

Om rättsligt beslutsfattande i arbetsdomstolen

Olle Rimsten

Högskolan i Örebro

1. Inledning

Arbetsdomstolen har alltsedan 1929 medverkat i den rättsbildning som är en viktig faktor i utformningen av arbetslivets villkor. Domstolen har haft att verka i samspel främst med lagstiftare och arbetsmarknadsparter. Samspelet med lagstiftaren har varit en självklar del av den rättstillämpande (och ibland rättsbildande) uppgiften. Samspelet med arbetsmarknadsparterna har varit en följd av uppdraget att slita tvister om tolkningen av kollektivavtal och – naturligtvis – det förhållandet att domstolen till en del *är* parterna, genom att dessa utgör domstolens majoritet.

Här skall inte göras något försök att ange några mått på den betydelse i ett eller annat avseende som domstolen kan tänkas ha haft för svensk arbetsmarknad, rättsordning eller samhällsliv i övrigt. Det är dock ett för ämnesvalet avgörande antagande, att ytterligare studium av AD kan bidra till en förbättrad belysning av bl a rättsbildningen på arbetsmarknaden. Därtill kommer intresset av en fortsatt diskussion av rättsligt beslutsfattande och de möjligheter till en diskussion av mera internt

rättsvetenskapliga frågor, som naturligt erbjuder sig vid ett val av AD som studieobjekt. Om den planerade undersökningen kunde bidra till 1) ökad kunskap om ADs rättsliga beslutsfattande och medverkan i rättsbildningsprocessen på arbetsmarknaden och 2) till en diskussion av rättsvetenskapliga metodfrågor, skulle två viktiga syften bli tillgodosedda.

Undersökningen är avsedd att omfatta tre avsnitt: A. Tidigare AD-forskning; B. Metodöverbäganden; C. Egen AD-undersökning. Denna artikel behandlar frågor avsedda att ingå i avsnitt A.

2. Tidigare AD-forskning

2.1 Inledning

ADs verksamhet har ända från starten 1929 följts med stort intresse från olika håll. Parterna på arbetsmarknaden har noggrant studerat och dragit slutsatser av de sätt på vilka domstolen slitit de tvister som instämts. Lagstiftaren har följt tillämpningen av förefintliga regler och den utveckling av rättssystemet som varit en följd av ställningstaganden i vissa mål. Rättsvetenskapen har gång på gång uppmärksammat verksamheten. Här skall presenteras och i någon mån diskuteras några av de sätt på vilka AD behandlats inom rättsvetenskapen. Det är inte frågan om något försök till total inventering av tidigare forskning på området. Det urval som gjorts grundar sig främst på att det bedömts rymma värdefull kunskap om olika tillvägagångssätt för att studera AD. Det ger en utgångspunkt för de metodöverbäganden som ska göras i avsnitt B och den uppläggning av den egna undersökningen i avsnitt C. De arbeten som presenteras och diskuteras tas upp i den ordning i vilken de publicerats.

2.2 Finns det skillnader mellan olika domargrupper i AD?

2.2.1 Uttalade avsikter

I en undersökning med titeln "Arbetsgivare och fackföreningsledare i domarsäte" lämnade Lennart Geijer och Folke Schmidt 1958 ett bidrag till litteraturen om rättsbildningen på arbetsmarknaden¹. Författarna tecknar en bild av denna rättsbildning som utflödet av tre "källsprång"², nämligen arbetsgivarorganisationerna, arbetstagarorganisationerna och samhället.

