade fallen jag menar skall underkastas en saklighetsprövning. Men samtidigt bör det framhållas att en reell saklig grund-prövning också förenklar bevisproblematiken. Betydelsen av att dölja vad som utgjort verklig uppsägningsgrund minskar rimligen om alla uppsägningsgrunder underkastas en reell saklighetsprövning. Det säger sig också självt att om vi har en ordning där utrymmet för uppsägningar med hänsyn till personliga förhållanden är påtagligt begränsat samtidigt som friheten är i det närmaste total vad gäller verksamhetsrelaterade uppsägningsgrunder så kommer detta att leda till missbruk. ”Triaxandet med arbetsbrist” är ett välkänt fenomen för alla med någon erfarenhet av praktiska uppsägningssituationer.

Betraktar man saklig grund-regeln i ljuset av den historiebild som förmedlas av arbetsdomstolens hållning till den fria uppsägningsrätten och av de stora avtalen mellan SAF och LO framstår dagens syn på arbetsbristuppsägningar som förståelig. Om man istället tar del av kollektivavtalsregleringen utanför SAF/LO-området, domstolens tillämpning härav samt dess förhållningssätt till avtalade och legala punktförbud framstår det inte längre som lika självklart. Att ett schabloniserat synsätt leder till att osaklighet accepteras såvida de verkliga skälen till en uppsägning inte utgörs av någons personliga förhållanden eller andra up-

penbart ovidkommande skäl, de påtagliga begränsningarna i de skyddsregler som legitimerar ett schabloniserat synsätt, saklig grund-regelns karaktär av intresseavvägningsnorm, att den s k företagsledningsrättens normativa kärna inte är relaterad till arbetsgivaregenskapen hos en företagare, heterogeniteten i de verksamhetsrelaterade uppsägningsgrunderna och att de bakomliggande skälen inte innefattar någon avgörande skillnad mellan personliga förhållanden och arbetsbrist är faktorer som jag menar var för sig och av delvis olika skäl bör föranleda en förändrad syn på frågan om arbetsbristuppsägningars saklighet.

Faktorer som bidragit till min ståndpunkt är emellertid inte endast förhållanden som förelåg redan vid den tidpunkt arbetet påbörjades eller resultatet av mina studier. Jag menar att behovet av en reell saklig grund-prövning av verksamhetsrelaterade förhållanden ökat under nittioalet p g a förändringar i såväl den samhälleliga som den normativa kontexten. De faktiska förhållanden som bör framhållas är den dramatiskt ökade arbetslösheten och den s k marknadens tilltagande makt över de demokratiskt tillsatta beslutsfattarna. Rättsliga förändringar som förskjutit saklig grund-regelns kontext är bl a avregleringen av förbudet mot privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft och den uppluckring av anställningsskyddet som inleddes redan i början av åttiotalet och som fortsatt under nittioalet, senast genom 1997 års utökning av utrymmet för tidsbegränsade anställningar och i begränsningar av företrädesrätten till återanställning mm.¹ Att det nu åter ligger ett förslag på riksdagens bord om att arbetsgivare skall ges rätt att undanta två personer från turordningsreglerna måste bero på att förslagsställarna och de som stöder det inte insett turordningsreglernas intima samband med ett schabloniserat synsätt.² Genomförs förslaget blir behovet av ett förändrat förhållningssätt till frågan om arbetsbristuppsägningars saklighet än mer påtagligt.

Vad nu sagts är i sig skäl till att börja reflektera kring rådande rättsföreställningars rimlighet. Samtidigt skulle synen på arbetsbristuppsägningar sägas kunna stå i överensstämmelse med den undfallenhet som i den postvälfärdsstatliga eran präglar det politiska systemets relation till

¹ Av till synes mer indirekt natur men säkerligen av nog så stor vikt är också försämringarna i socialförsäkringssystemet. Införandet av ett system där arbetsgivaren svarar för sjuklönen i kombination med karensdagar och sänkta ersättningsnivåer är regleringar som det emellanåt hävdas direkt påverkat arbetslöshetssiffrorna.

² Den argumentation som anfördes i ämnet i den s k återställarpropositionen (se ovan avsnitt 3.4.12) har uppenbarligen uppfattats som renodlat politiskt.

marknaden.³ Det är signifikativt att en av de stora aktörerna på den finansiella marknaden, George Soros, själv närmast uppmanar politikerna världen över att försöka stoppa honom.⁴

Normativa förskjutningar inom det ekonomiska idésystemet

Det har också blivit tydligt att det skett en förändring av de (ickerättsliga) normer som styr företagens agerande. Den ökade förändringstakten i näringslivet och den tilltagande internationaliseringen är faktorer som kan förklara att de sociokulturella idésystemens förmåga att utöva inverkan på det ekonomiska handlingssystemet är i avtagande.

Det är därtill så att det rättsliga handlingssystemets ansvar, enligt min uppfattning, avtagit i takt med att det ekonomiska idésystemets strategiska normer inte längre fullgör uppgiften att väga ekonomiska intressen mot sociala. Huruvida det finns något direkt samband kan vi bara spekulera i. Det finns anledning att anta att det finns en komplex växelverkan mellan hur olika föreställningar påverkar aktörerna i de olika handlingssystemen. Alldeles uppenbart är dock att de ideologiska strömningarna under åttio- och nittiotalet knappast kunnat gå det rättsliga handlingssystemets aktörer förbi. Marknadsideologin och den propaganda som förts särskilt kring anställningsskyddsregleringens effekter på drivkrafterna i det ekonomiska systemet är faktorer som är ägnade att påverka domstolars ställningstaganden även om det inte direkt kan utläsas i justifieringen. Det är här rättsvetenskapens ideologikritiska uppgift blir påtaglig. Genom att påvisa vilka intressen rättstillämpningen tillgodoser kan rättsvetenskapen bidra till att rättsverksamheterna inser sitt ansvar för rättsmaskineriets upprätthållande.

I de fall det ekonomiska idésystemets strategiska normer inte avhåller företagen från att varsla om uppsägningar har förhandlingssystemet en viktig funktion. Så länge detta reflexiva inslag i den anställningsskydds-rättsliga regleringen fungerar på ett generellt plan kan det finnas skäl för domstolarna att inta en passiv hållning i de fåtal fall som hamnar på dess bord. Vi kan då också acceptera att lagstiftningen bygger på att fö-

³ Det moderna präglas enligt Zygmunt Bauman av en tilltagande *adiaforisering*, dvs att allt mer blir moraliskt indifferent. Bauman har också framhållit skillnaden mellan den tidigare universaliseringen och den nuvarande globaliseringen. Den förstnämnda framstod som ett utopiskt projekt där vi medvetet sökte överföra vårt goda till andra kulturer. Globaliseringen innebär att vi betraktar förändringen som styrd av dolda krafter inför vilka vi har resignerat. (I intervju med Göran Rosenberg i Sveriges Television den 11 juni 1998.)

⁴ Jfr Soros, George Den globala kapitalismens kris: det öppna samhället i fara Norstedt Stockholm 1999.

retagen tar sitt ansvar. Men ser vi tendenser till att de sociokulturellt be-
tingade normerna släpper taget om det ekonomiska handlingssystemets
aktörer måste domstolarna ändra sitt förhållningssätt för att kunna full-
göra sin funktion. Jag pläderar således inte för att domstolarnas funk-
tion skall förändras. Vore det inte så att det ekonomiska systemets egna,
mer arbetstagarvänliga, normer var utslagsgivande i flertalet fall finns
det anledning att anta att även rättsnormen skulle se annorlunda ut.

Det bör framhållas att de skäl som i motiven framfördes till stöd för
att inte precisera saklig grund-regelns innebörd, nämligen att "rättsut-
vecklingen skulle kunna komma att bindas på ett olyckligt sätt" och att
det alltid "är nödvändigt att ta hänsyn till de särskilda omständigheterna
i det enskilda fallet"⁵ i hög grad, inte minst mot bakgrund av vad nu
sagts, har relevans även beträffande verksamhetsrelaterade uppsägning-
ar. Det krävs ingen lagändring för att arbetsdomstolen skall kunna ogil-
tigförklara otvistigt verksamhetsrelaterade uppsägningar.

Om inte det rättsliga handlingssystemet anpassar sin rättstillämpning
till förändrade normer i andra delsystem kommer det istället att bidra till
att förstärka den intresseförskjutning som det dominerande idésystemet
framkallar. Det rättsliga handlingssystemet, vars utgångspunkt förefaller
vara att det ekonomiska handlingssystemets aktörer själva tar ett större
ansvar,⁶ bidrar till de förändringar som sker av det ekonomiska idésys-
temets normer genom att de föreställningar de rättsliga avgörandena
framkallar legitimerar, ja t o m närmast påbjuder, dessa förändringar.⁷
De signaler arbetsmarknadens aktörer får av AD:s rättstillämpning leder
till att det förmedlade synsättet vinner starkare stöd men också att
kringgående försöken tilltar i omfattning. Förvisso skulle säkerligen åts-
killiga med hänvisning till arbetsbrist vidtagna uppsägningar under-
kännas om de kom inför domstols prövning. Problemet är dock att AD i
åtskilliga obiter dictum gjort uttalanden som av parterna uppfattats som
att allt som inte är personliga förhållanden är saklig grund för uppsäg-
ning och just därför driver inte arbetstagersidan tvister om sådana frå-
gor.⁸ När så trots allt sker har vi under senare år kunnat se att arbetsta-

⁵ Prop 1973:129 s 120. Se ovan avsnitt 3.3.4.3.

⁶ I 1992 års arbetsrättsutrednings betänkande uttrycks en medvetenhet om att arbetsgi-
vare de facto tar ett större ansvar än vad rätten ålägger dem och att förhandlingarna här
har betydelse, SOU 1993:32 s 474. (Detta förhållande tar utredningen närmast som ett
skäl för att nuvarande ordning är bra.)

⁷ Jfr Bruun om diskrepansen mellan arbetsrättens och arbetslivets verklighetsbilder och
om att arbetsrätten verkar *kontraproduktivt*, Hur förnya arbetsrätten? 1995 s 89.

⁸ De handlingsföreställningar som framkallas av AD:s principiella uttalanden är så tyd-
liga att vi – med bortseende från det högst väsentliga förhållandet att det faktiskt är
domstolen som gjort uttalandena - står inför det dilemma Ross omtalade och som för-

garsidan i vad som närmast måste betecknas som juridisk desperation tar till *goda seder* som argument när de menar att en uppsägning förvisso skett p g a ”arbetsbrist” men inte desto mindre framstår som osaklig.⁹ Kravet på saklig grund antas inte vara ett tillräckligt skydd mot osaklighet.

Dessutom kan det förhålla sig så att de företag som begränsar sina kostnader genom att säga upp personal och/eller maximalt utnyttja tidsbegränsade anställningar eller andra former av tidsbegränsade avtal om arbetskraftsanlitanden har en konkurrensfördel framför företag som tar ett större ansvar.¹⁰ Om det i rättstillämpningen inte tas hänsyn till de sociokulturellt betingade icke-rättsliga normer som de facto styr åtskilliga företags agerande bidrar man till att förvrida konkurrensen. Att det kan vara en fördel ur konkurrenssynpunkt att behandla sina anställda väl motsäger inte detta.

Min allmänna bild är emellertid – de nya tendenserna till trots och kanske just på grund av att de är nya och därför bekräftar tesen – att det ekonomiska handlingssystemet är betydligt mer mottagligt för impulser från sociokulturella idésystem än det rättsliga handlingssystemet. De sociokulturella värdena har fäste i det ekonomiska idésystemet redan som ett resultat av att de konkreta aktörerna inom det ekonomiska handlingssystemet också är människor.¹¹ Genom att utrymmet för tidsbegränsade anställningar, möjligheten att hyra in arbetskraft etc ökat har arbetsgivarens situation blivit enklare. Det är betydligt mindre betungande för en arbetsgivare att meddela en anställd eller anlita en person från en tillsvidareanställning. Och detta gäller särskilt för småföretagare, där avståndet mellan parterna är kort och arbetsgivaren många gånger har kännedom om den anställdes privata förhållanden.

Härtill kommer att hänsynstagande till sociokulturella värden är något som är av betydelse för företaget såväl vad gäller avsättningsmöjligheter som möjligheter att behålla och nyrekrytera kvalificerad arbetskraft. Det

klarade varför prognosen ändå måste baseras på rättskälleforeställningar. Se ovan 1.3.2.3.

⁹ AD 1997:121.

¹⁰ Situationen kan jämföras med problemet kring svart arbetskraft i vissa branscher.

¹¹ Även det rättsliga handlingssystemets aktörer är naturligtvis människor. Jurister är emellertid experter på att dölja vad som styr deras ställningstaganden. I den justificeringsprocess som domskälsformuleringen utgör förmedlar juristen bilden av att hans beslut enbart styrs av det rättsliga idésystemet. Även om detta inte är en korrekt återgivning av hur rättsligt beslutsfattande växer fram bidrar juristutbildningens inriktning mot strikt rättslig argumentation och avskiljande av sådant som är ”rättsligt irrelevant” till att stöta bort impulser från andra idésystem.

tilltagande intresset för miljöfrågor under senare decennier har exempelvis påtagligt kommit att ändra företagens miljötänkande. Miljöansvar är idag ett viktigt marknadsföringsinstrument. Etiska branschnämnder, human- och etikfonder på finansmarknaden etc skulle också kunna sägas vara exempel på självsanering inom det ekonomiska handlingsystemet som syftar till att beakta grundläggande sociokulturella värden. Det finns således rent kommersiella skäl till att beakta sociokulturellt betingade värderingar.¹² Men även behandlingen av de anställda har här betydelse. Uppsägningar skapar extern badwill, om än inte gentemot kortsiktigt inriktade kapitalplaceringar, och detta oavsett om det ger uttryck för att företaget inte tar ansvar för de anställda eller helt enkelt för att verksamheten går dåligt. Men även internt skapar det problem. ”Endast anställda som känner sig någorlunda trygga på sin arbetsplats kan fungera effektivt i enlighet med det moderna arbetslivets krav.”¹³ En uppsägningsprocess är traumatisk även för dem som får vara kvar. Ett uttalande av en verkställande direktör belyser detta:

”Det är vår uppfattning att uppsägningar är ett alltför trubbigt instrument att hantera besparingskrav. Uppsägningar leder till kortsiktiga besparingseffekter, men skapar samtidigt ofta stagnation genom att mycket tid går åt att läka såren från den traumatiska process som det blir fråga om..

Vi har märkt att det i företag som säger upp anställda först blir en osäker period för samtliga. Därefter blir det också en sorgprocess. Vi hoppas kunna arbeta med mer långsiktigt hållbara lösningar vad gäller effektiviteten för framtiden”.¹⁴

Det finns följaktligen rent företagsekonomiska skäl till att inte säga upp anställda. I enlighet med rådande rättsföreställningar är det dock företagen själva som har detta avgörande i sin hand och det kan väl mot en sådan bakgrund te sig rimligt om det inte vore för den inkonsekvens som uppstår när vi jämför med begränsningarna av uppsägningsrätten beträffande personliga förhållanden. Men härtill kan nämnas att det också kan finnas samhällsekonomiska fördelar med en begränsning av uppsägningsrätten. Om politikerna direkt eller indirekt genom rätten visar att de tar ansvar för utsatta grupper kan det skapa en positiv anda som innebär att människor känner sig trygga, vilket skapar framtidstro och ökad konsumtions- och investeringsbenägenhet.

Vad nu sagts skapar problem i ett internationaliseringsperspektiv. En del av de skäl som förklarar de sociokulturella värdenas genomslags-

¹² De normer som detta genererar har jag med Hydén kallat strategiska normer.

¹³ Bruun Hur förnya arbetsrätten 1995 s 96 m hänv.

¹⁴ Per Anders Johansson, VD för Göteborgshälsan i GP-intervju den 21/4 1998.

kraft i det ekonomiska handlingssystemet har inte samma relevans här. Avstånden mellan beslutsfattare och de berörda är en förklaring till den oro som uttrycks beträffande fusioner och utflyttning av huvudkontor. Ju längre ifrån de berörda en beslutsfattare sitter, desto lättare är det att fatta (obehagliga) beslut. Dessutom innebär uppsägningar på en plats kanske nyanställningar på en annan. Lösningen på de problem som sammanhänger med internationaliseringen måste naturligtvis vara internationell och initiativ har som vi kunnat se exempelvis tagits i syfte att finna gemensamma normer för att hantera marknadens ohämmade attacker mot enskilda länders ekonomier. Detta innebär emellertid inte att allt kan skyllas på internationaliseringen. Istället tjänar denna i praktiken som ett skäl till att inte agera även på områden där den saknar relevans. En nations ekonomi består inte enbart av verksamheter inriktade mot exportmarknaden eller av internationella företag.

Inkonsekvensen arbetsbrist/personliga förhållanden

Att personligt relaterade uppsägningar inte uppfattas som ett angrepp på företagsledningsrätten skulle kunna förklaras av att dessa inte upplevs inkräkta på arbetsgivarens bestämmanderätt över verksamheten, endast på det ekonomiska utfallet därav. Men poängen är att förhållandena skulle vara desamma om man i större utsträckning underkände arbetsbristuppsägningar. Det hotar inte bestämmanderätten eftersom *ett underkännande av en uppsägning inte innebär ett underkännande av det beslut om verksamhetsförändringar som uppsägningen grundar sig på*.¹⁵

”Att anställningsskyddet innebär ekonomiska uppoffringar för arbetsgivaren är ställt utom tvivel.”¹⁶ Anställningsskyddet är ytterst ett ekonomiskt skydd för arbetstagaren och en ekonomisk begränsning för arbetsgivaren. Det tydligaste rättsliga uttrycket för detta är 39 § LAS. Idén bakom anställningsskyddet innebär således - och vid personliga förhållanden är detta inte ens kontroversiellt, i vart fall inte i en rättslig kontext - att arbetsgivarens ekonomiska intressen får stå tillbaka för arbetstagarens anställningsskydd. Det är också de personliga fall där domstolen upprätthåller högst krav på saklig grund som vad gäller bakomliggande motiv har störst likheter med arbetsbristuppsägningar. I egenkap av arbetsgivare har således en näringsidkare att stå för de ekono-

¹⁵ I den mån beslutet består i en nedläggning med åtföljande uppsägningar och dessa bedöms osakliga är den yttersta konsekvensen att arbetsgivaren får köpa sig fri till det pris som kan utläsas i 39 § LAS.

¹⁶ Victorin Aktieägandet och löntagarintresset 1991 s 164.

miska uppoffringar det innefattar att exempelvis anställdas prestationsförmåga avtar p g a ålder eller sjukdom. Att detta skulle stå i strid med företagsledningsrätten brukar knappast ens göras gällande och i enlighet med vad som inledningsvis sagts gör det inte det heller.

Såsom rättsläget idag uppfattas är det upp till en verksamhetsbedrivare att avgöra vilka lönsamhetskrav han vill att verksamheten skall uppfylla. Om han med anledning av lönsamheten väljer att rationalisera och fattar ett beslut som verkställs genom uppsägningar anser sig domstol inte behörig att pröva sakligheten (med undantag för kravet på omplaceringsförsök). Kan emellertid den begränsade lönsamheten relateras till någons personliga förhållanden kommer saken i ett annat läge. I den situationen förhåller det sig inte endast så att domstol anser sig kunna pröva uppsägningens saklighet. Om de personliga förhållandena består i nedsatt arbetsförmåga till följd av sjukdom, ålder etc bygger anställningsskyddsprinciperna på att arbetsgivaren i sådant fall har att bära denna kostnad; intresseavvägningen kommer många gånger att ske till arbetstagaridans fördel. Vad finns det för logik i att domstolen anser sig kunna bedöma ekonomiska skäl när det finns personliga skäl i bakgrunden men inte om det saknas sådana? Det är ju inte så att en arbetsgivare säger upp en anställd för att denne är sjuk. Det är de ekonomiska konsekvenserna av den anställdes sjukdom som är det verkliga skälet. Det skulle för övrigt generellt kunna sägas vara så att den verkliga uppsägningsgrunden även i flertalet fall av personliga förhållanden är relaterade till de marknadsekonomiska friheterna.