Efter konstaterandet³ att i och med ADs inrättande ett samhällsorgan ställts i centrum för rättsbildningen⁴, görs följande centrala uttalande: "En studie av AD:s domar som tar sikte särskilt på lekmanaledamöternas verksamhet bör ge möjligheter att avläsa impulser i den ena och den andra riktningen. Samtidigt synes en sådan undersökning kunna belysa det allmänna problemet om samarbetet mellan staten och organisationerna och mellan organisationerna." Uttalandet framstår som oklart. Det gäller särskilt talet om "impulserna i den ena och den andra riktningen". Om det sammanställs med ett tidigare uttalande⁵ om att det går en impuls från arbetsmarknadsparterna till samhället men en "kraftström, måhända den starkaste" från samhället till arbetsmarknadsparterna så kan följande tolkning av den första meningen i citatet föreslås. Ett studium av arbetsdomstolens domar som tar sikte särskilt på lekmanaledamöternas verksamhet bör ge möjligheter att avläsa impulserna från arbetsmarknadsparterna till samhället och från samhället till arbetsmarknadsparterna. Det bör nämnas att det i citatet återgivna uttalandet tolkats som inte bara ett besked om vad författarna ansett möjligt att genomföra utan också om vad man avsett att genomföra.

Till nyss återgivna uttalande fogas följande påstående: "Av särskilt intresse vid en undersökning som avser rättsbildningen på arbetsmarknaden är de reservationer, som berott på att reservanten uppställt en annan rättssats än majoriteten", vilket följs av⁷ beskedet att "Undersökningens huvudvikt bör ligga vid detaljanalyser av rättsbildningen i särskilda frågor".

Den - delvis framtolkade - avsikten med undersökningen skulle alltså vara:

1. Att avläsa impulserna från arbetsmarknadens parter till samhället och från samhället till arbetsmarknadens parter.
2. Att belysa det allmänna problemet om samarbetet mellan
 - a) staten och organisationerna och b) mellan organisationerna.

Det tillvägagångssätt (den metod) varigenom en sådan avläsning av impulser och belysning av problem skulle möjliggöras anges till

1. En studie av ADs domar som tar sikte särskilt på lekmanaledamöternas verksamhet. Särskilt intresse skulle tillmätas de reservationer, som berott på att reservanten uppställt en annan rättssats än majoriteten.
2. Detaljanalyser av rättsbildningen i särskilda frågor.

Ingen diskussion förs om bakgrunden till val av undersökningsobjekt och metoder eller om hur dessa senare skulle kunna tänkas ge kunskap om undersökningsobjektet. Det framgår heller inte varför en diskussion av dessa frågor saknas. Kanske har de uppfattats som oproblematiska – eller som alltför problematiska. Kanske har det inte funnits någon avsikt att utföra undersökningen enligt de nyss angivna intentionerna. Det sistnämnda framstår som tänkbart främst genom författarnas egna uttalanden. De påstår sig i slutet av sin undersökning⁸ ha "ställt som sin uppgift att studera rättsbildningsprocessen på arbetsmarknaden särskilt med sikte på frågan i vad mån de olika grupperna inom AD – ämbetsmännen, arbetsgivarledamöterna, arbetstagarledamöterna – samverkat eller gått egna vägar". Här har alltså uppgiften omformulerats till att avse ett studium av rättsbildningsprocessen på arbetsmarknaden. Fokus har förskjutits från "samhället" och "organisationerna" till "de olika grupperna inom AD". Denna sänkning i uttalad ambitionsnivå innebär – som kommer att framgå – en viss anpassning till den faktiskt genomförda undersökningen. Att anpassningen ännu inte är tillräcklig för att resultera i en rättvisande beskrivning beror på att man säger sig vilja studera rättsbildningen på "arbetsmarknaden". Det får anses vara en bekräftelse av vad läsningen givit en allt starkare misstanke om, när författarna omedelbart före slutet av sin framställning⁹ deklarerar: "Att bygga en undersökning främst på studiet av reservationerna betyder ensidighet, även om uppgiften enbart varit att belysa rättsbildningen genom AD." Oavsett tidigare uttalanden är det nog just en belysning av rättsbildningen genom AD som genomförts.

Bristen på överensstämmelse mellan olika uttalanden av författarna beträffande vad de avsett att göra och senare ansett sig ha utfört kan verka förbryllande.¹⁰ Jag skall föreslå en förklaring – främst därför att jag för mina egna syften är intresserad av att skilja ut de partier i boken som kan anses ha AD som studieobjekt från partier som sysslar med andra frågor. Förslaget till förklaring är följande.