Jag har svårt att se varför det skulle vara olämpligare att en domstol prövar lämplighetsfrågor och gör intresseavvägningar i anslutning till otvistigt verksamhetsrelaterade uppsägningar än att den tar ställning till frågor som innefattar en bedömning av effekten av nedsatt arbetsförmåga, misskötsamhet etc.¹⁷ Vid en fördelning av ansvaret mellan företagen och samhället synes det i vart fall vara rimligt att samhället tar ett större ansvar för de personliga fallen.

Ytterligare ett exempel på den märkliga tingens ordning som skillnaderna mellan personliga förhållanden och arbetsbrist utgör kan nämnas. Det förekommer i arbetsdomstolens praxis (efter det att ett schabloniserat synsätt på arbetsbristuppsägningar etablerats), om än domstolen i justifieringen senare tagit avstånd ifrån det,¹⁸ att arbetsmarknadssituationen och risken för att en uppsagd inte kommer att erhålla nytt arbete

¹⁷ Juristdomare är egentligen inte skolade för någondera uppgiften. Arbetsgivar- och arbetstagarledamöternas kompetens förefaller inte vara mindre när det gäller ekonomiska bedömningar än när det gäller intresseavvägningar vid personliga förhållanden.

¹⁸ AD 1990:55.

utgör en faktor som domstolen vid personliga förhållanden tillmäter vikt vid bedömningen av om saklig grund föreligger.¹⁹ Detta innebär således att det faktum att det finns många arbetslösa kan utgöra ett skäl till att en arbetsgivare inte får säga upp en anställd p g a personliga förhållanden samtidigt som det är fritt fram att göra fler arbetslösa genom att säga upp p g a arbetsbrist.

Jag skulle också vilja påstå att det finns ett samband mellan (relativt) höga krav på personligt relaterade uppsägningar och låga eller obefintliga på verksamhetsrelaterade. En utökad prövning av verksamhetsrelaterade uppsägningars saklighet skulle därigenom kunna vara ägnad att utjämna skillnaderna mellan kategorierna och framför allt skulle det kunna bidra till att intresset för "trixandet med arbetsbrist" skulle avta. Mot bakgrund av hur lätt det är juridiskt att säga upp anställda p g a arbetsbrist kan det nämligen inte vara föreställningarna om rättsliga hinder i dessa situationer som ligger bakom de krav på en avreglering av anställningsskyddet som ständigt framförs i debatten. Även om mytbildningen kring svårigheten att säga upp p g a personliga skäl är påtagligt överdriven är den inte helt utan fog. I den mån den påstådda obenägenheten att anställa betingas av föreställningar om det rättsliga systemets förhållningssätt måste de därför vara förvanskade och/eller handla om personliga förhållanden.

Kunskaps- och informationssamhället, skillnaderna ökar

Många har påtalat att arbetsrätten framstår som otidsenlig i ett framtidsperspektiv.²⁰ I det tilltagande informations- eller kunskapsamhället framstår de enskilda anställdas kompetens i många verksamheter som den viktigaste resursen. "Att säga att arbetstagarna är det viktigaste för företaget var tidigare en floskel vid högtidliga tillfällen. I dag är det en realitet," som SAF-chefen Göran Tunhammar uttrycker saken.²¹ Men vi måste samtidigt ha i åtanke att informationssamhällets rationalitet endast omfattar och kommer att omfatta en begränsad del av de verksamheter som sysselsätter människor. Alla arbetstagare är inte och kommer heller inte att vara verksamma på IT-företag eller på industriföretagens utvecklingsavdelningar och även om de arbetskraftsintensiva tjänsteföre-

¹⁹ Se AD 1981:111, 1982:137 och 1983:162. Jfr AD 1981:51 där emellertid svårigheterna för den anställde att få arbete var knutna till dennes person.

²⁰ Se exempelvis Fahlbeck Ett revolutionerat arbetsliv? Informationssamhället och arbetslivets omvandling 1997/98 och Hydén Vad kommer efter lönearbetsrätten 1996. Se också Anderssons/Edströms respektive Åhmans bidrag i Sandgren (red) Kunskapsföretaget i ett rättsligt perspektiv 1995.

²¹ I en intervju i GP den 3 maj 1998 s 15.

tagens viktigaste resurs är personalen är det inte detsamma som att den enskilde individen kompetens är det väsentliga. Vi kommer därför att kunna se en allt tydligare uppdelning mellan arbetskraften inom befintliga verksamheter samtidigt som vi kommer att ha parallella rationaliteter under en lång tid framöver.²² Industrisamhället, informations-samhället och tjänstesamhället skapar olika förväntningar på den rättsliga regleringen. Även om kompetenskraven ständigt ökar kommer det alltid att finnas ett stort antal arbetstagare som fullgör grundläggande funktioner i samhället men som ändå är i högre grad utbytbara.

Som framgår av historikavsnittet förekom det på trettioalet kollektivavtal som begränsade *arbetstagares* rätt att säga upp sig från en anställning.²³ I takt med att den enskilde individens i kunskapssamhället betydelse för företaget ökar är en reglering av sådan innebörd intet orimligt framtidsscenario.²⁴ Betydelsen av enskilda individers kompetens och att företagen gör vad de kan för att behålla nyckelpersoner skall då ställas mot dem som trots allt i högre grad är utbytbara. I nyhetsrapporteringen har vi kunnat se att samtidigt som företag rationaliserar och säger upp vissa av de anställda knyts banden hårdare till andra anställda genom erbjudanden om konvertibler och andra förmåner för att företaget skall kunna behålla kvalificerad arbetskraft och framför allt de kunskaper den besitter inom företaget. Klyftorna kommer härigenom att öka. Samtidigt som arbetsgivare söker former för att kunna behålla den attraktiva arbetskraften ställs det krav på att i övrigt avreglera anställningsskyddslagstiftningen.

Vi måste då betänka att generella avregleringar slår väldigt olika. Ett ökat utrymme för tidsbegränsade anställningar får således olika betydelser för IT-ingenjören jämfört med butiksbiträdet. Den förstnämnde står i en reell förhandlingsposition och kan själv påverka villkoren för en anställning. Detta innebär att såväl det utökade utrymmet för allt lösare avtalsrelationer som möjligheterna att säga upp p g a arbetsbrist primärt är arbetsgivarrättigheter som riktar in sig mot ”de utbytbara”. Avregleringen av förbudet mot privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft uppvisar motsvarande dualism. Som en knappast avsedd effekt ser vi å ena sidan redan tendenser till att den attraktiva arbetskraften frivilligt väljer att starta eller ta anställning i uthyrningsföretag

²² Jfr Hydén Vad kommer efter lönearbetsrätten? 1996 s 163 ff m hänv.

²³ Se ovan avsnitt 2.2.3.2.2.

²⁴ Jfr AD 1998:80 angående betydelsen av de anställda och dess kompetens i moderna typer av företag.

eftersom detta innefattar bättre löner och anställningsvillkor i övrigt.²⁵ Den bild vi annars kan se i medierna är å andra sidan att den mindre attraktiva arbetskraften tvingas in i denna verksamhet under förhållanden som starkt kan ifrågasättas.

Det schabloniserade synsättet på frågan om arbetsbristuppsägningars saklighet i kombination med det utökade utrymmet för tidsbegränsade anställningar, möjligheten att hyra in arbetskraft etc tillgodoser i hög grad arbetsgivares intresse av lösare relationer till ”de utbytbara”. Rätten bidrar härigenom till de ökade klyftorna. Den attraktiva arbetskraften kommer inte enbart att ha tryggare anställningar utan dessutom väsentligt bättre anställningsvillkor. Eftersom det är en myt att turordningsreglerna skulle innebära att arbetsgivare tvingas göra sig av med nyanställda med specialkompetens till förmån för dem med lång anställningstid och lägre kompetens är det de sistnämnda som får gå när verksamheter rationaliseras eller omorganiseras. Det är en solidaritetsfråga att ställa krav på ansvar för ”de utbytbara” när arbetsgivare gör vad som helst för att få behålla ”de outbytbara”. Ett, men bara ett, sätt att tillse att detta ansvar fullgörs är att pröva sakligheten av verksamhetsrelaterade uppsägningar.

Konsekvensen av saklighetsprövningar

En förklaring, som jag antytt, till domstolarnas obenägenhet att pröva sakligheten av verksamhetsrelaterade uppsägningar är svårigheten att överblicka konsekvenserna för den berörde arbetsgivarens verksamhet. På ett strukturellt plan skulle obenägenheten kunna sägas böttna i ett medvetet ställningstagande angående konsekvenserna för det ekonomiska systemets drivkrafter och det är så det finns anledning att anta att lagförarbetena uppfattats. Det gemensamma för båda dessa förklaringsmodeller är att de böttnar i föreställningar på djupstruktursnivå om förhållandet mellan rättslig reglering och marknadsekonomin funktionssätt. De föreställningar som en rättstillämpning av det slag jag förespråkar framkallar skulle, i vart fall om budskapet övertolkas, kunna åsamka stor skada. Det är därför viktigt att göra en skarp åtskillnad mellan företagsledningsbeslutet och eventuella genomförandeåtgärder i form av uppsägningar. *Det är inte verksamhetsbeslutet som skall överprövas och eventuellt ogiltigförklaras.* Det föreligger inte någon direkt konflikt mellan rätten att exempelvis minska produktionens omfattning och en begränsning av rätten att som ett led häri säga upp anställda. Det

²⁵ Såvitt jag erinrar mig var det för att slippa denna typ av monopolisering av arbetskraften som förbudet mot privat arbetsförmedling en gång infördes.

finns således inte något omedelbart samband på det sättet att uppsägningar är ett nödvändigt resultat av ett beslut om driftsinkränkning.

Det är allvarligt om den bild som sprids av rätten bidrar till att hämma företagsamheten. Om bilden är korrekt eller inte saknar betydelse. De förändringar som genomförts under senare år för att tillgodose särskilt småföretagens intressen skulle kunna sägas vara ett resultat av att den bild som spridits om arbetsrättens innehåll varit inkorrekt men icke desto mindre handlingsdirigerande. Men vi måste också komma ihåg att rätten utgörs av en komplex relation mellan beteenden och föreställningar och det är genom att sprida bilden av att en viss regel hämmar företagsamheten som den kan komma att hämmas.²⁶

Men det är också ett alltför ensidigt förhållningssätt att beakta vilka föreställningar rätten framkallar inom det ekonomiska handlingssystemet. De ekonomer och andra som framhäver betydelsen av återverkningarna inom det sociokulturella systemet får en allt för tillbakadragen placering i debatten. Det kan mycket väl förhålla sig så att det som påstås verka dämpande på aktiviteten inom näringslivet istället leder till motsatsen på grund av att signalerna medför att tryggheten bland människor ökar, vilket i själva verket kan påverka ekonomin i positiv riktning. Om den arbetsrättsliga regleringens betydelse för det ekonomiska systemets drivkrafter *vet* vi väldigt lite. Den påstådda kunskapen är dessutom en viktig föreställningsskapande faktor och när den förmedlas av till synes objektiva vetenskapliga företrädare är det ägnat att dölja det faktum att det i själva verket rör sig om dolda värderingar. När motsvarande synpunkter kommer från SAF respektive LO är det betydligt lättare att inse detta.

De möjligheter jag pekar på att kunna pröva sакligheten syftar inte till att åstadkomma förändringar i företagsamhetens premisser och ett anammande av den kritik jag riktar kommer heller inte att leda därtill. När arbetstagsarsidan i bastubadarmålet²⁷ argumenterade för att domstol skulle kunna pröva sакligheten i ett arbetsledningsbeslut motsatte sig arbetsgivararsidan detta bestämt. Inte för att osакligheten skulle kunna uppdragas utan för att de inte ansåg det lämpligt att domstol skulle kunna göra den typen av prövningar. När nu domstolen ändå kom fram till detta förefaller det inte ha fått någon avgörande betydelse för företagsamheten (och det förefaller heller inte ha lett till någon nämnvärd ök-

²⁶ När företrädare för SAF våren 1999 går ut och påstår att de nya lagarna mot diskriminering i arbetslivet leder till att det blir för svårt att anställa och att företag därför kommer att avstå riskerar det således att bli en självuppfyllande profetia. Det är just på grund av detta föreställningsspridande som företagen kan komma att handla så.

²⁷ AD 1978:89.

ning av de tvister som hamnar i domstol). Och så kommer heller inte att bli fallet om domstolen prövar sakligheten i arbetsbristuppsägningar. Utfallet av en sådan mer ingående prövning kommer i flertalet fall att bli densamma som idag blir fallet på det schabloniserade synsättets grund. Men det är för att en avvägning mellan parternas intressen mot bakgrund av förhållandena i det enskilda fallet utfaller till arbetsgivarens fördel och inte på grund att det juridiskt/tekniskt rör sig om icke-personliga eller verksamhetsrelaterade förhållanden.

I stället för att tala om godtycke (eller snarare icke-godtycke) står det i bättre överensstämmelse med regelns funktioner att tala om att saklig grund-regeln ger uttryck för att människor skall behandlas med värdighet.²⁸ Människor är ingen handelsvara. Ägnar man sig åt verksamheter som kräver andra människors deltagande har man lämnat det område där det möjligen kan vara relevant att tala om frihet. I den mån normbildningen inom det ekonomiska fältet baseras på människan som vara och inte som varelse är det politikens uppgift att genom rätten justera detta förhållande.²⁹ Det är därför inte tillräckligt att vid prövningen av en ifrågasatt arbetsbristuppsägnings saklighet ta ställning till att det inte finns bakomliggande personliga förhållanden.

Ett företag som samtidigt som det varslar om uppsägningar ansöker om dispens för att ta ut ytterligare övertid av de kvarvarande, frivilligt betalar ut tiotals miljoner i avgångsvederlag till avgående eller sparkade direktörer, beslutar om att en enhet skall få vara kvar för att kort tid därefter ändra sitt beslut och lägga ned enheten och tillgodose sina arbetskraftsbehov på annat sätt, förvärvar ett företag i syfte att lägga ned det, väljer att lägga ned en enhet i Sverige på grund att det är billigare att göra sig av med anställda här än i alternativa länder är exempel på situationer där uppsägningar – i den mån sådana aktualiseras – bör ogiltigförklaras. Men det krävs naturligtvis att de fackliga organisationerna inte bara för en politisk/moralisk debatt kring dessa frågor utan att de också driver rättsliga processer.

Slutord

Saklig grund-regeln i LAS är en intresseavvägningsnorm, avsedd att tillhandahålla ett redskap för att lösa den intersystemkonflikt som föreligger mellan det ekonomiska och sociokulturella handlingssystemet, för att tala med Hydén.³⁰ I det sammanhanget är de marknadsekon-

²⁸ Jfr Sigeman JT 1989/90 s 203

²⁹ Jfr Hydén Vad kommer efter lönearbetsrätten 1996 s 158-59.

³⁰ Se ovan avsnitt 4.4.1.

miska friheternas dynamiska sida att betrakta som värden hämtade från ett ekonomiskt idésystem, vilka – kanaliserade såsom arbetsgivarintressen – skall vägas mot värdet av anställningstrygghet – kanaliserat såsom arbetstagarintressen. Anställningstryggheten som värde innefattar såväl en social som en ekonomisk aspekt. Å andra sidan är vår välfärd betingad av framgångsrik företagsamhet och sådan kräver hög beredskap för omvärldsförändringar. Det är i fältet mellan dessa båda värden som intresseavvägningen skall ske och det är genom denna avvägning vi får till stånd ett aktivt ställningstagande på det horisontella planet.

Jag anser inte att det är ändamålsenligt att en domstol avgör vad som är rimliga lönsamhetskrav, hur ett företag skall organiseras etc. Sådana frågor bör istället arbetsrättsligt, som också är fallet, vara föremål för förhandlingar mellan parterna. För att sådana förhandlingar skall bli reella måste emellertid möjligheterna stå öppna för domstol att pröva sakens saktligheten av uppsägningar som företas med hänvisning till sådana förhållanden. Så länge arbetsgivaren har bestämmanderätten över såväl företagsledningsbeslutet som behovet av uppsägningar med anledning därav förs inte förhandlingarna på lika villkor. Som framhållits ovan är den oförutsebarhet om den rättsliga utgången som ett utökat utrymme för saktlighetsprövningar innebär ägnad att stärka det reflexiva inslaget i den anställningsskyddsrettsliga regleringen. Förhandlingsinstrumentets betydelse kommer således att öka och en av de faktorer som den rättsliga intresseavvägningen bör ta hänsyn till är just resultatet av förhandlingsuppgörelser.

I den debatt som förts kring lönsamma företags uppsägningsvarsel har framhållits det cyniska i att samtidigt som varslen läggs så stiger börskursen. Om vi då samtidigt betänker att de aktieägare som utövar starkast tryck i allt större utsträckning består av institutioner som förvaltar spar- och pensionsmedel för vanliga löntagare blir förhållandet närmast absurt; den som företräder mig i syfte att få god avkastning på mitt pensionssparande driver i detta syfte fram beslut som innebär att jag blir uppsagd från mitt arbete.

På samma sätt som Wilhelmsson menar att en social civilrätt kan ha viktiga funktioner när välfärdsstaten är i upplösning kan motsvarande göras gällande på detta område. En utökad prövning av verksamhetsrelaterade uppsägningars saktlighet betyder i denna mening ”ett slags privatisering av socialskyddet” och är därför ”i harmoni med de mer allmänna privatiseringssträvandena i samhället.”³¹

³¹ Wilhelmsson En social avtalsrätt? – Några kommentarer 1993/94 s 507.

5.2 Summary

The thesis describes and criticises what I call a stereotyped or a formalistic view on the subject of shortage of work and the legal requirement for a just cause for dismissal. The purpose is to show how this view has developed and to explain the conceptions of which it is built and to show its effects.

Part 1 – Introduction

In the first part, the topic is introduced together with the theoretical and methodological basis on which the work is built.

In chapter two (1.2) the dilemma of legal studies (sw “rättsdogmatik”) is described by showing the inescapable confusion between descriptivity and normativity in presentations of the existing law (sw “gällande rätt”), as well as the impossibility of making a distinction between them. The analyse is based on the standard division between argumentation “de lege lata” and “de lege ferenda” and distinctions linked to that. The paradox of social science and the normative function found in statements claiming to be descriptive, actually show that the object of legal studies – “the existing law” – is an object only in appearance. An explanation to what has become the object of legal studies is the unreadiness to make a difference between jurisprudential method and practical judicial method. This in turn is a consequence of preconceived ideas about what the objective of jurisprudence is.

On the basis of this criticism I profess myself an adherent to two separate Nordic jurisprudential traditions, the Scandinavian realism and the alternative jurisprudence. I also try to unite these two traditions. Like Posner, I criticise some of the realists for not taking the methodical consequences of their ontological view on law. From my point of view, the main task for a realistic jurisprudence must be to study the relationship between legal behaviour and legal conceptions.

As a representation of the social structures that give rise to conceptions I use different social fields, made up by a system of beliefs and a system of actions, and where law is treated as such a field. I use this to try to explain how conceptions are being transformed between different social fields. In order to get a better understanding of the relation between the legal system of action and the legal beliefsystem, the latter is, according to theories among different legal philosophers, divided into three different levels (deep-structure, system of law and rules). I empha-

size the importance in this context to distinguish between the process of discovery and the process of justification.

Finally I discuss the justification of a normative approach in jurisprudence and what such an approach must be based on. Here I use the so-called 'alternative jurisprudence' and especially the theories and works of Thomas Wilhelmsson.

Part 2 The situation before the Employment Protection Act (LAS)

In part two, the situation before the 1974 Employment Protection Act (LAS) is described. Conceptions of earlier legal positions have a normative influence on views of the scope of possible legal solutions today. The conventional view of the law and of collective agreements before LAS that predominates is that the Swedish Labour Court strictly maintained the principle of the employers free right to dismiss employees and the agreements between the Swedish Employers' Confederation (SAF) and the Swedish Trade Union Confederation (LO). With the purpose of strengthening the criticism against the present view on shortage of work as a basis for dismissal, I account for cases that put this conventional view in a different light. Using the practice of the Swedish Labour Court as an empirical source, an extensive account of regulations in collective agreements outside the SAF/LO-sphere that include limitations to the free right to dismiss employees is made. Among these limitations, the rule of priority holds a unique position. However, there are agreements showing that legal protection of employment in some areas went beyond the Employment Protection Act of today.

The presentation of the legal position of that time is started with a description of the court's creation and strict maintenance of the principle of a free right to dismiss employees up until the introduction of LAS (2.3). However, a different strain of judicial practice is entering the stage parallel to this. In chapter 2.4, a description is made of how the court gradually creates and maintains principles to protect stipulated limitations to the free right to dismiss employees. Most interesting is perhaps the way the court creates norms regarding demands for objectively acceptable reasons in general for dismissal in situations where there are contractual obligations between the parties in which rules of priority are included. In combination with the fact that such regulations do not appear to have been unusual, it shows that the legal protection of employment was relatively far-reaching in several sectors of the labour market. It is also of special interest that one of the reasons why the Labour Court found general demands for acceptable reasons necessary was that the

employers otherwise could escape the rules of priority by claiming that the dismissal was due to personal reasons, in which case there existed no limitations of the right to dismiss employees. This should be compared with the situation today, where employers has an interest in labelling personal reasons as shortage of work, since there are no limitations in this case.

In chapter 2.5 I describe how the concept of shortage of work was treated in court practice before LAS, both when applying the rules of priority, stipulations where shortage of work was said to be based on just causes, as well as when applying regulations (stipulated or created by the court) about demands for objectively acceptable reasons. The analysis shows that the ideas prevailing today of a normatively relevant division between shortage of work and personal reason did not exist. It is also possible to see a much more balanced treatment of the various situations compared to the situation today. In the rules of priority, shortage of work did not mean either business-related or non-personal reasons. It did mean that the scope for application of the rules of priority was limited. On the other hand a technical concept of shortage of work did not govern the views on what demands of objectively acceptable reasons meant. The parallels drawn between rules of priority and the rules for a just cause which distinguish judicial application today is thus a modern invention that has not improved legal protection of employment.

Part 3 Shortage of work and the “just cause requirement”

Part three, which is the main part of the work, describes and analyses the development towards a stereotyped and a formalistic view on the question of shortage of work and the “just cause requirement”.

As a beginning, certain semantic distinctions are introduced and preliminary definitions of terms are made. With the help of the semantic quadrant of Greimas, two different views are defined. In both cases shortage of work is used as a condition (sw. “rekvisit”) in the rule of just cause, but with different meanings. What I call a formalistic view is described in terms of taking a normatively relevant contradictory division between personal reasons and shortage of work, where the latter is defined as non-personal reasons. The division plays a part even in that which I call a stereotyped view, but here the terms stand in opposition to one another and shortage of work has a meaning resembling business-related circumstances.

As a starting-point for the description of the development towards an ever more formalistic view, the present concept of shortage of work and

the demand for a just cause are confronted with the *travaux préparatoires* of the Employment Protection Act (LAS) of 1974. The purpose of this is to show that it has been “overinterpreted” and that it does not give support to a contradictory concept of shortage of work.

In the main chapter (3.4), the successive development is described in the form of a chronological presentation of analyses of standpoints in court practice, literature and other sources of law and how they have affected one and another.

In the decisions of the Labour Court during the first years after the introduction of LAS there are cases that could be said to show that the court inquiries into whether there is a just cause. When formulating the burden of proof regarding so called feigned shortage of work in the classic case AD 1976:26, however, the principle of a free right to dismiss seems to have been taken as a starting-point. Already at the end of the seventies it is possible to see that the concept of shortage of work starts to influence argumentation and that judgements become stereotyped. In literature during 1978-79 it is also possible to see that the notion of a normatively relevant division is established. In a criticised verdict from 1982 the court makes what appears to be a true examination of whether there is a just cause in a case concerning shortage of work, but afterwards the stereotyped view is strengthened and the court backs from many of the standpoints that were taken in the middle of the seventies. In a couple of cases from 1986-87 the contradictory concept of shortage of work gains a foothold in court and is used as a normative starting-point when deciding whether there are just causes. In a case from 1993 (AD 1993:101), the normative conceptions behind a stereotyped view are made clear when the court for the first time, as far as I can find, refers to 'management prerogative' (sw 'företagsledningsrätten) in this context. In the case the court shows in action that an examination of whether there is a just cause for dismissal based on decisions about business-related changes can not be considered. During this period the court also has to deal with several cases concerning the changing of terms of employment. In these cases the formalistic view is being used as a method when the court takes a stand on whether a just cause exists after an employee has declined an offer of changing terms of employment. The most elucidating case connected to this is AD 1994:122 in which the court puts forward a template for how to decide whether a dismissal should be considered to have been based on personal reasons or shortage of work. The way in which the court and the parties put forward their questions shows that they stick to the idea that such a classification is of immediate relevance to the question of just cause. The

way in which the questions are asked makes it difficult to see it in other ways than that they mean that if a dismissal judicially/technically shall be considered to be based on shortage of work, then the question of a just cause is already determined.

Even the view of the lawmaker has been affected during this period. In the Government Bill 1994/95:76 the argument for replacing the alteration in LAS which meant that the employer himself could exclude two people from the rules of priority is based on an apparent stereotyped view on the issue of shortage of work and the demand for a just cause. The *travaux préparatoires* concerning the changes that were made for the purpose of adjusting the Swedish regulations to the Council Directive 77/187 on the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings are expressed in a way that shows how tied the lawmaker is to the "divisional thinking"; it is the concept of shortage of work that is to be changed.

In the fifth, concluding, chapter, I sum up my criticism and make it more precise. I also dismiss a formalistic viewpoint on the issue.

Part 4 Employment protection and the management prerogative

In part four the criticism against a stereotyped viewpoint is developed from four different starting-points.

At the beginning of chapter two (4.2) the structure of the employment protection and the limitations of what I call the protective rules are described. The stereotyped view is legitimised by calling attention to the rules of priority, the rules of priority for re-engagement and obligation to negotiate before taking decisions on business-related changes that will lead to dismissals. Before continuing, I shed light on manifestations of this connection between a free right to dismiss employees due to shortage of work and these protective rules. In the main part of the chapter I give account for my views on the limitations of the protective rules. Both the rules of priority rights in relation to redundancy and the rules of priority for re-engagement after redundancy dismissal contain important limitations, and the scope for achieving the result hoped for regarding who should be dismissed and who should be re-employed is big. In connection to this, the shifting of the judicial context that has taken place through the abolishing of the employment office monopoly is discussed. In combination with the fact that when examining whether there is a just cause to give notice in cases where the protective rules have been abolished through collective agreements, the court has not been taken this fact into account. The way in which the court has taken

personal circumstances into account when examining the demand for proper qualifications, and its formalistic attitude towards claims of attempts to circumvent the rules are given attention in the chapter. The non-obligatory nature of the protective rules are criticised, especially from the point of view that it contributes to wipe out the limits between the issue of just cause and the issue of rules of priority.

In chapter three (4.3) the criticism targets the normative conceptions behind a stereotyped viewpoint and the so-called 'management prerogative' is placed in focus. First, the terminology is described, such as what the term 'management prerogative' means and the judicial contexts in which it appears. I show that the concept mostly appears in two contexts. On the one hand side, it is used as a basis when taking up a stand in cases concerning rules of peace obligation (sw "fredsplikt"). On the other hand, it is used as a systematic basis when describing the rules of labour legislation. Usually, no distinction is made between the two contexts. The management prerogative is analysed under the heading "employers prerogative or freedom within market economy". In this analysis, I claim that the management prerogative not primarily has to do with the company's capacity as employer. It is put forward that there is a tendency to talk about employers even in contexts where there are other capacities that are relevant. The difference between the management prerogative and the true prerogatives of employers are pointed out. The right to direct and allocate work (sw "arbetsledningsrätten") as well as the right to dismiss concerns the direct relationship with the employees. There is no corresponding connection between the management prerogative and the employees. If the need arises to take measures in relation to the employees when exercising the management prerogative, the true employer's prerogatives take over. After this I claim that the management prerogative in fact is nothing but the freedom within market economy – freedom of contract, freedom of trade and the right to ownership of property – in a different guise. The point is to show that it is nothing but the interests of the employer, which in an examination of just cause must be weighed against the interests of the employee – social and economical – in keeping the employment. An important aspect of the criticism is that no sharp distinction is made between decisions concerning the business and implementations of business decisions. The stereotyped view is based on the idea that if a dismissal due to shortages of work is called into question, then the decision on which the dismissal is based is rejected at the same time. No difference in principle exists in practice between a dismissal due to shortage of work and due to personal reasons. In both cases it is ultimately a

question of financial responsibility being put on the employer. As little as a declaration of invalidity of a dismissal due to reduced working capacity forces the employer to let the employee do the same task as earlier, an annulment of a dismissal due to shortage of work means that the employer must come to a different management decision. I also claim that when values from an economical beliefsystem without closer examination are transferred to the judicial system, it is easy to forget that these values do not even fully penetrate the system of action in the economical sphere. There are many factors deterring companies from dismissing due to shortage of work even in situations where the concepts of the judicial system allow it. Disregarding these realities, the judicial system gives in practice a competitive edge to those companies that do not take such matters into consideration.

In chapter four (4.4) a stereotyped viewpoint taken from theories of regulation functions, types of norm and argumentation models are criticised. To begin with, different theories on the relationship between social changes and forms of legal regulation are described. The emphasis in this description is on Teubner's reflexive jurisprudence and the discussions that have been conducted around this. This is followed by a presentation of different opinions on the relationship between types of norm and argumentation models, and regulation functions and regulation forms respectively. This, in turn, forms the foundation of the analysis of the character of the rule of just cause. The difference between strict rules (sw "pliktnormer") and norms of evaluation (sw "avvägningsnormer") is pointed out. It is shown that the core of the norm of evaluation is that a weighing of separate interests should be done in the individual case without letting earlier judicial solutions have any decisive importance to the case. It is pointed out that the traditional demand for security in legal relations that manifests itself in the concept about the importance of predictability is not an obvious quality, at least not when applying norms of evaluation. The qualitative element in the demand for predictability means that the correspondence between the underlying values and legal application is clear. A purely formal view on the demand for predictability is, if matters are brought to its head, absurd. The norm of evaluation is an excellent instrument for creating prerequisites in a realistic spirit for the court to take its responsibility by ensuring that the application is in agreement with the fundamental values on which the regulation is based. The views are then applied to the rule of just cause in the light of the way in which the rule has been formulated and the reasons that have been stated. I therefore mean that it is obvious that the rule best serves its purpose when it is treated as a norm of

evaluation in the application phase. I also mean that this is the case regarding cases of dismissals due to personal reasons. Due to the unforeseeable nature that such an attitude would contain even in cases related to the company's business, the right conditions exist for a real, reflexive discourse in negotiations preceding decisions on business-related changes and dismissals. Saying that the Labour Court applies a formalistic argumentation model on a norm of evaluation can sum up the criticism in this part.

In the last chapter of this part (4.5) the stereotyped viewpoint is criticised from what could be characterised as an empirical basis. The purpose is to show that the reason why one does not want to make the meaning of the rules of just cause concrete is relevant also when it comes to business-related circumstances. By dividing these grounds for dismissal into background, decision and realisation, I try to show that the situations are so different from each other that a stereotyped view appears to be non-analytical. The systematisation and the normative implications of it serves as an instruction for how examinations of just cause and business-related circumstances could look. I shed light on how different concepts of shortage of work are confused, which among other things manifests itself when shortage of work that is the result of a business-related decision is regarded as the reason for dismissal, and not the reasons that brought about the decision. By examining the real background, one is given an instrument for judging whether there is a just cause in which such elements as the relationship between background and decision should be given appropriate relevance. If the background is brought out it also becomes evident that the distinction that is often made between shortage of work and personal circumstances is not well-reasoned since it is often the case that the same reasons are at the bottom of dismissals due to personal reasons and due to shortage of work. The reason why employers want to get rid of employees with reduced working capacity is that they are unprofitable, i.e. the reasons are as a rule purely economical. There is no decisive difference from the cases of shortage of work and it begs the question how the court can examine economical reason when they are related to a certain individual but not when such a connection is missing.

Källförteckning

Offentligt tryck

Utredningsbetänkanden, departemenstpromemorior och direktiv

SOU 1935:18 Betänkande med förslag till lag om arbetsavtal. Avgivet av inom socialdepartementet tillkallade sakkunniga. (Kommittén angående privatanställda.)

SOU 1935:59 Betänkande med förslag till lag om förenings- och förhandlingsrätt avgivet av inom socialdepartementet tillkallade sakkunniga. (Kommittén angående privatanställda.)

SOU 1938:13 Betänkande med förslag angående förvärvsarbetande kvinnors rättsliga ställning vid äktenskap och barnsbörd.

Stencil In 1971:1 Den äldre arbetskraftens anställningstrygghet. Promemoria upprättad inom inrikesdepartementet. Februari 1971.

SOU 1973:7 Trygghet i anställningen. Betänkande av givet av Utredningen rörande anställningstrygghet och vidgad behörighet för arbetsdomstolen.

SOU 1975:1 Demokrati på arbetsplatsen. Förslag till ny lagstiftning om förhandlingsrätt och kollektivavtal. Betänkande avgivet av arbetsrättskommittén.

Ds A 1981:6 Anställningsskydd. Promemoria sammanställd inom arbetsmarknadsdepartementet på grundval av anställningsskyddskommitténs (A 1977:01) arbete.

SOU 1982:60 MBL i utveckling. Betänkande av Nya arbetsrättskommittén.

Ds 1989:30 Arbetsmarknadsdepartementet. Arbetsförmelingslagen – en översyn.

SOU 1993:32 Ny anställningsskyddslag. Delbetänkande av 1992 års arbetsrättskommitté.

SOU 1994:83 Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar, EU och den svenska arbetsrätten.

SOU 1997:58 Personaluthyrning. Slutbetänkande av Kommittén för utvärdering av avregleringen av arbetsförmedlingsmonopolet.

SOU 1998:107 Främjandelagen – en översyn. Slutbetänkande av Utredningen om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder (FUDA).

SOU 1998:115 Distansarbete. Betänkande av Distansarbetsutredningen.

Dir 1991:118 Kommittédirektiv. Översyn av den arbetsrättsliga lagstiftningen.

Dir 1992:109 Kommittédirektiv. Tilläggsdirektiv till 1992 års arbetsrättskommitté.

Dir 1995:30 Kommittédirektiv. Kommission om den svenska arbetsrätten.

Dir 1997:83 Kommittédirektiv. Regleringen av distansarbete.

Propositioner

Prop 1939:20 Kungl. Majts proposition till riksdagen med förslag till lag om förbud mot arbetstagares avskedande i anledning av trolovning eller äktenskap m. m.; given Stockholms slott den 3 mars 1939.

Prop 1944:217 Kungl. Majts proposition till riksdagen med förslag till hembiträdeslag

Prop 1970:150 Kungl. Majts proposition till riksdagen ang lag om arbetstid m m i husligt arbete

Prop 1971:107 Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om anställningsskydd för vissa arbetstagare, m.m.

Prop 1973:129 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om anställningsskydd, m.m.

Prop 1974:174 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om ändring i statstjänstemannalagen (1965:274),m. m.

Prop 1975/76:105 I Regeringens proposition 1975/76:105 Bilaga 1. Arbetsmarknadsdepartementet. Arbetsrättsreform: Lag om medbestämmande i arbetslivet.

Prop 1975/76:105 II Regeringens proposition 1975/76:105 Bilaga 2. Finansdepartementet. Arbetsrättsreform: Lag om offentlig anställning.

Prop 1978/79:175 Regeringens proposition 1978/79:175 med förslag till lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet, m.m.

Prop 1981/82:71 Regeringens proposition 1981/82:71 om ny anställningsskyddslag m.m.

Prop 1984/85:62 Regeringens proposition 1984/85:62 om ändring i lagen (1982:80) om anställningsskydd, m.m.

Prop 1990/91:124 Regeringens proposition 1990/91:124 om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft, m.m.

Prop 1991/92:170 Regeringens proposition 1991/92:170 om Europeiska ekonomiska samarbetsområdet(EES)

Prop 1992/93:218 Regeringens proposition 1992/93:218 om avreglering av arbetsförmedlingsmonopolet.

Prop 1993/94:67 Regeringens proposition 1993/94:67 om ändringar i lagen om anställningsskydd och i lagen om medbestämmande i arbetslivet.

Prop 1994/95:76 Regeringens proposition 1994/95:76 Förändring av vissa arbetsrättsliga regler.

Prop 1994/95:102 Regeringens proposition 1994/95:102 Övergång av verksamheter och kollektiva uppsägningar.

Prop 1996/97:16 Regeringens proposition 1996/97:16 En arbetsrätt för ökad tillväxt.

Utskottsbetänkanden och motioner

InU 1971:18 Inrikesutskottets betänkande i anledning av Kungl. Maj:ts proposition med förslag till lag om anställningsskydd för vissa arbetstagar, m. m.

InU 1973:36 Inrikesutskottets betänkande i anledning av propositionen 1973:129 med förslag till lag om anställningsskydd, m.m., jämte motioner.

AU 1981/82:11 Arbetsmarknadsutskottets betänkande om anställningsskydd.

AU 1983/84:3 Arbetsmarknadsutskottets betänkande om anställningsskydd.

1990/91:AU20 Arbetsmarknadsutskottets betänkande. Privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft.

1992/93:AU16 Arbetsmarknadsutskottets betänkande. Avreglering av arbetsförmedlingsmonopolet.

1993/94:AU4 Arbetsmarknadsutskottets betänkande. Förändringar i arbetsrätten.

1994/95:AU4 Arbetsmarknadsutskottets betänkande. Förändring av vissa arbetsrättsliga regler, m.m.

Motion 1983/84:661 av Ove Karlsson m fl (s) (ang entreprenader och företrädesrätt)

Motion 1994/95 A 14 Sinnika Bohlin (s)

Litteratur mm

Aarnio, Aulis On legal reasoning. Turku 1977.

Aarnio, Aulis och Uusitalo, Jyrki Paradigm i rättsdogmatiken. Mot en teori om förändring och framsteg inom rättsvetenskapen . Tidskrift för rättssociologi 1983/84 s 263.