De två författarna presenterar två olika undersökningar utan att lyckas sammansmälta dem till en, vad avser sådana för en empirisk undersökning avgörande faktorer som undersökningsobjekt, metoder, variabler, hypoteser, data och slutsatser. Oförenligheten i de intentioner för vilka ovan redogjorts är ett resultat av bristande samordning. Författarna nämner tex

själva att två olika datainsamlingsmetoder använts. Den ena är viss statistik avseende i AD anhängiggjorda eller avgjorda mål. Den har legat till grund för vad som betecknas som en statistisk bearbetning¹¹ av ADs domar. Den andra grundar sig på ett närmare studium av ett antal, på visst sätt utvalda, domar och ligger till grund för vad som betecknas som en specialundersökning av ADs praxis. Naturligtvis hade inget hindrat att dessa på olika sätt insamlade data hade underordnats en gemensam uppläggnig. Då så inte skett får det konsekvenser för ett försök att presentera deras arbete. Försöket blir här dels något självväldigt, dels också något spekulativt. Självsvåldigheten består i att separera delar som författarna velat sammansmälta¹². Det spekulativa består i försöket att uttala en mening om vilka avsikter den ene eller den andre kan ha haft med sin undersökning. Möjligheten finns ju t ex att Geijer ansett sin undersökning av ADs praxis användbar för att avläsa samband mellan de i framställningen helt obearbetade variablerna "samhälle" och "organisationer". Den följande genomgången av vissa tankar i Geijer/Schmidts arbete bygger på antagandet att Geijer velat genomföra undersökningen av ADs praxis för att studera rättsbildningen i AD, medan Schmidt haft ett större - icke genomfört - projekt i tankarna. Intresset skall här ägnas Geijers framställning.

2.2.2 Geijers undersökning

Som en sorts brygga mellan den sk statistiska bearbetning som presenteras och AD-undersökningen konstateras¹³, att de "iakttagelser¹⁴ som kan grundas på kvantitativa uppgifter är begränsade" och att undersökningens huvudvikt bör ligga vid detaljanalyser i särskilda frågor. Ett av Geijers studieobjekt är eventuella skiljaktigheter i rättsåskådning mellan ämbetsledamöter, arbetsgivarledamöter och arbetstagarledamöter¹⁵. Störst uppmärksamhet får de båda sistnämnda grupperna. Geijer har försökt ta reda på om de kunde anses företräda egna rättsuppfattningar¹⁶. Sättet att ange studieobjektet har här haft konsekvenser för datainsamlingen. Från de under den undersökta perioden avgjorda målen har ett urval gjorts¹⁷. Mål som bedömts innehålla självständiga rättssatser har grupperats efter ämnesområde, varefter mål med reservationer under perioden hänförts till något av ämnesområdena. Genom en indelning av målen i kontroversiella områden (områden med reservationer), har Geijer velat nå fram till en belysning av rättsbildningen¹⁸. De

områden inom vilka rättsbildningsprocessen studerats är föreningsrättskränkningar¹⁹, klausuler om arbetsgivarens rätt att säga upp arbetstagaren²⁰, kollektiv-avtalets tvingande verkan för de personliga avtalen²¹, omfattningen av fredsplikten enligt KAL 4§²² och arbetstagarens arbetskyldighet inom kollektiv-avtalets ram m m²³.

Utifrån de rättssatser som hävdats av de tre olika kategorierna domare i mål tillhörande de fem olika rättsområdena, gör Geijer vissa påståenden om kategorierna. Beträffande arbetsgivar sidan har han bl a funnit²⁴

1) att man företräder ett synsätt som är traditionellt individualistiskt;

2) att man i domstolen bedriver den klassiska arbetsgivar taktiken: långsam reträtt under uppehållande försvarsstrid;

3) att arbetsgivarledamöterna inte i någon större utsträckning behövt reservationsvis framföra från majoriteten²⁵ avvikande uppfattning när det gällt själva rättsläget;

4) att det stora flertalet arbetsgivarreservationer grundar sig på annan bevisvärdering eller beror på att arbetsgivarledamöterna velat utmäta annan påföljd av ett avtalsbrott än majoriteten;

5) att 88 % av under perioden anhängiggjorda mål instämts av arbetsgivar sidan, varför arbetsgivarledamöterna oftare än arbetstagarledamöterna haft att bedöma fel av någon som tillhört det egna läget;

6) att arbetsgivarledamöterna reserverar sig nästan bara till förmån för den egna sidan²⁶;

7) att arbetsgivarledamöter inte varit lika bundna vid en bokstavstolkning som arbetstagarledamöterna²⁷.