Abrahamsson, Bengt och Broström, Anders Om arbetets rätt. Vägar till ekonomisk demokrati. AWE/Gebers. Stockholm 1980.

Adlercreutz, Axel Kollektivavtalet. Studier över dess tillkomsthistoria. CWK Gleerup. Lund 1954.

Adlercreutz, Axel Arbetstagarbegreppet. Norstedts. Stockholm 1964.

Adlercreutz, Axel Svensk arbetsrätt. Andra upplagan. Almqvist & Wiksell. Stockholm 1970.

- Adlercreutz, Axel Svensk arbetsrätt. Femte upplagan. AWE/GEBERS. Stockholm 1975.
- Adlercreutz, Axel Rättstillämpningen och samhällslivet. Festskrift till Per Stjernquist. Juridiska förening i Lund. Lund 1978.
- Adlercreutz, Axel Svensk arbetsrätt. Sjätte upplagan. AWE/GEBERS. Lund 1979.
- Adlercreutz, Axel Svensk arbetsrätt. Sjunde upplagan. Norstedts. Stockholm 1986.
- Adlercreutz, Axel Svensk arbetsrätt. Åttonde upplagan. Norstedts Juridik. Stockholm 1991.
- Adlercreutz, Axel Svensk arbetsrätt. Nionde upplagan. Fritzes, Norstedts Juridik. Stockholm 1994.
- Agell, Anders Spridda tankar om civilrättens forskningsuppgifter. I Mål och metoder för forskning inom civilrätten. Symposium i Stockholm 16-17 november 1973. Statens råd för samhällsforskning 1974.
- Agge, Ivar Abstrakt norm och konkret verklighet. Festskrift tillägnad Gösta Eberstein. Stockholm 1950.
- Agge, Ivar Till frågan om rättsvetenskapens gränser. Festskrift tillägnad Nils Herlitz. Stockholm 1955.
- Agge, Ivar Huvudpunkter.... se Sundberg, Jakob.
- Ahlander, Björn Är juridiken en vetenskap. Stockholm 1950.
- Ahlander, Björn Om rätt och rättstillämpning. Studier i juridikens idéhistoria och rättstillämpningens teori. Almqvist & Wiksell. Stockholm 1952.
- Ahlberg, Kerstin MBL överflödig? ”Paragraf 32 kunde ha avskaffats utan lagstiftning”. Lag & Avtal nr 6 1979 s 31.
- Allwood, Jens och Andersson, Lars-Gunnar Semantik Guling 1. 7:e upplagan. Kompendium. Institutionen för Lingvistik vid Göteborgs Universitet 1984.
- Andersen, Kristen Rettsvitenskap og metode. Synspunkter i anknytning til de senere års meningsbrytninger i nordisk teori. Lov og Rett 1972 s 435. (Artikeln bygger på ett föredrag från 1943, publicerat 1972 utan ändringar av betydelse.)
- Andersson, Anderz, Bejstam, Lars, Edström, Örjan och Zanderin, Lars Kommunal arbetsrätt. Studentlitteratur. Lund 1994.
- Andersson, Anderz och Edström, Örjan Arbetsrätten. I Sandgren (red) Kunskapsföretaget i ett rättsligt perspektiv. Norstedts Juridik Fritzes. Stockholm 1995.
- Andersson, Anderz, Edström, Örjan och Zanderin, Lars Arbetsrätt. LTs förlag AB. Stockholm 1995.
- Andersson, Anderz, Edström, Örjan och Zanderin, Lars Arbetsrätten i staten. Studentlitteratur. Lund 1996.

- Andersson, Håkan Skyddsändamål och adekvans. Iustus förlag. Uppsala 1993.
- Andersson, Håkan Topisk retorik inom juridiken. I Retorik och rätt. Iustus förlag. Uppsala 1994.
- Andersson, Torbjörn Rättsskyddsprincipen. Iustus förlag. Uppsala 1997.
- Arbetsgivarverket Arbetsgivarverkets cirkulärserie 1994 A 6. Tema anställningsskydd.
- Arbetsmarknadsboken 1985 Brevskolan. Stockholm 1985.
- Arbetsmarknadsboken 1986 Brevskolan. Stockholm 1986.
- Arbetsmarknadsboken 1989/90 Brevskolan. Stockholm 1989.
- Aubert, Vilhelm Det dolda samhället. Bokförlaget Aldus/Bonniers. Stockholm 1968. (Urspr: The Hidden Society 1965)
- Aubert, Vilhelm Rättssociologi. Bokförlaget Aldus/Bonniers. Stockholm 1972.
- Avtal om företagsnämnder 1946 års avtal om företagsnämnder med däri år 1958 vidtagna ändringar. Stockholm 1958.
- Basse, E M Udviklingen af retsdogmatikken gennem anvendelse af andre samfundsvidenskaber. Retfærd 44 (1989).
- Basse, E M Juridisk empirisk forskning med administrativ praksis som studieobjekt. I Basse, E M (red) Regulering og styring - en juridisk teori- og metodebog. Gads Forlag. København 1989.
- Basse E M (red) Regulering og styring - en juridisk teori- og metodebog. Gads Forlag. København 1989.
- Basse, E M (red) Regulering og styring II - til fornyelse af den juridiske teori og metode. G E C Gad. København 1990.
- Basse, E M och Jensen, V (red) Regulering og styring III. Et bidrag til den juridiske forskeruddannelse. G E C Gad. København 1992.
- Bengtsson, Bertil Om civilrättens splittring. Festskrift till Kurt Grönfors. Norstedts Juridikförlag. Stockholm 1991.
- Bergholtz, Gunnar Ratio et Auctoritas. Ett komparativrättsligt bidrag till frågan om domsmotiveringens betydelse främst i tvistemål. Juridiska föreningen i Lund. Lund 1987.
- Bergholtz, Gunnar Rättsvetenskap och rättspolitik. I 25 års utredande - en jubileumsskrift. DUS (Departementens Utredningsavdelnings skriftserie) 1990:1. Departementens utredningsavdelning i Malmö. Regeringskansliets offsetcentral. Stockholm 1990.
- Bergholtz, Gunnar Hönan och ägget. Festskrift till Ulla Jacobsson. Norstedts Juridik. Stockholm 1991.
- Bergholtz, Gunnar Rune Lavin v. Aleksander Peczenik: A Swedish Example of the Usefulness of Legal Theory for Legal Dogmatics. I Justice,

- Morality and Society. A Tribute to Aleksander Peczenik on the Occasion of his 60th Birthday 16 November 1997. Juristförlaget i Lund. Lund 1997.
- Bergqvist, Roland Arbetsgivarna bär skulden för krånglet. Lag & Avtal nr 5 1995 s 28.
- Bergqvist, Olof Läsvärd avhandling: Fackföreningen och rätten. Lag & Avtal nr 5 1979 s 31.
- Bergqvist, Olof och Lunning, Lars Medbestämmandelagen. Lagtext med kommentarer. Liber förlag. Stockholm 1986.
- Bergström, Lars Grundbok i värdeteori. Bokförlaget Thales. Stockholm 1990.
- Bergström, Svante Kollektivavtalslagen. Hugo Gebers förlag. Stockholm 1948.
- Bergström, Svante Kan den juridiska tekniken förbättras? Festskrift till Per Olof Ekelöf. P.A. Norstedt & Söners förlag. Stockholm 1972.
- Berner-Öste, Mia Om termer, begrepp och definitioner. Argos Förlags AB. Uppsala 1968.
- Bernitz, Ulf Reflexioner om rättsvetenskapens funktion och aktuella forskningsuppgifter. I Mål och metoder för forskning inom civilrätten. Symposium i Stockholm 16-17 november 1973. Statens råd för samhällsforskning 1974.
- Bertilsson, Margareta och Eyerman, Ron Introduktion i Habermas, Jürgen Den rationella övertygelsen. En antologi om legitimitet, kris och politik. Akademitratur. Stockholm 1984.
- Bjarup, Jes Retskildelære. TfR 1974 s 145.
- Bjarup, Jes Jan Hellners rättsteori - i anledning av Claes Petersons recension. JT 1996/97 s 828.
- Bladini, Filip Gruppsskadeförsäkring. Norstedts. Stockholm 1990.
- Bladini, Filip Den konkurrensrättsliga argumentationen. I Ånd og rett. Festskrift til Birger Stuevold Lassen. Universitetsforlaget. Oslo 1997.
- Boe, Erik Kopleing fra tradisjonell rettsvitenskapelig metode til andre vitenskapelige metoder. I Basse, E M (red) Regulering og styring - en juridisk teori- og metodebog. Gads Forlag. København 1989.
- Bogdan, Mikael Komparativ rätt. Juridiska föreningen i Lund. Lund 1978.
- Bolding, Per Olof Juridik och samhällsdebatt. Almqvist & Wiksell. Stockholm 1968.
- Bolding, Per Olof Bevisbörda och beviskrav. Juridiska föreningen i Lund. Lund 1983.
- Bolding, Per Olof Beviskravet. I Rätt och sanning. Ett bevisteoretiskt symposium i Uppsala 26-27 maj 1989. Iustus förlag. Uppsala 1990.
- Boman, Robert Om åberopande och åberopsbörda i dispositiva tvistemål. Norstedts. Stockholm 1964.

- Boman, Robert Bevisbörda. I Rätt och sanning. Ett bevisteoretiskt symposium i Uppsala 26-27 maj 1989. Iustus förlag. Uppsala 1990.
- Boman, Robert Bevisbörda och civilrätt (eller sfärernas harmoni). Festschrift till Bertil Bengtsson. Nerenius & Santérus Förlag. Stockholm 1993.
- Born, Asmund m fl (red) Refleksiv ret. Forlaget Nyt fra samfundsvidenskaberne. København 1988.
- Bouvin, Åke och Öman, Sören Analys är bättre än nakna påståenden. Lag & Avtal nr 9 1994 s 28.
- Bouvin, Åke och Öman, Sören MBL-förhandling duger som EG-överläggning. Lag & Avtal nr 3 1995 s 29.
- Bruun, Niklas Kollektivavtal och rättsideologi. Juridica. Vammala 1979.
- Bruun, Niklas Rättsdogmatikens paradigm och arbetsrättens rationalitet i Tuori (red) Rättsdogmatikens alternativ. Juridica. Tammerfors 1988.
- Bruun, Niklas Hur förnya arbetsrätten? Arbetsmarknad & arbetsliv nr 2 1995 s 83.
- Bruun, Niklas och Wilhelmsson, Thomas Rätten, moralen och det juridiska paradigmet. SvJT 1983 s 701.
- Bruun, Niklas, Flodgren, Boel, Halvorsen, Marit, Hydén, Håkan och Nielsen, Ruth Den nordiska modellen. Liber. Lund 1990.
- Bruun, Niklas, Nielsen, Ruth & Töllborg, Dennis Corporate Labour Law in a European and Nordic Perspective. I The Future of the Nordic Model of Labour Relations - three Reports on Interationalization and Industrial Relations. Nordic Council of Ministers. Nord 1993:36.
- Brytting, Tomas Om uppsägningens etik. I Essäer om etik i arbetslivet. Civilekonomerna. Stockholm 1996.
- Brytting, Tomas, De Geer, Hans och Silfverberg, Gunilla Moral i verksamhet. Ett etiskt perspektiv på företag och arbete. Natur och kultur. Stockholm 1993.
- Bylund, Bo När och hur får arbetsgivaren ändra villkoren för en anställd? Lag & Avtal nr 4 1979 s 32.
- Bylund, Bo och Viklund, Lars Arbetsrätt i praktiken. Tidens förlag. Stockholm 1978.
- Bylund, Bo, Viklund, Lars, Elmér, Anders och Öhman, Toivo Nya anställningsskyddslagen. Tidens förlag. Stockholm 1982.
- Bylund, Bo, Viklund, Lars, Elmér, Anders och Öhman, Toivo Nya anställningsskyddslagen. Andra upplagan. Tidens förlag. Stockholm 1987.
- Bylund, Bo, Viklund, Lars, Elmér, Anders och Öhman, Toivo Anställningsskyddslagen. Tredje upplagan. Tidens förlag. Stockholm 1988.
- Bylund, Bo, Viklund, Lars, Elmér, Anders och Öhman, Toivo Anställningsskyddslagen. Fjärde upplagan. Tidens förlag. Stockholm 1994.

Bylund, Bo, Viklund, Lars, Elmér, Anders och Öhman, Toivo Anställningsskyddslagen. Sjätte (!) upplagan. Tiden/Rabén Prisma. Stockholm 1996.

Bylund, Bo, Viklund, Lars, Elmér, Anders och Öhman, Toivo Anställningsskyddslagen. Sjunde upplagan. Tiden/Rabén Prisma. Stockholm 1997.

Bylund, Leif Bevisbörda och bevisstema. P A Norstedt & Söners förlag. Stockholm 1970.

Bylund, Leif Bevisbörderegeln som överlevde sig själv. I Arbetsrätten i utveckling. Studier tillägnade Folke Schmidt utgivna av Arbetsrättsliga föreningen. Stockholm 1977.

Bylund, Leif Har arbetstagaren fått hela bevisbördan för en föreningsrättskränkning. SvJT 1980 s 630.

Calleman, Catharina "En har fått nytt jobb, en blir kanske återanställd och en blev lyckligtvis med barn." I Nordborg, Gudrun (red) 13 kvinnoperspektiv på rätten. Iustus förlag. Uppsala 1995.

Carlsson, Bo Rättens kommunikationsskapande kvalitet. Tidskrift för Rättssociologi 1988 s 229.

Casparsson, Ragnar Saltsjöbadsavtalet i historisk belysning. Tidens förlag. Stockholm 1966.

Castberg, Frede "Realisme" og "idealisme" i nordisk rettsvitenskap. Festskrift tillägnad Nils Herlitz. Stockholm 1955.

Christensen, Anna Löneavdrag för fackföreningsavgifter - en smygande rättsutveckling. Lag & Avtal nr 5 1981 s 29.

Christensen, Anna Ideologikritik contra dogmatik. I Hydén (red) Rätten som instrument för social förändring. Liber förlag. Lund 1982. (Även i Retfærd nr 20 1982.)

Christensen, Anna Lönearbetet som samhällsform och ideologi. I Sociala värderingsförändringar. Sekretariatet för framtidsstudier. Stockholm 1983.

Christensen, Anna Anställningsskyddet och besittningsskyddet. Festskrift till Anders Agell. Iustus förlag. Uppsala 1994.

Christensen, Anna Hemrätt i hyreshuset. Juristförlaget. Stockholm 1994.

Christensen, Anna Skydd för etablerad position - ett normativt grundmönster. TfR 1996 s 519.

Christensen, Anna Normativa grundmönster i socialrätten. Retfaerd nr 78 (1997).

Conradi, Erland Skapande dömande. Festskrift till Bertil Bengtsson. Nerenius & Santérus Förlag. Stockholm 1993.

Cramér, Per Neutralitet och europeisk integration. Norstedts Juridik AB. Stockholm 1998.

- Dahlman, Gunnar Arbetsdomstolens betydelse för arbetsrättens utveckling. SvJT 1954 s 1.
- Dalberg-Larsen, Jørgen På vej frem mod det gode samfund eller fuld fart tilbage? Retfærd nr 32 (1986).
- Dalberg-Larsen, Jørgen Lidt om at indføre samfundsvidenskabelige elementer i den juridiske forskning. I Basse, E M (red) Regulering og styring - en juridisk teori- og metodebog. Gads Forlag. København 1989.
- Dalberg-Larsen, Jørgen Paradigmer for retsvidenskaben. I Tuori (red) Rättsdogmatikens alternativ. Juridica. Tammerfors 1988.
- Dalberg-Larsen, Jørgen Skøn eller faste regler? Hvad drejer debatterne sig om, og hvad mener borgerne. Retfærd nr 56 (1992).
- Dalberg-Larsen, Jørgen Virkelighed og værdier i retsvidenskaben. I Ånd og rett. Festskrift til Birger Stuevold Lassen. Universitetsforlaget. Oslo 1997.
- Doublet, David R Kontraktsemping som retsteoretisk beslutningstype. Lov og Rett 1996 s 69.
- Doublet, David R och Bernt, Jan F Retten og vitenskapen. Alma Mater. Bergen 1992. Citerad från Peczenik Vad är rätt 1995.
- Dworkin, Ronald Taking rights seriously. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts 1978.
- Eckhoff, Torstein Rettslige vurderinger. Festskrift till Ivar Agge. P.A Norstedt & Söners förlag. Stockholm 1970.
- Eckhoff, Torstein Juss og samfunnsforskning. Festskrift till Per Olof Ekelöf. P.A. Norstedt & Söners förlag. Stockholm 1972.
- Eckhoff, Torstein Juss, moral og politikk. Universitetsforlaget. Oslo 1989. (artikelsamling)
- Eckhoff, Torstein Rett, moral og politikk. I Juss, moral og politikk. Universitetsforlaget. Oslo 1989.
- Eckhoff, Torstein Ross om rettskilder og rett. TfR 1987 s 197. (Även publicerad i Juss, moral og politikk. Sidhänvisningar avser den sistnämnda.)
- Eckhoff, Torstein och Sundby, Nils Kristian Rettssystemer: systemteoretisk innføring i rettsfilosofien. 2 rev oppg. Tano. Oslo 1991.
- Edlund, Lars Civilrättsforskningens oppgifter - replik från en praktiker. SvJT 1992 s 418.
- Edlund, Sten Tvisteförhandlingar på arbetsmarknaden. En rättslig studie av två riksavtal i tillämpning. P.A. Norstedt & Söners förlag. Stockholm 1967.
- Edlund, Sten Medbestämmande på den offentliga sektorn: Särskilda nämnden, inte arbetsdomstolen bör dra gränsen. Lag och avtal nr 5 1981 s 28.
- Edlund, Sten Saltsjöbadsavtalet i närbild. Saltsjöbadsavtalet 50 år. Arbetslivscentrum. Stockholm 1989.

- Edlund, Sten och Nyström, Birgitta *Developments in Swedish Labour Law*. The Swedish Institute. Stockholm 1988.
- Edlund, Sten och Nyström, Birgitta *Arbetsrätt i förändring*. Nerenius & Santerus. Stockholm 1995.
- Edström, Örjan *MBL och utvecklingsavtalet. Samverkansförhandlingar i företag*. Norstedts Juridik. Stockholm 1994.
- Ekelöf, Per Olof *Juridisk slutledning och terminologi*. TfR 1945 s 211.
- Ekelöf, Per Olof *Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?* Skrifter utgivna av juridiska fakulteten i Lund XIV. C.W.K. Gleerup. Lund 1951.
- Ekelöf, Per Olof *Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper*. P.A. Norstedt & Söners förlag. Stockholm 1956.
- Ekelöf, Per Olof *Från en forskares verkstad*. I Uppsalaskolan - och efteråt. Rättsfilosofiskt symposium, Uppsala 23-26 maj 1977. Acta Universitatis Upsaliensis. Uppsala 1978.
- Ekelöf, Per Olof *Anmälan av Lindell, Bengt Sakfrågor och rättsfrågor*. SvJT 1988 s 37.
- Ekelöf, Per Olof *Rättegång*. Fjärde häftet. Femte upplagan. Norstedts. Stockholm 1989.
- Ekelöf, Per Olof *Kommentarer till diskussionen kring bevisvärdemodellen och temamodellen*. I Rätt och sanning. Ett bevisteoretiskt symposium i Uppsala 26-27 maj 1989. Iustus förlag. Uppsala 1990.
- Ekelöf, Per Olof *Om rätt och moral*. I Process och exekution. Vänbok till Robert Boman. Iustus förlag. Uppsala 1990.
- Ekelöf, Per Olof *Rättegång I*. Sjunde upplagan. Norstedts. Stockholm 1990. Hänvisningar avser de utdrag som återfinns i de lege Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok, årgång 1, 1991. Per Olof Ekelöf: Valda skrifter 1942-1990. Iustus förlag. Uppsala 1991.
- Eklund, Per *Rätten i klasskampen*. Tidens förlag. Stockholm 1974.
- Eklund, Ronnie *Anställningsförhållandet vid företagsöverlåtelser*. P A Norstedt & Söners förlag. Stockholm 1983.
- Eklund, Ronnie *Tjänsteentreprenad - ett sätt att organisera arbetet*. Informationsskrift nr 8. Arbetslivscentrum 1986.
- Eklund, Ronnie *Entreprenader - arbetsrättsliga aspekter på en organisationsfråga*. JT 1989/90 s 271.
- Eklund, Ronnie *Bolagisering - ett mode eller ett måste?* Juristförlaget Stockholm 1992.
- Eklund, Ronnie *Hur man omreglerar anställningsvillkor - en praktiskt viktig fråga*. JT 1993/94 s 196.

- Eklund, Ronnie Turordning i koncerner – en fråga om begreppsbildning och avtalsfrihet. Studier i arbetsrätt tillägnade Tore Sigeman utgivna av Arbetsrättsliga föreningen. Iustus förlag. Uppsala 1993.
- Ekstedt, Olle Journalisten och rätten. JT 1997/98 s 984.
- Eriksson, Lars D Utkast till en marxistisk jurisprudens. Retfaerd nr 11 (1979).
- Eriksson, Lars D Kvinnorätten i det rättsvetenskapliga projektet. Retfærd nr 31 (1985).
- Eriksson, Lars D Till teorin om den reflexiva rätten. Samfunn, Rett och Rettferdighet. Festschrift till Torstein Eckhoffs 70-årsdag. Tano A/S. Otta 1986.
- Eriksson, Lars D Anmälan av Rättsdogmatikens alternativ. Retfærd nr 45 (1989).
- Eriksson, Lars D Rätten och moralen. Retfærd nr 48 (1990).
- Eriksson, Lars D Rätt och intressen. I Retlig polycentri. Akademisk forlag. København 1993.
- Erlander, Tage 1960-talet. Samtal med Arvid Lagercrantz. Tidens förlag. Stockholm 1982.
- Evers, Jan Argumentationsanalys för jurister. Andra upplagan. Liber Läromedel. Lund 1981.
- Evers, Jan Tolkning av lag och rättsfall. Liber. Malmö 1987.
- Fahlbeck, Reinhold Praktisk arbetsrätt. Liber Läromedel. Lund 1978.
- Fahlbeck, Reinhold Anmälan av Flodgren, Boel Fackföreningen och rätten. SvJT 1980 s 54.
- Fahlbeck, Reinhold Labour Law in Sweden. Juridiska föreningen i Lund. Lund 1981.
- Fahlbeck, Reinhold Praktisk arbetsrätt. Andra upplagan. Liber Läromedel. Lund 1981.
- Fahlbeck, Reinhold Employment Protection Legislation and Labor Union Interests: A Union Battle For Survival? Stanford Journal of International Law, Volume XX, Issue 2, Fall, 1984 s 295.
- Fahlbeck, Reinhold Arbetsrätt i Arbetsmarknadsboken 1985. Brevskolan. Stockholm 1985.
- Fahlbeck, Reinhold Arbetsrätt i Arbetsmarknadsboken 1986. Brevskolan. Stockholm 1986.
- Fahlbeck, Reinhold Collective Agreements. Juristförlaget i Lund. Lund 1987.
- Fahlbeck, Reinhold Arbetsrätt i Arbetsmarknadsboken 1989/90. Brevskolan. Stockholm 1989.
- Fahlbeck, Reinhold Praktisk arbetsrätt. Tredje upplagan. Liber. Lund 1989.

Fahlbeck, Reinhold Tankar om arbetsdomstolen – hädiska och andra. I Den svenska arbetsrätten i ett nytt Europa. Carlsson bokförlag. Stockholm 1993.

Fahlbeck, Reinhold Den svenska rätten skall vara EG-rätt. Lag & Avtal nr 2 1995 s 29.

Fahlbeck, Reinhold Hur skall förhandling föras? Lag & Avtal nr 4 1995 s 29.

Fahlbeck, Reinhold Ett revolutionerat arbetsliv? Informationssamhället och arbetslivets omvandling. JT 1997/98 s 1016.

Fahlcrantz G Varför ha' tro och heder blivit sällsynta mot förr? och varför skall ensamt i Sverige moralen fattas som icke hörande till rätten? Separattryck från Advokatmötet 1914. Kungl. Boktryckeriet. P.A. Norstedt & Söner. Stockholm 1914.

Fann, K T Ludwig Wittgenstein. En introduktion. Daidalos. Göteborg 1993.

Feyerabend, Paul Ned med metodologin. Zenit, Rabén & Sjögren. Stockholm 1977.

Filosoflexikonet Filosofer och filosofiska begrepp från A till Ö. (red P Lübecke). Forum. Stockholm 1988.

Finna rätt - Juristens källmaterial och arbetsmetoder. Bernitz, Ulf m fl. Tredje upplagan. Juristförlaget. Stockholm 1991.

Flodgren, Boel Fackföreningen och rätten. Norstedts. Stockholm 1978.

Flodgren, Boel Boken är bra men...Lunning är inte lagen! Lag & Avtal nr 5 1980 s 24.

Flodgren, Boel Nej, det handlar om en grundlagsfäst princip - inte om personliga egenskaper. Lag & Avtal nr 7 1980 s 32.

Flodgren, Boel Något om arbetsgivarbegreppet. I Revisorer och näringsrätt. Vänbok tillägnad Axel Adlercreutz. Studentlitteratur. Lund 1982.

Flodgren, Boel Arbetsdomstolen som rättsbildare. Rapport från forskningsprojektet "Löntagarinflytande i arbetslivet" vid institutionen för handelsrätt, Lunds universitet. (1982?). Publicerad i reviderat skick under titeln Arbetsdomstolen som rättsbildare - Reflexioner kring några monumentalfall från arbetsdomstolen på senare tid i Perspektiv på arbetsrätten. Vänbok till Axel Adlercreutz. Juridiska föreningen i Lund. Lund 1983.

Flodgren, Boel Recension av Edlund, Sten och Nyström, Birgitta Developments in Swedish Labour Law. Lag & Avtal nr 9 1988 s 33.

Flodgren, Boel och Hydén, Håkan Arbetsrättens grunder. Liber förlag. Lund 1982.

Flodgren, Boel och Hydén, Håkan Arbetsrättens grunder. Andra upplagan. Liber förlag. Lund 1985.

- Flodgren, Boel och Hydén, Håkan Arbetsrättens grunder. Tredje upplagan. Liber. Malmö 1988.
- Flodgren, Boel, Hydén, Håkan och Sandström, Torsten Arbetsrätt. Om rätts innehåll och tillämpning i arbetslivet. Liber Läromedel. Lund 1981.
- Fransson, Susanne Bakfram EU-anpassning. Lag & Avtal nr 8 1994 s 29.
- Fransson, Susanne EU-anpassningen var inte tillräcklig. Lag & Avtal nr 1 1995 s 29.
- Fredriksson, Gunnar Wittgenstein. Albert Bonniers förlag. 1993.
- Fries, Martin Karl Olivecrona - forskaren och vännen. Festskrift tillägnad Karl Olivecrona. P.A. Norstedt & Söner. Stockholm 1964.
- Fries, Martin Inledning till Hägerström Socialfilosofiska uppsatser, se denna.
- Frändberg, Åke Om analog användning av rättsnormer. P. A. Norstedt & Söners förlag. Stockholm 1973.
- Frändberg Åke Rättsregel och rättsval. P A Norstedt & Söners förlag. Stockholm 1984.
- Frändberg, Åke Till frågan om de juridiska begreppens systematik. Tfr 1985 s 78.
- Geijer, Lennart och Schmidt, Folke Arbetsgivare och fackföreningsledare i domarsäte. Lund 1958.
- Glavå, Mats och Töllborg, Dennis Arbetsrätt. Studentlitteratur. Lund 1990.
- Graver, Hans Petter Den juristskapte virkelighet. Tano A/S. Otta 1986.
- Graver, Hans Petter Refleksiv rett - frihet og rettferdighet? Retfaerd 32 (1986).
- Graver, Hans Petter Kategorisering av rettsregler som legalstrategi. I Tuori (red) Rättsdogmatikens alternativ. Juridica. Tammerfors 1988.
- Graver, Hans Petter Norms and decisions. Scandinavian Studies in Law 1988.
- Graver, Hans Petter Rationality and the development of law. I Aarnio, A and Tuori, K (eds) Law, morality and discursive rationality. Publications of the department of public law, University of Helsinki. Helsinki 1989.
- Graver, Hans Petter Hva er rettsvitenskap? Tfr 1994 s 561.
- Greimas, Algirdas Julien On meaning. Selected Writings in Semiotic Theory. Theory and History of Literature, Volume 38. University of Minnesota Press. Minneapolis 1987.
- Grönfors, Kurt Ändamålsförskjutning och rättssäkerhet. SvJT 1960 s 12.
- Grönfors, Kurt Avtalslagen. P. A. Norstedt & Söners förlag. Stockholm 1984.
- Grönfors, Kurt Tolkning av fraktavtal. Sjurättsföreningen i Göteborg Skrifter 67. Göteborg 1989.

- Grönfors, Kurt Avtal och omförhandling. Nerenius & Santéus förlag. Stockholm 1995.
- Gustafsson, Håkan Rättssäkerheten, moralen och "socialsäkerheten". Tidsskrift för rättssociologi 1988 s 253.
- Gustafsson, Håkan Rättssäkerhet och "socialsäkerhet". Retfærd nr 56 (1992).
- Gustafsson, Håkan E pluribus unum? Rättssäkerhet(er) och handikapplagen (LSS). Ett rättsteoretiskt bidrag till en teori om rättens polyvalens. Manus 1998.
- Gustafsson, Stig Trygghet i anställningen. Lagen om anställningsskydd mm. Rabén och Sjögren. Falköping 1974.
- Gustafsson, Stig Trygghet i anställningen. Lagen om anställningsskydd. Andra omarbetade upplagan. Rabén och Sjögren. Lund 1977.
- Gustafsson, Stig MBL inte så tandlös som Boel Flodgren påstår men förbättringar behövs. Lag & Avtal nr 7 1979 s 24.
- Gustafsson, Stig Trygghet i anställningen. Lagen om anställningsskydd. Tredje omarbetade upplagan. Rabén och Sjögren. Borås 1982.
- Göransson, Håkan Paragraf 32 lever än! Lag & Avtal nr 8 1979 s 32.
- Göransson, Håkan Positivt att AD preciserar förhandlingsrättens omfattning på offentliga sektorn. Lag & avtal nr 1 1981 s 25.
- Göransson, Håkan Svensson tycks inte ha läst min artikel. Lag & avtal nr 4 1981 s 26.
- Göransson, Håkan Gustav Svensson skapar dimridåer. Lag & avtal nr 5 1981 s 26.
- Göransson, Håkan Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument. Juristförlaget. Stockholm 1988.
- Göransson, Håkan Hidden Clauses in Collective Agreements. The Case Law of the Swedish Labour Court. Scandinavian Studies in Law. Uppsala 1990.
- Göransson, Håkan Godtycklighet eller "godtagbara skäl" vid arbetsledningsbeslut? I Rosén, J (red) Lex ferenda. Rättsvetenskapliga studier av forskare vid Stockholms universitet. Juristförlaget. Stockholm 1996.
- Göransson, Håkan Internationella rättsakter om arbetsrätt och social trygghet. Publica, Norstedts Juridik. Stockholm 1997.
- Habermas, Jürgen Den rationella övertygelsen. En antologi om legitimitet, kris och politik. Akademilitteratur. Stockholm 1984.
- Habermas, Jürgen Law as a medium. I Teubner (ed) Dilemmas of law in the welfare state. de Gruyter. Berlin New York 1986.
- Hadenius, Axel Medbestämmandereformen. Acta Universitatis Upsalien-sis. Skrifter utgivna av Statsvetenskapliga föreningen i Uppsala, 95. Uppsala 1983.

- Hammarén, Anna Teaterregi & Upphovsrätt. Särskilt om skillnaden mellan upphovsmän och utövande konstnärer. Juristförlaget. Stockholm 1997.
- Hanson, Bo Dogmatisk metod inom teologi och juridik. Retfærd nr 44 (1989).
- Heckscher, Eli Svenskt arbete och liv. Från medeltiden till nutiden. Med kompletterande tillägg av A Montgomery och B Svensson. Bonniers. Stockholm 1957.
- Hedenius, Ingmar Om rätt och moral. Tidens förlag. Stockholm 1941.
- Hedenius, Ingmar Om den rättsfilosofiska domstolsrealismen. I Uppsalaskolan - och efteråt. Rättsfilosofiskt symposium, Uppsala 23-26 maj 1977. Acta Universitatis Upsaliensis. Uppsala 1978.
- Helin, Markku Den skandinaviska realismen och rättighetsbegreppet - några anmärkningar. I Uppsalaskolan - och efteråt. Rättsfilosofiskt symposium, Uppsala 23-26 maj 1977. Acta Universitatis Upsaliensis. Uppsala 1978.
- Hellberg, Inga Arbetsrätten som styrinstrument i arbetslivet. I Olsson, E och Therborn, G (red) Vision möter verklighet. Om social styrning och faktisk samhällsutveckling. Allmänna förlaget. Stockholm 1991.
- Hellberg, Inga Patria Potestas - 90-talets arbetsrättsidé. I Nyström, Birgitta (red) Den svenska arbetsrätten i ett nytt Europa. Carlssons bokförlag. Stockholm 1993.
- Hellner, Jan Några anteckningar om juridik och filosofi. SvJT 1956 s 1.
- Hellner, Jan Syften och uppgifter för rättsvetenskaplig forskning. Festskrift till Alf Ross. Juristförbundets förlag. København 1969.
- Hellner, Jan Värderingar i skadeståndsrätten. Festskrift till Per Olof Eke-
löf. P.A. Norstedt & Söners förlag. Stockholm 1972.
- Hellner, Jan Civilrättslig forskning. I Mål och metoder för forskning inom civilrätten. Symposium i Stockholm 16-17 november 1973. Statens råd för samhällsforskning 1974.
- Hellner, Jan Argumentation de lege ferenda. SvJT 1975 s 401.
- Hellner, Jan Civilrättsforskningen och framtiden. TfR 1975 s 393.
- Hellner, Jan Rättsekonomi, avbeställning och coase-teorem. Festskrift till Per Stjernquist. Juridiska föreningen i Lund. Lund 1978.
- Hellner, Jan Skenargument i rättsvetenskapen. I Peczenik m fl Rationalitet och empiri i rättsvetenskapen. Stiftelsen Juristförlaget vid Stockholms universitet. Stockholm 1985.
- Hellner, Jan Lagstiftning och forskning inom den centrala förmögenhetsrätten. Inledning. SvJT 1988 s 169.
- Hellner, Jan Rättsteori. En introduktion. Juristförlaget. Stockholm 1988.
- Hellner, Jan Anmälan av Runesson, Eric M Rekonstruktion av ofullständiga avtal. JT 1996/97 s 497.

- Hellner, Jan Rättsteori och rättsvetenskap. JT 1996/97 s 535.
- Hellspong, Lennart och Söderberg, Barbro Grepp om språket. Studentlitteratur. Lund 1975.
- Henning, Ann Tidsbegränsad anställning. En studie av anställningsformsregleringen och dess funktioner. Juridiska föreningen i Lund. Lund 1984.
- Herre, Johnny Ersättningar i köprätten. Särskilt om skadeståndsberäkning. Handelshögskolan i Stockholm. Rättsvetenskapliga institutionen. Skrifter nr 4. Juristförlaget. Stockholm 1996.
- Hjerner, Lars Den allmänna rättsläran - ett nytt ämne och något om dess uppgifter. SvJT 1966 s 577.
- Hjerner, Lars Om rättsfallstolkning. Andra upplagan. Stiftelsen Juristförlaget vid Stockholms Universitet. Stockholm 1978.
- Hohfeld, Wesley Newcomb Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning and other legal essays. Edited by Walter Wheeler Cook. Yale University Press. New Haven 1923.
- Hollander, Anna Rättighetslag i teori och praxis. Iustus förlag Uppsala 1995
- Hult, Phillips Lagens bokstav och lagens andemening. SvJT 1952 s 579.
- Hultén, Gösta Arbetsrätt och klassherravälde. Kring strejklagarnas historia. Andra omarbetade upplagan. Rabén & Sjögren. Stockholm 1973.
- Hydén, Håkan Rättens samhällsliga funktioner. Studentlitteratur. Lund 1978.
- Hydén, Håkan Rätten som strategi. I Hydén (red) Rätten som instrument för social förändring. Liber förlag. Lund 1982.
- Hydén, Håkan Ramlagstiftning inom arbetsrätten. I Perspektiv på arbetsrätten. Vänbok till Axel Adlercreutz. Juridiska föreningen i Lund. Lund 1983.
- Hydén, Håkan Ram eller lag? Om ramlagstiftning och samhällsorganisation. Stat-kommunberedningen. Ds C 1984:12.
- Hydén, Håkan Arbetstidens reglering. Liber förlag. Lund 1985.
- Hydén, Håkan Till kritiken av den offentliga rätten. Retfærd nr 30 (1985).
- Hydén, Håkan Rättsregler. Tredje upplagan. Studentlitteratur. Lund 1987.
- Hydén, Håkan Förmögenhetsrätten ur ett rättssociologiskt perspektiv. SvJT 1988 s 203.
- Hydén, Håkan Legalstrategins rättsliga möjligheter - en inventering och diskussion. I Tuori (red) Rättsdogmatikens alternativ. Juridica. Tammerfors 1988.
- Hydén, Håkan Reflexiv rätt och reglering. I Born, Asmund m fl (red) Reflexiv ret. Forlaget Nyt fra samfundsvideksaberne. København 1988.
- Hydén, Håkan Rätten som förmedlare av goda värden. I Carle/Therborn (red) Det godas vägar och avvägar - välfärdsstaten och den sociala styr-

- ningens problem. Forskningsrapport nr 96. Sociologiska institutionen. Göteborgs universitet. Göteborg 1989.
- Hydén, Håkan Teori och praktik - Vad innebär det att undervisningen skall vila på vetenskaplig grund? I Basse (red) *Regulering og styring II - til fornyelse af den juridiske teori og metode*. G E C Gad. København 1990.
- Hydén, Håkan Demokrati och rätt. I Olsen, Johan P (red) *Svensk demokrati i förändring. (Maktutredningens publikationer)* Carlsson Bokförlag. Stockholm 1991.
- Hydén, Håkan Faktorer av betydelse för val av metod. I Basse/Jensen (red) *Regulering og styring III. Et bidrag til den juridiske forskeruddannelse*. G E C Gad. København 1992.
- Hydén, Håkan Rätten i förvandling - en strukturell teori om normer och regler. Manus 1993-08-20.
- Hydén, Håkan Vad kommer efter lönearbetsrätten? *Arbetsmarknad och arbetsliv* nr 3 1996 s 157.
- Hydén, Håkan och Anderberg, Eva Rätten i förvandling. I Bertilsson, M (red) *Rätten i förvandling. Jurister mellan stat och marknad*. Nerenius & Santérus förlag. Stockholm 1995.
- Hydén, Håkan, Stridbeck, Ulf och Åström, Karsten Rätt och reglering Stencil 1984.
- Hydén, Håkan, Stridbeck, Ulf och Åström, Karsten Retsstaten, velfærdss-taten og hvad så Dalberg-Larsen? - en anmeldelse. *Retfærd* nr 28 (1985).
- Hydén, Håkan och Thoor, Alf (red) Rätt i förändring. En antologi om kristendenser i svensk rätt. *Lund Studies in Sociology of Law* 2. Lund 1997.
- Håstad, Torgny Lagstiftnings- och forskningsbehov inom sakrätten. *SvJT* 1988 s 224.
- Hägerström, Axel Om moraliska föreställningars sanning (*Installationsföreläsning 1911*). I *Socialfilosofiska uppsatser*. Orion/Bonniers. Stockholm 1966.
- Hägerström, Axel Rätten och staten. Tre föreläsningar om rätts- och statsfilosofi. Utgivna av Martin Fries. *Natur och kultur*. Stockholm 1963.
- Hägerström, Axel Till frågan om begreppet gällande rätt. *TfR* 1931 s 48.
- Hägerström, Axel En straffrättslig principundersökning. *SvJT* 1939 s 209. (Även publicerad i *Socialfilosofiska uppsatser*.)
- Hägerström, Axel *Socialfilosofiska uppsatser*. Orion/Bonniers. Stockholm 1966.
- Industria* 1906.
- Iseskog, Tommy Uppsägning vid arbetsbrist. *Aktuell Juridik*. Stockholm 1991.