Beträffande arbetstagar sidan har Geijer funnit²⁸ bl a

1) att de under ADs första verksamhetstid i sina reservationer framlade ett flertal rättssatser hämtade från den egna miljön;

2) att arbetstagarledamöterna hade föga framgång i sina strävande att utverka jämkningar eller eftergifter från majoriteten i AD;

3) att arbetstagarledamöter nästan alltid reserverar sig till förmån för den egna sidan²⁹;

4) att arbetstagarledamöterna faller tillbaka på ett avtals ordalydelse³⁰.

Beträffande ämbetsmanna ledamöterna har Geijer funnit bl a³¹

1) att de spelat den centrala rollen i AD;

2) att de är lojala mot vad som antagits vara lagstiftarens syfte;

3) att de när lagstiftning inte funnits sökt finna lösningarna på andra vägar.

Till dessa på den empiriska basen fotade påståenden har fogats iakttagelser väl värda att begrunda i ett arbete som syftar till en undersökning av ADs beslutsfattande. Så finner Geijer bl a

1) att "svenska ämbetsmannajurister i sin verksamhet icke sneglar åt det ena eller andra hållet"³²;

2) att ämbetsmännen från början anlagt ett rättsligt betraktelsesätt³³, (= ett avgörande skall ske med tillämpning av gällande rätt och på grundval av objektiva värderingar);

3) att ämbetsmännen känt sig starkt bundna av prejudikat³⁴;

4) att ett rättsligt betraktelsesätt inte inneburit detsamma för lekmännen som för ämbetsmännen, då de förra många gånger ansett att avgörandena får bestämmas av deras egna sociala värderingar³⁵;

5) att lekmännen haft lättare att ändra position än ämbetsmännen³⁶;

6) att lekmännen fäster sig mindre vid skrivningen och mera vid utgången jämfört med ämbetsmännen³⁷.

2.2.3 Kommentarer

Den bild som tonar fram visar en arbetsdomstol bestående av en relativt homogen majoritet (arbetsgivarledamöter och ämbetsmannaledamöter) och en minoritet (arbetstagarledamöterna) utan större betydelse för rättsbildningen. Är detta en rättvisande bild inte bara för perioden 1929–1953, utan även för domstolens fortsatta verksamhet, skulle den kunna ingå som en del av förklaringen till varför arbetstagersidan så småningom sökte (och fick) stöd av lagstiftaren för att stärka sin position på arbetsmarknaden. Detta är en aspekt av ADs verksamhet som framhävts av Sten Edlund³⁸.

2.2 *Process, utomrättslig förhandling eller lagstiftning?*

I sin år 1967 framlagda avhandling presenterade Sten Edlund³⁹ bl a resultatet av undersökningar rörande partsautonomt tvisteförfarande inom två riksavtalsområden (verkstads- och husbyggnadsfacken). I avhandlingen görs också en analys av AD "så pass omfattande att den också kan ses som en separat del av avhandlingen"⁴⁰.

Redan på första sidan inleds en diskussion, som sedan återkommer i flera sammanhang, rörande likheter och skillna-

der mellan enskilt och samhälleligt agerande i samband med tvistelösning på arbetsmarknaden.⁴¹ Ett av Edlunds ärenden är att poängtera "betydelsen av att de partsautonoma tvisteförfarandena dras fram i ljuset och ges sitt fulla de-facto-erkännande i juridisk forskning och undervisning".⁴² Det är som ett led i försöket att påvisa värdet av dessa partsautonoma/utomrättsliga tvisteförfaranden som Edlund genomför sin analys av AD. Intresset för AD finns ytterligare dokumenterat i senare arbeten, varom mera nedan.