- Iseskog, Tommy Arbetsbrist i rättspraxis. Bokförlaget Consesun AB. Knivsta 1992.
- Jackson, Bernard S Semiotics and Legal Theory. Routledge & Kegan Paul Ltd. London 1987.
- Jakhelln, Henning Oversikt over arbeidsretten. 2.utgave. NKS-Forlaget Oslo 1996.
- Jareborg, Nils Värderingar. P A Norstedt & Söners förlag. Stockholm 1975.
- Jensen, Torben K Retliggørelse som kolonialisering af livsverdenen. Habermas' analyse af retten i den moderne velfærdsstat. Retfærd nr 36 (1987).
- Johansson, Tom Ändring av anställningsvillkor och prövning i domstol. JT 1994/95 s 1128.
- Junesjö, Kurt Anställningstrygghet? Våra rättigheter. Fib-juristerna/Ordfront. Stockholm 1975.
- Junesjö, Kurt Den nya arbetsrätten. SAF och regeringens förslag till en ny arbetsrätt. Stencil 1992.
- Juridikens termer, presenterade av Bergström, Sture, Bergström, Svante, Eek, Hilding och Linblom, Per Henrik. Femte upplagan. Esselte studium. Stockholm 1978.
- Kajiser, Fritz Om de s. k. löntagarfondernas grundlagsenlighet – ett genmäle. SvJT 1976 s 650.
- Kangas, Urpo Den alternativa jurisprudensens alternativ. I Tuori (red) Rättsdogmatikens alternativ. Juridica. Tammerfors 1988.
- Karlgren, Hjalmar Några reflexioner om den privaträttsliga viljeförklaringen i dess egenskap av rättsfaktum. SvJT 1969 s 199.
- Kjellberg, Melka och Lönneaus, Olle Diskussionen om legalstrategier i Retfærd – ett sammandrag. I Hydén (red) Rätten som instrument för social förändring. Liber förlag. Lund 1982.
- Klami, Hannu Tapani Föreläsningar över juridikens metodlära. Andra upplagan. Iustus Förlag. Uppsala 1989.
- Klami, Hannu Tapani Något om Ekelöfs teleologiska metod. SvJT 1990 s 226.
- Kleineman, Jan Ren förmögenhetsskada. Juristförlaget. Stockholm 1987.
- Kleineman, Jan Skadeståndsansvar vid psykiska depressioner - HD ändrar sin praxis. JT 1992/93 s 814.
- Kleineman, Jan Avtalsrättsliga formföreskrifter och allmänna skadeståndsrättsliga ansvarsprinciper. JT 1993/94 s 433.
- Kleineman, Jan Begreppsbildningen och den skadeståndsrättsliga analysen - en renässans för begreppsjurisprudensen? JT 1993/94 s 718.
- Kleineman, Jan Till frågan om rättsvetenskapen som omedelbart verkande rättskälla. JT 1994/95 s 621.

- Kuhn, Thomas S De vetenskapliga revolutionernas struktur. Bokförlaget Doxa. Karlshamn 1981.
- Källström, Kent Lokala kollektivavtal. Liber förlag. Stockholm 1979.
- Källström, Kent Anmälan av Eklund, Ronnie Anställningsskyddet vid företagsöverlåtelser. SvJT 1984 s 979.
- Källström, Kent Anmälan av Henning, Ann Tidsbegränsad anställning. SvJT 1986 s 445.
- Källström, Kent Alkoholpolitik och arbetsrätt. Iustus förlag. Uppsala 1992.
- Källström, Kent Om rättslig integration i arbetsdomstolens rättstillämpning. Studier i arbetsrätt tillägnade Tore Sigeman utgivna av Arbetsrättsliga föreningen. Iustus förlag. Uppsala 1993.
- Källström, Staffan Den gode nihilisten. Axel Hägerström och striderna kring uppsalafilosofin. Rabén & Sjögren. Kristianstad 1986.
- Lambertz, Göran Andra tankar om civilrättsforskningens arbetsuppgifter. SvJT 1992 s 78.
- Lauridsen, Preben Stuer Studier i retspolitisk argumentation. Juristforbundets forlag. København 1974.
- Lauridsen, Preben, Stuer Om retspolitikens empiriske grundlag. I Uppsalaskolan - och efteråt. Rättsfilosofiskt symposium, Uppsala 23-26 maj 1977. Acta Universitatis Upsaliensis. Uppsala 1978.
- Lavin, Rune Är den förvaltningsrättsliga forskningen rättsdogmatisk? FT 1989 s 115.
- Lavin, Rune Om förvaltningsrättslig forskning. En replik. FT 1990 s 71.
- Lehrberg, Bert Förutsättningsläran. Iustus förlag. Uppsala 1989.
- Lehrberg, Bert Rättsvetenskap i praktikens tjänst? SvJT 1991 s 753.
- Lehrberg, Bert Praktisk juridisk metod. Iustus Förlag. Uppsala 1992
- Liedman, Sven-Eric Motsatsernas spel. Andra rev upplagan. Arkiv förlag. Lund 1983.
- Liedman, Sven-Eric Från Platon till kommunismens fall. De politiska idéernas historia. MånPocket 1993.
- Lind, Johan Förarbetena som rättskälla. Festskrift till Bertil Bengtsson. Nerenius & Santérus Förlag. Stockholm 1993.
- Lind, Johan Rättsfallsanalyser - recension eller analys? JT 1995/96 s 232.
- Lind, Johan Högsta domstolen och frågan om doktrin och motiv som rättskälla. JT 1996/97 s 352.
- Lindblom, Per Henrik Lagtolkning eller rättstillämpning? Kommentar till ett rättsfall (NJA 1980 s 743). Festskrift till Lars Welamsson. Norstedts förlag. Stockholm 1987.
- Lindell, Bengt Sakfrågor och rättsfrågor. Iustus förlag. Uppsala 1987.
- Lindgren, Lena, Magnusson, Dan och Stjernquist, Per Sociala styrningsformer. Almqvist & Wiksell. Stockholm 1971.

- Lindskog, Stefan Om rörelsekommissionen. JT 1990/91 s 15.
- Lindskog, Stefan Kvittning. Om avräkning av privaträttsliga fordringar. Andra upplagan. Norstedts Juridik. Stockholm 1993.
- Ljungman, Seve Vilhelm Lundstedt. TfR 1955 s 353.
- Luhmann, Niklas Operational closure and structural coupling: The differentiation of the legal system. Cardozo Law Review. Volume 13 Number 5 March 1992 s 1419ff.
- Lundstedt, Vilhelm Obligationsbegreppet. Senare delen. Första häftet. A.-B. L Norblads bokhandel. Uppsala 1930
- Lundstedt, Vilhelm Är det metafysik att beakta samhällets intressen i rättsvetenskapen? Svar till doktor Ross. SvJT 1932 s 537.
- Lundstedt, Vilhelm Beaktandet av samhällsnyttan inom juridiken. Ett genmäle. SvJT 1933 s 121.
- Lundstedt, Vilhelm Det Hägerström-Lundstedtska misstaget. Hugo Gebers förlag. Stockholm 1942.
- Lundstedt, Vilhelm Har rättsvetenskapen behov av rättsideologi? I Olivecrona, Grundtankar hos Hägerström och Lundstedt, se nedan. Ursprungligen tryckt 1943.
- Lundstedt, Vilhelm Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen. Strikt ansvar. Band 1. A.-B. L. Norrblads bokhandel. Uppsala 1944.
- Lundstedt, Vilhelm Grundlinjer i skadeståndsrätten. Senare delen. Strikt ansvar. Band II:2. Almqvist & Wiksell. Uppsala 1953
- Lunning, Lars Anställningsskydd. Liber förlag. Stockholm 1974.
- Lunning, Lars Anställningsskydd. Andra omarbetade upplagan. Liber förlag. Stockholm 1975.
- Lunning, Lars Anställningsskydd. Tredje omarbetade upplagan. Liber förlag. Stockholm 1977.
- Lunning, Lars Anställningsskydd. Fjärde omarbetade upplagan. Liber förlag. Stockholm 1979.
- Lunning, Lars Det handlar om individer inte om roller. Replik till Flodgren. Lag & Avtal nr 6 1980 s 37.
- Lunning, Lars Anställningsskydd. Kommentarer till 1982 års anställningsskyddslag. Liber förlag. Stockholm 1982.
- Lunning, Lars Anställningsskydd. Sjätte omarbetade upplagan. Liber förlag. Stockholm 1984.
- Lunning, Lars Anställningsskydd. Sjunde omarbetade upplagan. Allmänna förlaget. Stockholm 1989.
- Lunning, Lars Arbetsdomstolen och dispositivitet. JT 1995/96 s 430.
- Malinowski, Bronislaw Brott och bruk i ett primitivt samhälle. Argos Förlags AB. Uppsala 1967.

- Malmberg, Jonas Anställningsavtalet. Om anställningsförhållandets individuella reglering. Iustus förlag. Uppsala 1997.
- Malmström, Åke Anmälan av Rodhe, Knut Om fastighetsindelningen och dess betydelse. SvJT 1942 s 526.
- Malmström, Åke Till frågan om lagtolkningsmetoderna. SvJT 1952 s 657.
- Marc-Wogau, Konrad Studier till Axel Hägerströms filosofi. Bokförlaget Prisma. Föreningen Verdandi. Falköping 1968.
- Marx, Karl Kapitalet. Första boken. Tredje upplagan. Bo Cavefors bokförlag. Leipzig 1974.
- Mathiesen, Thomas En marxistisk jurisprudens? Retfærd nr 15 (1980).
- Mathiesen, Thomas Rätt, samhälle och politisk handling. P.A. Norstedt & Söners förlag. Stockholm 1980.
- Mathiesen, Thomas "Styringsjuss", "Rettsikkerhedsjuss" og det gode samfund. Retfaerd nr 28 (1985).
- Millqvist, Göran Finansiell leasing. Skrifter utgivna av Juridiska föreningen i Lund. Lund 1986.
- Myhrman, Johan, Petrén, Gustaf och Strömholm, Stig Marknadsekonomin rättsliga grundvalar. Timbro. Uddevalla 1987.
- Nationalencyklopedin Fjärde bandet. Bokförlaget Bra Böcker. Höganäs 1990.
- Nelhans, Joachim De Meidnerska löntagarfonderna i Stig Strömholms rättsliga belysning. SvJT 1976 s 647.
- Nelson, Alvar Rättsvetenskapen i dagens samhälle. Festskrift tillägnad Karl Olivecrona. P.A. Norstedt & Söner. Stockholm 1964.
- Nielsen, Ruth Employers' Prerogatives - in a European and Nordic Perspective. Handelshøjskolens forlag. Copenhagen 1996.
- Nordin, Svante Från Hägerström till Hedenius. Den moderna svenska filosofin. Doxa. Lund 1984.
- Norman, Erik Kollektiva åtgärder och det enskilda anställningsavtalet. Juristförlaget. Stockholm 1987.
- Norstedts svenska ordbok. 1990.
- Nousiainen, Kevät På spaning efter alternativa jurister (och efter en tid som flytt?). I Tuori (red) Rättsdogmatikens alternativ. Juridica. Tammerfors 1988.
- Nousiainen, Kevät Rättens system och kvinnans vardag. I Nordborg, Gudrun (red) 13 kvinnoperspektiv på rätten. Iustus förlag. Uppsala 1995.
- Numhauser-Henning, Ann Anmälan av Norman, Erik Kollektiva åtgärder och det enskilda anställningsavtalet. SvJT 1988 s 368.
- Numhauser-Henning, Ann Arbetslivets flexibilisering. Studier i arbetsrätt tillägnade Tore Sigeman utgivna av Arbetsrättsliga föreningen. Iustus förlag. Uppsala 1993.

- Ogden, C K and Richards, I A *The Meaning of Meaning*. Eight edition. Kegan Paul, Trench, Trubner & Co. Ltd. London 1946.
- Olivecrona, Karl Till frågan om rättsvetenskapens problemställning. *TfR* 1927 s 327.
- Olivecrona, Karl *Beviskyldigheten och den materiella rätten*. Almqvist & Wiksells boktryckeri AB. Uppsala och Stockholm 1930.
- Olivecrona, Karl *Om lagen och staten*. C.W.K Gleerup. Lund 1940.
- Olivecrona, Karl *Lagens imperativ*. Bilaga: *Vidräkning med docenten I. Hedenius*. C.W.K. Gleerup. Lund 1942.
- Olivecrona, Karl *Docentbetyg eller icke?* *SvJT* 1963 s 528.
- Olivecrona, Karl *Rättsordningen*. Andra upplagan. Liber Läromedel. Lund 1981. (Första upplagan 1966, andra upplagan 1976.)
- Olivecrona, Karl *Rätt och dom*. P.A Norstedt & Söners förlag. Stockholm 1966.
- Olivecrona, Karl *Grundtankar hos Hägerström och Lundstedt*. Andra upplagan. Juridiska föreningen i Lund. Lund 1970.
- Peczenik, Aleksander *Juridikens metodproblem*. Almqvist & Wiksells Förlag. Stockholm 1974.
- Peczenik, Aleksander *Rätt och moral*. *SvJT* 1982 s 609.
- Peczenik, Aleksander *Juridiska data. Ett bidrag till rättens ontologi*. *Tidskrift för rättssociologi* 1983/84 s 253.
- Peczenik, Aleksander *Opraktiskt paradigmskifte i juridiken*. *SvJT* 1984 s 452.
- Peczenik, Aleksander *Rätten och förnuftet*. Norstedts. Stockholm 1986.
- Peczenik, Aleksander *Rätten och förnuftet*. Andra upplagan. Norstedts. Stockholm 1988.
- Peczenik, Aleksander *Om den förvaltningsrättsliga forskningen och rättsdogmatiken*. *FT* 1990 s 41.
- Peczenik, Aleksander *Rättspraxis och rättsdogmatik*. Festskrift tillägnad Ulla Jacobsson. Norstedts Juridikförlag. Stockholm 1991.
- Peczenik, Aleksander *Vad är rätt*. Fritzes. Stockholm 1995.
- Peczenik, Aleksander *Om rättvis rätt*. Seminarieunderlag. Stencil Göteborg 961121.
- Peczenik, Aleksander *Rätt, rationalitet och ideologikritik*. *Retfærd* nr 75 (1996).
- Peczenik, Aleksander *Om juridiska värderingar*. Festskrift till Stig Strömholm. Del II. Iustus förlag. Uppsala 1997.
- Peczenik, Aleksander *Rättsvetenskapen - normativ eller deskriptiv? I Ånd og rett*. Festskrift til Birger Stuevold Lassen. Universitetsforlaget. Oslo 1997.

- Peczenik, Aleksander Serväss, nej dubbelfel! Rättsvetenskapens och rättsens kris. I Hydén/Thoor (red) Rätt i förändring. Lund Studies in Sociology of Law 2. Sociologiska institutionen, Lunds universitet. Lund 1997.
- Peczenik, Aleksander Skatterättens föränderliga rättskälleprinciper. Skattenytt 1998 s 440.
- Peczenik, Aleksander och Schött, Roland Juridisk konservatism. SvJT 1993 s 709.
- Peterson, Claes Anmälan av Hellner, Jan Rättsteori 2 uppl. FT 1996 s 175.
- Peterson, Claes Rättsvetenskap - finns den? FT 1997 s 21.
- Peterson, Claes Recension av en recension - en ny rättsvetenskaplig litteraturform? JT 1996/97 s 1082.
- Peterson, Claes och Sandström, Marie Lex lata - lex ferenda. Fakta eller fiktion? I Rosén, J (red) Lex ferenda. Rättsvetenskapliga studier av forskare vid Stockholms universitet. Juristförlaget. Stockholm 1996.
- Petrén, Gustaf Något om arbetstagares lydnadsplikt. SvJT 1944 s 116.
- Petrusson, Ulf Patent och industriell omvandling. Manus 1999.
- Pihlajamäki, Heikki Den rättsliga formalismen och kritiken av den. En rättsjämförande granskning av den finska rättsvetenskapen under 1900-talets första decennier. Retfaerd nr 78 (1997).
- Popper, Karl En intellektuell självbiografi. Doxa. Lund 1988.
- Posner, Richard A. Overcoming Law. Harvard University Press. Cambridge, Massachusetts, and London, England 1995.
- Påhlsson, Robert Riksskatteverkets rekommendationer. Iustus förlag. Uppsala 1995.
- Påhlsson, Robert Levnadskostnader. Iustus förlag. Uppsala 1997.
- Påhlsson, Robert Intuition och rättfärdigande i skatterätten. Skattenytt 1998 s 445.
- Pöyhönen, Juha The Critical Legal Studies Movement - alternativ rättsdogmatik i USA. Retfærd nr 28 (1985).
- Pöyhönen, Juha Till teorin om rättens dekonstruktion. I Tuori (red) Rättsdogmatikens alternativ. Juridica. Tammerfors 1988.
- Rodhe, Knut Om fastighetsindelningen och dess betydelse. AB Lundequistska bokhandeln. Uppsala 1941.
- Rodhe, Knut Gränsbestämning och äganderättstvist. AB Lundequistska bokhandeln. Uppsala 1944.
- Rodhe, Knut Beskrivning - prognos - rekommendation. En trosbekännelse. JT 1996/97 s 1.
- Roos, Carl Martin Kan rättsvetenskapen gå lagstiftningen i förväg? I Mål och metoder för forskning inom civilrätten. Symposium i Stockholm 16-17 november 1973. Statens råd för samhällsforskning 1974.

Roos, Carl Martin Mot en verklighetsorienterad juridik. Några reflexioner kring Per Stjernquists juridiska författarskap. Festskrift till Per Stjernquist. Juridiska förening i Lund. Lund 1978.

Roos, Carl Martin Anmälan av Kleineman, Jan Ren förmögenhetsskada. SvJT 1988 s 43.

Roos, Carl Martin Varför rättsekonomi? TFR 1993 s 227.

Ross, Alf Realismen i retsvidenskabem og samfundsnyttekimæren. SvJT 1932 s 324.