Vid diskussionen av AD anläggs olika perspektiv. Ett är det där domstolen uppfattas som en av flera faktorer i en på arbetsmarknaden pågående rättsbildningsprocess. I stället för den av Geijer och Schmidt valda modellen med samhälle, arbetsgivarorganisationer och arbetstagarorganisationer som "källsprång" för denna process, har Edlund valt att sammanställa AD med parter och lagstiftare och talat om dessa som huvudcentra för rättsbildningsprocessen. För att karaktärisera förbindelserna mellan dessa huvudcentra har valts bilden med "kommunicerande kärn".⁴³

AD har emellertid, som nyss nämndes, granskats även ur andra perspektiv. Av särskilt intresse i förevarande sammanhang är Edlunds diskussion av ADs arbets sätt. Några exempel på uttalanden skall ges.

1. AD har haft som deciderad målsättning att bygga upp ett system av mer eller mindre giltiga avtalsnormer.⁴⁴

2. Domstolen har tillämpat en ovanligt öppen och penetrerande motivredovisning.⁴⁵

3. De kreativa dragen i ADs hållning har skiftat under åren⁴⁶ (beträffande tänkbara förklaringar därtill se s 65f).

4. Något irrationellt vidlåder domstolsförfarandet.⁴⁷

5. Något utomordentligt prejudikativt och strängt principfast präglar ADs hållning.⁴⁸

6. Domstolsförfarandet ger så begränsad plats för materiella konsiderationer⁴⁹ (ett påpekande som bör ses i sammanhang med Edlunds många gånger framförda tanke på större utrymme för rimlighetsöverväganden).

7. Rättsreglerna hänvisar domaren till att söka lösningar inom en trängre sfär än vad som i och för sig skulle vara påkallat med hänsyn till förhållandena i fallet och hans personliga disposition för att se på detta.⁵⁰

8. Domstolsmetoden saknar det för spelet essentiella.⁵¹ Två handlingsmönster ställs mot varandra, sådana av rättsregeltyp

och sådana av spelregelstyp.⁵² Som exempel på den senare nämns "ett tvistelösande som vilar på egna förutsättningar, som rätt igenom bär partssuveränitetens signatur".⁵³

9. Det talas om "Den ortodoxt rättsliga metodik som AD gjorde till sin" men också om "ett dolt kompromissande i olika mål".⁵⁴

10. Det är naturligt att domstolarna inom de ramar som är givna genom lagar och andra rättsregler eftersträvar enhetliga linjer i rättstillämpningen.⁵⁵

11. Det finns skäl för påståendet att AD varit mera konservativ (i betydelsen sluten och statisk i sin rättstillämpning) än HD.⁵⁶

12. Det tillhör karaktären hos en utpräglad prejudikationsinstans, att den riskerar att binda upp sig i accelererande takt.⁵⁷

13. Organisatoriska och personella faktorer kan bidra till en förklaring av ADs hårda praxisbundenhet.⁵⁸

14. Den rättspolitiska bakgrunden kan bidra till en förklaring av den hårda praxisbundenheten.⁵⁹

Till dessa (långt ifrån uttömmande) exempel på Edlunds sätt att beskriva och förslag till förklaring av ADs verksamhet, skall fogas några av hans förslag till förändringar av det vid tidpunkten för kritiken rådande tillståndet. En lämplig utgångspunkt förefaller här vara synpunkten att AD inte nödvändigtvis behöver bedömas utifrån samma kriterier som andra domstolar: "Domstolarnas plats och funktion i det rättsliga systemet bör rimligen anpassas efter hur regleringsbehoven ställer sig på varje specifikt rättsavsnitt och vilka betingelser som föreligger för normbildning genom lagstiftning, genom domstolar eller genom partsreglering".⁶⁰