Ross, Alf Samfundsnytteprincippet. Gensvar til professor Lundstedt. SvJT 1933 s 115.

Ross, Alf Om ret og retfærdighed. Nyt Nordisk forlag, Arnold Busck a/s. København 1953.

Rottleuthner, Hubert Legal Evolution and the Limits of Law. I Aarnio, A and Tuori, K (eds) Law, morality and discursive rationality. Publications of the department of public law, University of Helsinki. Helsinki 1989.

Runesson, Eric M Rekonstruktion av ofullständiga avtal. Handelshögskolan i Stockholm. Rättsvetenskapliga institutionen. Skrifter nr 5. Juristförlaget 1996.

Runhammar, Urban och Stare, Peter Handbok i arbetsrätt. Femte omarbetade upplagan. Liber förlag. Stockholm 1982.

Runhammar, Urban och Stare, Peter Handbok i arbetsrätt. Tionde upplagan. Fritzes. Stockholm 1995.

Russell, Bertrand Västerlandets filosofi. Natur och kultur. Stockholm 1984.

Rättegången i arbetstvister Lagkommentar och uppsatser utgivna av Arbetsrättsliga föreningen under redaktion av Tore Sigeman. Publica Liber Förlag. Stockholm 1979.

Saarenpää, Ahti Juridisk doktorsavhandling. Finländska synpunkter. Föredrag i Oslo, hösten 1995.

Saldeen, Åke Synpunkter på tvärvetenskap och jurimetrik. I Mål och metoder för forskning inom civilrätten. Symposium i Stockholm 16-17 november 1973. Statens råd för samhällsforskning 1974 s 55.

Saltsjöbadsavtalet 50 år Arbetslivscentrum. Stockholm 1989. Samhällsforskning. Samhällsvetenskaplig forskning - problem och utvecklingstendenser. Rapporter från fem arbetsgrupper tillsatta av Forskningsberedningen. Studentlitteratur. Lund 1968.

Samuelsson, Per Om rättsekonomins uppkomst och inverkan på forskningen. SvJT 1997 s 528.

Samuelsson, Per och Skogh, Göran Juridisk forskning i gränsområdet mot ekonomi - exemplet insiderhandel. I Basse (red), Regulering og styring - en juridisk teori- og metodebog. G E C Gads Forlag. København 1989.

- Sandgren, Anders Nya LAS kan och bör ge ändrad praxis vid alkoholmissbruk och samarbetsvårigheter. Lag & Avtal nr 6 1982 s 30.
- Sandgren, Claes En social avtalsrätt? Del I. JT 1992/93 s 456.
- Sandgren, Claes En social avtalsrätt? Del II. JT 1992/93 s 643.
- Sandgren, Claes En social avtalsrätt? - än en gång. JT 1993/94 s 929.
- Sandgren, Claes Om empiri och rättsvetenskap. Del I. JT 1995/96 s 726.
- Sandgren, Claes Om empiri och rättsvetenskap. Del II. JT 1995/96 s 1035.
- Sandström, Torsten Privatjustis mot anställda. Juridiska föreningen i Lund. Lund 1979.
- Schaff, Adam Introduktion till semantiken. Bo Cavefors Bokförlag. Uddevalla 1967.
- Schiller, Berndt LO, paragraf 32 och företagsdemokratin. Bokförlaget Prisma i samarbete med Landsorganisationen i Sverige. Stockholm 1974.
- Schlytter, Astrid Barnomsorg och ramlag. Tillämpning av förtursregler i fyra kommuner. Nordiska institutet för samhällsplanering. R 1987:3.
- Schmidt, Folke Svensk rättspraxis. Kollektiv arbetsrätt 1929-1948. SvJT 1949 s 729.
- Schmidt, Folke Kollektiv arbetsrätt. Tidens förlag. Stockholm 1950.
- Schmidt, Folke Kring tjänsteavtalets källor. Särtryck ur Minnesskrift utgiven av Juridiska fakulteten i Stockholm vid dess femtioårsjubileum 1957.
- Schmidt, Folke Tjänsteavtalet. P.A. Norstedt & Söners förlag. Stockholm 1959.
- Schmidt, Folke Arbetsrätt I. P.A. Norstedt & Söners förlag. Stockholm 1972.
- Schmidt, Folke Bundna och öppna argument i rättsvetenskapen. Festskrift till Per Olof Ekelöf. P.A. Norstedt & Söners förlag. Stockholm 1972.
- Schmidt, Folke Arbetsrätt II. P.A. Norstedt & Söners förlag. Stockholm 1973.
- Schmidt, Folke Arbetsrätt II. Andra upplagan. P.A. Norstedt & Söners förlag. Stockholm 1974.
- Schmidt, Folke Från socialism till löntagarmakt. SvJT 1976 s 519.
- Schmidt, Folke Löntagarrätt. P.A. Norstedt & Söners förlag. Stockholm 1978.
- Schmidt, Folke Uppsägning för omreglering. Lag & Avtal nr 3 1978 s 28.
- Schmidt, Folke Facklig arbetsrätt. Andra upplagan. P.A. Norstedt & Söners förlag. Stockholm 1979.
- Schmidt, Folke Arbetsuppgifter och tankevägar i rättsvetenskapen. TFR 1980 s 549.
- Schmidt, Folke Löntagarrätt. Andra upplagan. P.A. Norstedt & Söners förlag. Stockholm 1980.

Schmidt, Folke Löntagarrätt. Reviderad upplaga för undervisningsbruk ombesörjd av Tore Sigeman under medverkan av Ronnie Eklund, Kent Källström och Anders Victorin. Stiftelsen Juristförlaget vid Stockholms universitet. Stockholm 1985.

Schmidt, Folke Löntagarrätt. Reviderad upplaga ombesörjd av Tore Sigeman under medverkan av Ronnie Eklund, Kent Källström och Anders Victorin. Juristförlaget. Stockholm 1988.

Schmidt, Folke Löntagarrätt. Reviderad upplaga 1994 ombesörjd av Tore Sigeman under medverkan av Ronnie Eklund, Håkan Göransson och Kent Källström. Juristförlaget. Stockholm 1994.

Seipel, Peter Tvärvetenskapliga perspektiv på juridiken. I Mål och metoder för forskning inom civilrätten. Symposium i Stockholm 16-17 november 1973. Statens råd för samhällsforskning 1974.

Seth, Thorsten och Svensson, Gustav Medbestämmande i statsförvaltningen. Liber förlag. Stockholm 1982.

Sigeman, Tore Om rättsbildning och prejudikatlära i arbetsdomstolen. I Arbetsrätten i utveckling. Studier tillägnade Folke Schmidt utgivna av Arbetsrättsliga föreningen. Stockholm 1977.

Sigeman, Tore Semesterrätt. Iustus förlag. Uppsala 1978.

Sigeman, Tore Från legostadgan till medbestämmandelagen - om huvudlinjerna i arbetsrättens utveckling. SvJT 1984 s 875.

Sigeman, Tore i Arbetsrätten i Norden. NU 1984:10. Nordiska rådet/Nordiska ministerrådet. Stockholm 1985.

Sigeman, Tore Är arbetsdomstolen egentligen en riktig domstol? JT 1989/90 s 193.

Sigeman, Tore i Arbetsrätten i Norden. Nord 1990:42. Nordisk Ministerråd. Reviderad upplaga. 1990.

Sigeman, Tore Arbetsrätten. En översikt av svensk rätt med europarätt. Norstedts Juridik, Fritzes. Stockholm 1995.

Simmonds, Nigel Juridiska principfrågor. Rättvisa, gällande rätt och rättigheter. Norstedts Juridik. Stockholm 1994.

Statens arbetsgivarverk Statens arbetsgivarverks cirkulär. SAV 1982 A 17. Anställningsskydd.

Statens arbetsgivarverk Statens arbetsgivarverks cirkulär. SAV 1984 A 16. Anställningsskydd.

Statens arbetsgivarverk Statens arbetsgivarverks cirkulär. SAV 1987 A 34. Anställningsskydd.

Statens arbetsgivarverk Statens arbetsgivarverks cirkulär. SAV 1990 A 5. Anställningsskydd.

- Stenberg, Hans Studier i EG-rätt. Om konkurrensbegränsande avtal och deras ogiltighet. Jurist- och samhällsvetareförbundets Förlags AB. Stockholm 1974.
- Stjernquist, Per Nilsson- Samhällsutvecklingen och rättsvetenskapens arbetsfält. Statsvetenskaplig tidskrift 1952 s 198.
- Strahl, Ivar Idealism och realism i rättsvetenskapen. SvJT 1941 s 302.
- Stridbeck, Ulf Från kontrakt till social rättighet. En analys av förhållandet mellan eldistributör och abonnent. Lund Studies in Law and Society 2. Lund University Press. Lund 1992.
- Stridbeck, Ulf Från status till kontrakt och tillbaka igen? JT 1993/94 s 149.
- Strömberg, Tore Inledning till den allmänna rättsläran. Sjätte upplagan. Juridiska föreningen i Lund. Lund 1976.
- Strömberg, Tore Rättsfilosofins historia i huvuddrag. Studentlitteratur. Lund 1981.
- Strömholm, Stig En märklig metodlära. Anteckningar till en nyutkommen bok. SvJT 1969 s 652.
- Strömholm, Stig Något om sociologins betydelse för juridiken. SvJT 1970 s 97.
- Strömholm, Stig Användning av utländskt material i juridiska monografier. Några anteckningar och förslag. SvJT 1971 s 251.
- Strömholm, Stig Har den komparativa rätten en metod? SvJT 1972 s 456.
- Strömholm, Stig Den juridiska argumentationens relevanskriterier. SvJT 1974 s 641. (Även publicerad i Idéer och tillämpningar s 230.)
- Strömholm, Stig Har juridiken en framtid? SvJT 1975 s 593.
- Strömholm, Stig Allmän rättslära i antologin Juridiska fakulteten vid Uppsala universitet. Uppsala 1976. (Hämtad ur Sundberg fr. Eddan t. Ekelöf 1990.)
- Strömholm, Stig Förslaget om s. k. Löntagarfonder i rättslig belysning. SvJT 1976 s 452.
- Strömholm, Stig Replik (i löntagarfondsdebatten). SvJT 1976 s 656.
- Strömholm, Stig Allmän rättslära (Särtryck ur 20 års samhällsforskning) Iustus förlag. Uppsala 1978.
- Strömholm, Stig Hur många rättsvetenskaper finns det? Tfr 1978 s 621.
- Strömholm, Stig Idéer och tillämpningar. Studier i allmän rättslära. P.A. Norstedt & Söners förlag. Stockholm 1978.
- Strömholm, Stig Rätt, rättskällor och rättstillämpning. Norstedts. Stockholm 1981.
- Strömholm, Stig En svensk prejudikatlära: behov och möjligheter. SvJT 1984 s 923.
- Strömholm, Stig Näringsfriheten - grundläggande men förbisedd. Skrifter tillägnade Gustaf Petrén. Stiftelsen rättsfonden. Institutet för offentlig och

- internationell rätt. Stockholm 1984. (Även publicerad i Strömholm Historiskt och aktuellt s 125. Hänvisningar avser denna.)
- Strömholm, Stig Äganderätten i idéhistoriskt och internationellt perspektiv. I Äganderätt och egendomsskydd i Centrala frågor i alla samhällssystem. SAF. Stockholm 1985 s 7. (Även publicerad i Strömholm Historiskt och aktuellt s 119. Hänvisningar avser denna.)
- Strömholm, Stig Avtalsfrihetens komponenter - ett analysförsök. Festskrift till Sveriges Advokatsamfund 1887-1987. Norstedts. Stockholm 1987.
- Strömholm, Stig Allmän rättslära. Sjätte upplagan. Norstedts. Stockholm 1988.
- Strömholm, Stig Historiskt och aktuellt. Studier i allmän rättslära. Norstedts förlag. Stockholm 1988.
- Strömholm, Stig Rätt, rättskällor och rättstillämpning. Tredje upplagan. Norstedts. Stockholm 1988.
- Strömholm, Stig Rättsvetenskap – sanningsforskning eller samhällsteknologi? I Ellergård, Alvar (red) Kan vi lita på vetenskapen – 14 forskares syn på verkligheten. Natur och kultur. Stockholm 1989.
- Strömholm, Stig Är rättspraxis annat och mera än en riktig eller oriktig tillämpning av den juridiska doktrinen? TfR 1991 s 3.
- Sundberg, Jakob Teleologisk metod och fair play. Institutet för offentlig rätt. Stockholm 1970.
- Sundberg, Jacob Agges huvudpunkter av den allmänna rättsläran. Reviderad upplaga av Jacob Sundberg. Juristförlaget. Stockholm 1982.
- Sundberg, Jakob fr. Eddan t. Ekelöf. Repetitorium om rättskällor i nordn. Andra oförändrade upplagan. Juristförlaget. Stockholm 1990.
- Sundby, Nils Kristian Om normer. Oslo 1974.
- Suviranta, Antti Invisible Clauses in Collective Agreements. I Schmidt, F (ed) Scandinavian Studies in Law. Almquist & Wiksell. Uppsala 1965.
- Svenska arbetsgivareföreningen Anställningsskydd och anställningsfrämjande åtgärder. SAF 1974.
- Svenska arbetsgivareföreningen Anställningsskydd och anställningsfrämjande åtgärder. Andra upplagan. SAF 1982.
- Svenska arbetsgivareföreningen Anställningsskydd och anställningsfrämjande åtgärder. Tredje upplagan. SAF 1987.
- Svenska arbetsgivareföreningen SAF-handboken. Arbetsgivarens ABC. 1980.
- Svenska arbetsgivareföreningen SAF-handboken. Arbetsgivarens ABC. Fjärde upplagan. 1992.
- Svenska arbetsgivareföreningen SAF-handboken. Arbetsgivarens ABC. Femte upplagan. 1995.

- Svensson, Eva-Maria Genus och rätt. En problematisering av föreställningen om rätten. Iustus förlag. Uppsala 1997.
- Svensson, Gustav Tor Nitzelius har rätt om medbestämmandet på offentliga sektorn! Lag & avtal nr 3 1981 s 25.
- Svensson, Gustav Kritiken mot domen i TCO-S-målet kvarstår. Lag och avtal nr 5 1981 s 25.
- Svensson, Gustav Medbestämmande och politisk demokrati. Iustus förlag. Uppsala 1985.
- Svensäter, Lennart Anställning och upphovsrätt. Norstedts Juridikförlag. Stockholm 1991.
- Sydolf, Lars EG-anpassning in absurdum. Lag & Avtal nr 3 1995 s 30.
- Sölven, Arnold och Gustafsson, Stig Huvudavtalet mellan SAF och LO. Femte omarbetade upplagan (med 1964 och 1966 års ändringar). Landsorganisationen i Sverige. Stockholm 1966.
- Taxell, Lars-Erik Sociala drag i avtalsrätten. I Lov, dom og bok. Festskrift till Sjur Brækhus 19. juni 1988. Universitetsforlaget. Oslo 1988.
- Teubner, Günther Refleksiv ret. Udviklingsmodeller i sammenlignende perspektiv. I Born, Asmund m fl (red) Refleksiv ret. Forlaget Nyt fra samfundsvidenskaberne. København 1988.
- Teubner, Günther Law as an Autopoietic System. Blackwell. Oxford 1993.
- Therborn, Göran Social styrning. I Carle/Therborn (red) Det godas vägar och avvägar - välfärdsstaten och den sociala styrningens problem. Forskningsrapport nr 96. Sociologiska institutionen. Göteborgs universitet. Göteborg 1989.
- Thornstedt, Hans Legalitet och teleologisk metod i straffrätten. Festskrift tillägnad Nils Herlitz. Stockholm 1955.
- Tolonen, Hannu Några synpunkter på den skandinaviska rättsrealismen. Retfaerd nr 53 (1991).
- Tolonen, Juha Rätten och kaos. Retfærd nr 55 (1991).
- Tuori, Kaarlo Två tolkningar av rättens evolution. Retfærd nr 36 (1987).
- Tuori, Kaarlo Alternativ eller kritik, snäv eller utvidgad doktrin. I Tuori (red) Rättsdogmatikens alternativ. Juridica. Tammerfors 1988.
- Tuori, Kaarlo (red) Rättsdogmatikens alternativ. Juridica. Tammerfors 1988.
- Tuori, Kaarlo Lagstiftningsstrategierna inom social- och hälsovården. Retfærd nr 62 (1993).
- Tuori, Kaarlo Kant och rättsvetenskapens tidlöshet. Retfærd nr 77 (1997).
- Töllborg, Dennis Att ersätta en ideologi med en annan. I Hydén (red) Rätten som instrument för social förändring. Liber förlag. Lund 1982.

- Töllborg, Dennis Personalkontroll. En ideologikritisk studie kring den svenska personalkontrollkungörelsen. Symposium Bokförlag & Tryckeri AB. Stockholm/Lund 1986.
- Töllborg, Dennis Vad är goda argument värda? I Tuori (red) Rättsdogmatikens alternativ. Juridica. Tammerfors 1988.
- Töllborg, Dennis Medinflytande och ansvarsgenombrott. TfR 1994 s 723.
- Töllborg, Dennis Några reflektioner rörande relationen vetenskap/praktik inom juridiken. JT 1995/96 s 354.
- Töllborg, Dennis Värden, underliggande normativa strukturer och rationalitet. Retfaerd 74 (1996).
- Töllborg, Dennis Law as value. Seminarieunderlag. Göteborg 1997.
- Törnebohm Håkan Vad är vetbart och vad är värt att veta? Stencil. Göteborg 1981.
- Wasserstrom, Richard A The Judicial Decision. Toward a Theory of Legal Justification. Stanford University Press. Stanford, California 1961.
- Weber, Max Vetenskap och politik. Bokförlaget Korpen. Göteborg 1977.
- Wedberg, Anders Filosofins historia. Nyare tiden till romantiken. Andra reviderade upplagan. Bonniers. Stockholm 1985.
- Welinder, Carsten Jurisprudensen inför den ekonomiska utvecklingen. SvJT 1939 s 431.
- Wennström, Bo The lawyer and language. Iustus förlag. Uppsala 1996.
- Westberg, Peter Domstols officialprövning. Juristförlaget i Lund. Lund 1988.
- Westberg, Peter Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats. Festskrift till Per Olof Bolding. Juristförlaget. Stockholm 1992.
- Westerståhl, Jörgen Svensk fackföreningsrörelse. Organisationsproblem. Verksamhetsformer. Förhållande till staten. Tidens förlag. Stockholm 1945.
- Victorin, Anders Lagstiftaren sitter fast i sin egen fälla. Lag & Avtal nr 2 1979 s 21.
- Victorin, Anders Om omplacering och omreglering i anställningsförhållanden. SvJT 1979 s 675.
- Victorin, Anders Aktieägandet och löntagarintresset. I Eidem/Skog (red) Makten över företagen. Carlssons Bokförlag Stockholm 1991.
- Viklund, Lars Tveksamma pekpinor till arbetsdomstolen. Lag & Avtal nr 5 1982 s 25.
- Wikland, Urban och Stare, Peter Handbok i arbetsrätt. Liber Förlag. Stockholm 1977.
- Wikland, Urban och Stare, Peter Handbok i arbetsrätt. Andra upplagan. Liber Förlag. Stockholm 1977.