Ett framträdande drag i Edlunds diskussion av den dömande verksamheten är benägenheten att jämföra denna med det utomprocessuella förhandlandet. Ofta framhålls fördelar med en tvistelösning i det utomprocessuella förhandlandets form och vägs mot de egenheter och - till stor del - nackdelar som sägs vidlåda den processuella metodiken. Den kartläggning av tänkbara möjligheter till kompromissartade avvägningar i domstolsrättskipningen och den skiss till ett reformprogram som omtalas i avhandlingen⁶¹ finns i Edlunds senare produktion. I en artikel från 1969⁶² utpekas först några av de brister, som anses vidlåda den dömande verksamheten i allmänhet. Därefter konstateras för arbetsrättens del, att den ortodoxa rättssyn som från början präglade arbetsdomstolens teknik resulterat i ett understöttande av arbetsgivarprivilegierna.

En exemplifiering av den praxisbundenhet som kännetecknat AD följs av frågan: "Måste det i så pass många fall vara så – när inte näringslivets parter själva förmår skapa ett mer tillfredsställande sakernas tillstånd – att lagstiftaren sent omsider nödgas röra på sig för att föra rätten ur dess bakvatten in i friska strömmar?"⁶³ Edlund tillägger: "Hur man än principiellt ser på de adekvataste vägarna för rättsbildning är det svårt att finna något konstitutivt ofrånkomligt i att domstolarna skall inkompetensförklara sig i den utsträckning som sker."

Hur ser då Edlunds reformprogram ut år 1969? För att få domstolarna att fungera mera tillfredsställande skulle behövas "väsentligt rikare resurser att tillgodose materiella rättvisekrav med avseende på det konkreta fallet men även med generell syftning"⁶⁴ (en liknande tankegång finns i avhandlingen⁶⁵ där det talas om "en breddning av domstolarnas klaviatur bland annat genom att inom vissa nu ej erkända gränser ge plats åt (in casu) kompromissen i situationer där denna i förhandlingslivet befunnits vara ett hanterligt medel att befrämja materiell rättvisa och eljest tillfredsställande resultat".) Det vore önskvärt, sägs det, att dömandet präglades av större flexibilitet med en större följsamhet i förhållande till de skiftande och föränderliga dragen i produktionsliv och samhälle. Synpunkten från avhandlingen att dömandet borde befruktas med inslag från det kvalificerade förhandlandet återkommer.⁶⁶

I artikeln återfinns också ett förslag som sedan återkommer i uppsatsen "Perspektiv på arbetsdomstolen"⁶⁷:

registret av legitima beslutstyper vid rättslig prövning skulle kunna göras väsentligt bredare motiviskt och innehållsligt efter en skala av prononcerade in-casulösningar till lösningar av prejudicerande karaktär. Det borde ges helt andra möjligheter än nu att söka utgångar som i någon mån ter sig skäligen, praktiska, ändamålsenliga, som underlättar de fortsatta relationerna mellan parterna i fråga och som över huvud är ägnade att bereda viss ömsesidig partstillfredsställelse. Direkta kompromisslösningar borde vara tillåtna i vissa lägen.

Det kan nämnas att dessa av Edlund framförda synpunkter diskuterades av arbetsrättskommittén.⁶⁸ Kommittén fann att de föreslagna vidgade handlingsmöjligheterna för arbetsdomstolen säkerligen skulle vara av värde i vissa fall, men fann inte tiden vara inne för att föreslå lagstiftning om ändrade normer för ADs verksamhet i detta avseende. Kommittén nämnde också

”de möjligheter AD har inom nuvarande ramar att åtminstone i tveksamma fall väga in praktiska synpunkter och skälighetssynpunkter i bedömningen.”

Efter det att Edlund skrev ”Perspektiv på arbetsdomstolen” har den stora arbetsrättsreformen i etapper förändrat förutsättningarna för arbetsdomstolens arbete. Hur ser kritikern från slutet av 60-talet och början av 70-talet på AD efter reformen? Till att börja med finner han det inte befogat att skylla eventuella besvikelser på lagstiftningen.⁶⁹ Domarna sägs numera ge ”intrycket av en ambition att inte svika de fackliga och politiska förväntningarna på lagen, att ta fasta på lagstiftningens allmänna syftning, att betrakta lagstiftningen som ett led i ett fortgående utvecklingsarbete.” Han har också funnit exempel på ”en klar frigörelse från den tidigare trånga synen på domstolens handlingsmöjligheter”.⁷⁰ Synpunkterna på den dömande verksamheten vävs samman med synpunkter på samspelet mellan arbetsmarknadsparterna, lagstiftaren och AD. Det är frågan om det som Edlund betecknar som sitt ”dynamiska och komplexa rättsbildningsperspektiv”.⁷¹ Några exempel skall ges.