- Wikland, Urban och Stare, Peter Handbok i arbetsrätt. Tredje omarbetade upplagan. Liber Förlag. Stockholm 1978.
- Wikland, Urban och Stare, Peter Handbok i arbetsrätt. Fjärde omarbetade upplagan. Liber Förlag. Stockholm 1980. (Övriga upplagor, se Runhammar/Stare)
- Wilhelmsson, Thomas Om styrning av försäkringsvillkor. Finlands Juristförbunds förlags AB. Vammala 1977.
- Wilhelmsson, Thomas Rättssäkerheten, rättsvetenskapen och de allmänna läroerna. Retfærd nr 33 (1986).
- Wilhelmsson, Thomas Social civilrätt. Juristförbundets förlag. Helsinki 1987.
- Wilhelmsson, Thomas Behovsrationellt och reflexivt i rättsdogmatiken. I Tuori (red) Rättsdogmatikens alternativ. Juridica. Tammerfors 1988.
- Wilhelmsson, Thomas Civilrätt för arbetslösa. I Lov, dom og bok. Festskrift till Sjur Brækhus 19. juni 1988. Universitetsforlaget Oslo 1988.
- Wilhelmsson, Thomas Need-rationality in Private Law. Scandinavian studies in law 1989.
- Wilhelmsson, Thomas Om kritisk civilrättsdogmatik. I Basse E M (red) Regulering og styring II - til fornyelse af den juridiske teori og metode. G E C Gad. København 1990.
- Wilhelmsson, Thomas Materiell bedömning av standardvillkors giltighet. Tankar bakom ett lagförslag. Festskrift till Kurt Grönfors. Norstedts Juridikförlag. Stockholm 1991.
- Wilhelmsson, Thomas Critical Studies in Private Law. A Treatise on Need-Rational Principles in Modern Law. Kluwer academic publishers 1992. (förordet daterat aug-90)
- Wilhelmsson, Thomas Bidrag till en grön köprätt. I Retlig polycentri. Akademisk forlag. København 1993.
- Wilhelmsson, Thomas En social avtalsrätt? - Några kommentarer. JT 1993/94 s 499.
- Wilhelmsson, Thomas Avtal och jämlikhet. SvJT 1997 s 505.
- Wrange, Pål En diskussion utan innehåll? Critical Legal Studies och folk-rätten. JT 1990/91 s 256.
- Wrange, Pål Recension av Mellqvist/Persson (red) Retorik och rätt. JT 1995/96 s 497.
- Vår tids filosofi. Filosoferna. De filosofiska strömningarna. Bokförlaget Forum. Stockholm 1987.
- Zahle, Henrik Bevist teori og retsteori. I Uppsalaskolan - och efteråt. Rättsfilosofiskt symposium, Uppsala 23-26 maj 1977. Acta Universitatis Upsaliensis. Uppsala 1978.
- Zahle, Henrik Videnskabeliggørelse eller forkastelse. Retfaerd 44 (1989).

Zahle, Henrik Retsdogmatik og retskritik i Basse (red) Regulering og styring - en juridisk teori- og metodebog. G E C Gads Forlag. København 1989. (Återfinns även i Tuori (red) Rättsdogmatikens alternativ. Juridica. Tammerfors 1988.)

Zahle, Henrik Afdækning af genus-relationens retlige relevans. JT 1997/98 s 1309.

Zaremba, Maciej Orättens rötter. Moderna tider dec-jan 1995/96 s 26.

Zethraeus, Sten Åke Omplacering och annan omreglering av anställningsvillkoren. Lag & Avtals skriftserie nr 1 1984.

Åhman, Ola Om säljarens köprättsliga ansvar för personalavgång i samband med överlåtelse av kunskapsföretag. I Sandgren (red) Kunskapsföretaget i ett rättsligt perspektiv. Norstedts Juridik Fritzes. Stockholm 1995.

Rättsfall

Arbetsdomstolens domar

AD 1929:5	AD 1931:3	AD 1931:131
AD 1929:7	AD 1931:7	AD 1931:132
AD 1929:8	AD 1931:8	AD 1931:133
AD 1929:10	AD 1931:40	AD 1931:138
AD 1929:18	AD 1931:41	AD 1931:139
AD 1929:29	AD 1931:42	AD 1931:141
AD 1929:53	AD 1931:43	AD 1932:5
AD 1930:12	AD 1931:45	AD 1932:11
AD 1930:32	AD 1931:50	AD 1932:12
AD 1930:49	AD 1931:68	AD 1932:18
AD 1930:52	AD 1931:70	AD 1932:22
AD 1930:60	AD 1931:72	AD 1932:23
AD 1930:67	AD 1931:74	AD 1932:27
AD 1930:68	AD 1931:82	AD 1932:28
AD 1930:74a	AD 1931:85	AD 1932:50
AD 1930:74b	AD 1931:88	AD 1932:51
AD 1930:85	AD 1931:93	AD 1932:56
AD 1930:91	AD 1931:96	AD 1932:57
AD 1930:92	AD 1931:97	AD 1932:62
AD 1930:93	AD 1931:100	AD 1932:64
AD 1930:94	AD 1931:107	AD 1932:72
AD 1930:96	AD 1931:112	AD 1932:74
AD 1930:106	AD 1931:125	AD 1932:77
AD 1930:116	AD 1931:127	AD 1932:81

AD 1932:92	AD 1932:93	AD 1932:100
AD 1932:101	AD 1933:56	AD 1934:57
AD 1932:114	AD 1933:57	AD 1934:58
AD 1932:119	AD 1933:60	AD 1934:61
AD 1932:122	AD 1933:66	AD 1934:62
AD 1932:125	AD 1933:71	AD 1934:64
AD 1932:128	AD 1933:72	AD 1934:66
AD 1932:130	AD 1933:78	AD 1934:71
AD 1932:134	AD 1933:82	AD 1934:72
AD 1932:138	AD 1933:86	AD 1934:78
AD 1932:155	AD 1933:87	AD 1934:82
AD 1932:159	AD 1933:94	AD 1934:83
AD 1932:162	AD 1933:97	AD 1934:84
AD 1932:168	AD 1933:99	AD 1934:85
AD 1932:171	AD 1933:106	AD 1934:105
AD 1932:175	AD 1933:108	AD 1934:109
AD 1932:179	AD 1933:109	AD 1934:111
AD 1932:185	AD 1933:115	AD 1934:121
AD 1932:186	AD 1933:116	AD 1934:136
AD 1932:187	AD 1933:119	AD 1934:161
AD 1932:189	AD 1933:120	AD 1934:176
AD 1932:191	AD 1933:124	AD 1934:179
AD 1933:1	AD 1933:128	AD 1934:188
AD 1933:2	AD 1933:141	AD 1935:4
AD 1933:6	AD 1933:148	AD 1935:5
AD 1933:8	AD 1933:150	AD 1935:7
AD 1933:16	AD 1933:156	AD 1935:8
AD 1933:19	AD 1933:159	AD 1935:14
AD 1933:20	AD 1933:160	AD 1935:17
AD 1933:21	AD 1933:165	AD 1935:22
AD 1933:25	AD 1933:170	AD 1935:24
AD 1933:26	AD 1934:8	AD 1935:38
AD 1933:27	AD 1934:15	AD 1935:41
AD 1933:31	AD 1934:17	AD 1935:45
AD 1933:35	AD 1934:20	AD 1935:47
AD 1933:40	AD 1934:21	AD 1935:52
AD 1933:42	AD 1934:22	AD 1935:57
AD 1933:46	AD 1934:34	AD 1935:61
AD 1933:48	AD 1934:48	AD 1935:64
AD 1933:50	AD 1934:51	AD 1935:65
AD 1933:52	AD 1934:54	AD 1935:66

AD 1935:68	AD 1936:118	AD 1938:28
AD 1935:69	AD 1936:120	AD 1938:29
AD 1935:70	AD 1936:121	AD 1938:30
AD 1935:75	AD 1937:5	AD 1938:31
AD 1935:80	AD 1937:6	AD 1938:38
AD 1935:94	AD 1937:20	AD 1938:39
AD 1935:102	AD 1937:25	AD 1938:44
AD 1935:105	AD 1937:30	AD 1938:47
AD 1935:109	AD 1937:44	AD 1938:56
AD 1935:110	AD 1937:45	AD 1938:58 (I)
AD 1935:117	AD 1937:57	AD 1938:58 (II)
AD 1935:122	AD 1937:63	AD 1938:59
AD 1935:133	AD 1937:64	AD 1938:67
AD 1935:134	AD 1937:65	AD 1938:69
AD 1935:136	AD 1937:71	AD 1938:70
AD 1935:140	AD 1937:73	AD 1938:76
AD 1935:143	AD 1937:76	AD 1938:77
AD 1935:144	AD 1937:80	AD 1938:79
AD 1935:145	AD 1937:82	AD 1938:84
AD 1935:148	AD 1937:89	AD 1938:91
AD 1936:1	AD 1937:91	AD 1938:92
AD 1936:8	AD 1937:92	AD 1938:94
AD 1936:16	AD 1937:102	AD 1938:95
AD 1936:19	AD 1937:106	AD 1938:98
AD 1936:20	AD 1937:109	AD 1938:113
AD 1936:22	AD 1937:111	AD 1938:115
AD 1936:28	AD 1937:113	AD 1938:124
AD 1936:39	AD 1937:131	AD 1938:125
AD 1936:52	AD 1937:136	AD 1938:129
AD 1936:57	AD 1937:139	AD 1938:133
AD 1936:58	AD 1937:140	AD 1939:13
AD 1936:60	AD 1937:145	AD 1939:14
AD 1936:64	AD 1937:149	AD 1939:16
AD 1936:75	AD 1937:151	AD 1939:17
AD 1936:78	AD 1938:2	AD 1939:19
AD 1936:82	AD 1938:8	AD 1939:23
AD 1936:97	AD 1938:9	AD 1939:24
AD 1936:101	AD 1938:10	AD 1939:25
AD 1936:115	AD 1938:19	AD 1939:26
AD 1936:116	AD 1938:24	AD 1939:27
AD 1936:117	AD 1938:27	AD 1939:30

AD 1939:32	AD 1941:71	AD 1943:112
AD 1939:38	AD 1941:72	AD 1943:116
AD 1939:41	AD 1941:74	AD 1944:1
AD 1939:42	AD 1941:77	AD 1944:2
AD 1939:57	AD 1941:78	AD 1944:7
AD 1939:61	AD 1941:85	AD 1944:20
AD 1939:67	AD 1941:86	AD 1944:24
AD 1939:69	AD 1941:100	AD 1944:25
AD 1939:72	AD 1941:104	AD 1944:30
AD 1939:73	AD 1941:107	AD 1944:33
AD 1939:76	AD 1941:111	AD 1944:49
AD 1939:88	AD 1941:113	AD 1944:63
AD 1939:89	AD 1941:124	AD 1944:69
AD 1939:92	AD 1941:130	AD 1944:73
AD 1939:94	AD 1941:132	AD 1944:78
AD 1939:103	AD 1941:137	AD 1944:87
AD 1939:131	AD 1941:146	AD 1944:96
AD 1939:140	AD 1941:152	AD 1944:98
AD 1940:1	AD 1941:153	AD 1945:2
AD 1940:2	AD 1942:5	AD 1945:7
AD 1940:5	AD 1942:7	AD 1945:12
AD 1940:8	AD 1942:18	AD 1945:13
AD 1940:10	AD 1942:54	AD 1945:23
AD 1940:16	AD 1942:55	AD 1945:31
AD 1940:38	AD 1942:62	AD 1945:46
AD 1940:54	AD 1942:67	AD 1945:52
AD 1940:55	AD 1942:99	AD 1945:53
AD 1940:97	AD 1942:100	AD 1945:62
AD 1940:98	AD 1942:102	AD 1945:67
AD 1940:112	AD 1943:6	AD 1945:75
AD 1940:115	AD 1943:7	AD 1945:76
AD 1941:1	AD 1943:14	AD 1945:91
AD 1941:3	AD 1943:15	AD 1945:95
AD 1941:10	AD 1943:33	AD 1945:98
AD 1941:15	AD 1943:44	AD 1946:4
AD 1941:26	AD 1943:56	AD 1946:5
AD 1941:33	AD 1943:61	AD 1946:10
AD 1941:35	AD 1943:71	AD 1946:14
AD 1941:47	AD 1943:75	AD 1946:16
AD 1941:48	AD 1943:95	AD 1946:17
AD 1941:49	AD 1943:106	AD 1946:25

AD 1946:38	AD 1950:48	AD 1955:5
AD 1946:56	AD 1950:54	AD 1955:14
AD 1946:58	AD 1950:63	AD 1955:16
AD 1946:61	AD 1951:16	AD 1955:32
AD 1946:63	AD 1951:22	AD 1955:37
AD 1946:66	AD 1951:24	AD 1955:40
AD 1946:67	AD 1951:31	AD 1955:44
AD 1946:81	AD 1951:33	AD 1956:13
AD 1947:34	AD 1951:38	AD 1956:14
AD 1947:36	AD 1951:39	AD 1956:15
AD 1947:58	AD 1951:40	AD 1956:31
AD 1947:59	AD 1951:44	AD 1956:34
AD 1947:60	AD 1951:48	AD 1956:41
AD 1948:1	AD 1951:49	AD 1956:43
AD 1948:30	AD 1952:1	AD 1957:5
AD 1948:38	AD 1952:3	AD 1957:11
AD 1948:39	AD 1952:7	AD 1957:12
AD 1948:50	AD 1952:10	AD 1957:15
AD 1948:52	AD 1952:11	AD 1957:18
AD 1948:53	AD 1952:20	AD 1957:27
AD 1948:61	AD 1952:25	AD 1958:5
AD 1948:80	AD 1952:28	AD 1958:12
AD 1948:81	AD 1952:35	AD 1958:16
AD 1948:84	AD 1952:37	AD 1958:20
AD 1949:14	AD 1952:40	AD 1958:24
AD 1949:19	AD 1953:6	AD 1958:25
AD 1949:31	AD 1953:11	AD 1959:1
AD 1949:34	AD 1953:22	AD 1959:5
AD 1949:55	AD 1953:30	AD 1959:10
AD 1949:57	AD 1953:36	AD 1959:13
AD 1949:61	AD 1953:37	AD 1959:14
AD 1949:65	AD 1953:39	AD 1959:16
AD 1949:62	AD 1953:42	AD 1959:17
AD 1949:72	AD 1953:49	AD 1959:18
AD 1949:76	AD 1953:56	AD 1959:29
AD 1950:5	AD 1954:4	AD 1959:33
AD 1950:6	AD 1954:24	AD 1959:37
AD 1950:12	AD 1954:28	AD 1960:5
AD 1950:19	AD 1954:35	AD 1960:6
AD 1950:26	AD 1954:38	AD 1960:7
AD 1950:38	AD 1955:4	AD 1960:8

AD 1960:9	AD 1967:14	AD 1978:57
AD 1960:10	AD 1967:17	AD 1978:65
AD 1960:15	AD 1967:22	AD 1978:68
AD 1960:19	AD 1967:26	AD 1978:84
AD 1960:21	AD 1968:5	AD 1978:89
AD 1960:22	AD 1968:10	AD 1978:110
AD 1960:33	AD 1968:19	AD 1978:134
AD 1960:36	AD 1968:31	AD 1978:139
AD 1961:3	AD 1969:5	AD 1978:161
AD 1961:5	AD 1970:23	AD 1979:117
AD 1961:6	AD 1970:24	AD 1980:15
AD 1961:10	AD 1971:2	AD 1980:54
AD 1961:11	AD 1971:19	AD 1980:133
AD 1961:21	AD 1972:7	AD 1980:150
AD 1961:27	AD 1972:11	AD 1980:168
AD 1962:3	AD 1972:16	AD 1981:51
AD 1962:4	AD 1972:18	AD 1981:111
AD 1962:12	AD 1973:5	AD 1981:121
AD 1962:16	AD 1973:22	AD 1981:124
AD 1962:21	AD 1973:45	AD 1981:146
AD 1962:22	AD 1974:6	AD 1982:31
AD 1962:34	AD 1974:8	AD 1982:49
AD 1963:3	AD 1974:12	AD 1982:57
AD 1963:11	AD 1975:20	AD 1982:60
AD 1963:12	AD 1975:38	AD 1982:82
AD 1963:17	AD 1975:49	AD 1982:107
AD 1963:18	AD 1975:82	AD 1982:137
AD 1963:20	AD 1976:26	AD 1982:146
AD 1964:5	AD 1976:28	AD 1982:155
AD 1964:7	AD 1976:33	AD 1983:42
AD 1964:8	AD 1976:42	AD 1983:49
AD 1964:28	AD 1976:49	AD 1983:51
AD 1965:1	AD 1976:111	AD 1983:65
AD 1965:17	AD 1976:114	AD 1983:94
AD 1965:21	AD 1976:128	AD 1983:107
AD 1965:26	AD 1977:18	AD 1983:109
AD 1965:31	AD 1977:28	AD 1983:110
AD 1965:34	AD 1977:64	AD 1983:118
AD 1966:1	AD 1977:80	AD 1983:127
AD 1966:2	AD 1977:127	AD 1983:137
AD 1966:24	AD 1977:215	AD 1983:162

AD 1984:2	AD 1988:100	AD 1995:96
AD 1984:4	AD 1988:160	AD 1995:97
AD 1984:9	AD 1989:39	AD 1995:107
AD 1984:19	AD 1989:42	AD 1995:108
AD 1984:26	AD 1989:47	AD 1995:118
AD 1984:39	AD 1989:120	AD 1995:149
AD 1984:59	AD 1989:137	AD 1995:152
AD 1984:66	AD 1989:143	AD 1995:156
AD 1984:81	AD 1990:55	AD 1996:7
AD 1984:82	AD 1990:67	AD 1996:12
AD 1984:91	AD 1991:66	AD 1996:20
AD 1984:133	AD 1991:136	AD 1996:22
AD 1984:141	AD 1992:1	AD 1996:37
AD 1984:144	AD 1992:62	AD 1996:42
AD 1985:40	AD 1993:19	AD 1996:48
AD 1985:65	AD 1993:61	AD 1996:49
AD 1985:72	AD 1993:80	AD 1996:56
AD 1985:79	AD 1993:87	AD 1996:60
AD 1986:12	AD 1993:89	AD 1996:67
AD 1986:50	AD 1993:99	AD 1996:114
AD 1986:55	AD 1993:101	AD 1996:140
AD 1986:60	AD 1993:104	AD 1997:7
AD 1986:82	AD 1993:129	AD 1997:57
AD 1986:87	AD 1993:138	AD 1997:67
AD 1986:108	AD 1993:172	AD 1997:81
AD 1986:109	AD 1993:197	AD 1997:98
AD 1986:127	AD 1993:214	AD 1997:115
AD 1986:144	AD 1994:1	AD 1997:121
AD 1986:158	AD 1994:4	AD 1998:16
AD 1987:2	AD 1994:15	AD 1998:17
AD 1987:9	AD 1994:73	AD 1998:44
AD 1987:29	AD 1994:79	AD 1998:57
AD 1987:34	AD 1994:84	AD 1998:73
AD 1987:42	AD 1994:88	AD 1998:80
AD 1987:87	AD 1994:92	AD 1998:121
AD 1987:91	AD 1994:122	AD 1998:124
AD 1987:93	AD 1994:140	AD 1998:144
AD 1987:126	AD 1995:2	AD 1998:146
AD 1987:157	AD 1995:40	AD 1999:21
AD 1988:32	AD 1995:59	
AD 1988:82	AD 1995:60	

Högsta domstolen

NJA 1959 s 562

EG-domstolen

C392/92 Christel Schmidt v Spar- und Leihkasse der früheren Ämter
Bordesholm, Kiel und Cronshagen (1994) ECR I 1311

C13/95 Ayse Süzen v Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Kranken-
hausservice (1997) ECR I 1259.