Under diskussionen av ADs praxisbundenhet hävdas⁷², att parterna sedan de erfarit svårigheterna att få domstolen att sadla om ofta inte funnit det lönt att komma till domstolen på nytt i en principfråga. För att lösa domstolen ur de fjättrar i vilka den slagit sig själv, krävdes ingripande från lagstiftaren. Bilden med de tre faktorerna lagstiftare, parter och arbetsdomstol som tre kommunicerande kärll är fullt utförd i följande tankegång:

Om text rättstillämpningen i AD skulle präglas av stor stelhet och det avtalsvägen är svårt att genomföra några mera betydande rättsförändringar, uppstår det helt naturligt ett tryck på lagstiftaren att föra rättsbildningen framåt, såvida inte arbetsmarknadsparterna ömsesidigt är tillfreds med ett statiskt tillstånd. Och om förhållandena på arbetsmarknaden är sådana att avtalsvägen är i stort sett stängd för den part som på detta sätt vill komma framåt och det inte heller är politiskt möjligt att nå reformer genom lagstiftning, då kan ökade förväntningar uppstå att det åtminstone via AD skall gå att erhålla vissa rättsförändringar. I varje fall kan det bli en tendens att utnyttja domstolsinstrumentet intensivare för att starkare driva tillämpningen av gällande lag- eller avtalsregler i en önskad riktning.^{72a}

2.4 Om arbetsdomstolens prejudikatlära

Tore Sigeman har i en uppsats från 1977 diskuterat rättsbildning och prejudikatlära i AD.⁷³ Sigemans perspektiv belyser viktiga aspekter av domstolens beslutsfattande och gör hans analys central i förevarande sammanhang. Det som här främst intresserar är Sigemans diskussion av ADs prejudikatlära. Denna sker med utgångspunkt i begreppet "derogationskriterium", varmed avses "betingelser för att en på prejudikat grundad rättsregel försätts ur kraft".⁷⁴ Definitionen är inte utan problem. Åke Frändberg, som fått låna begreppet till Sigeman, avser därmed "en uppsättning kriterier som anger betingelserna för att ett prejudikat sätts ur kraft."⁷⁵

Att urkraftsättandet hos Frändberg avser prejudikatet och inte, som hos Sigeman, en på prejudikatet grundad rättsregel, skall inte diskuteras här. Intressantare förefaller vara att notera Frändbergs besked att "ett prejudikat försätt ur kraft när det överspelas av en senare bestämmelse eller ett senare prejudikat".⁷⁶ Beskedet har föregåtts av varningen, att man vid försök att formulera derogationskriterier för prejudikat är "ute på hal is". Det må vara sant. Ändå ger Frändberg besked. Det sker ju genom att han såsom betingelser för att ett prejudikat skall sättas ur kraft anger att det "överspelas" av en av två faktorer (givetvis är vardera "en senare bestämmelse" och "ett senare prejudikat" en tillräcklig betingelse för derogation enligt Frändberg). Uppräkningen framstår därtill som uttömmande.

Hur förhåller sig då Sigemans begrepp "derogationskriterium" till Frändbergs? Att det finns väsentliga skillnader mellan de två framgår klart när Sigeman hävdar⁷⁷: "Vad som utöver ny lagstiftning och motivuttalanden kan utgöra derogationskriterium för rättsatser grundade på prejudikat, kan inte fastställas med precision, eftersom underlaget för ställningstagandet är bräckligt". Två skillnader skall beröras. Frändbergs derogationskriterium "senare prejudikat" finns inte med bland de betingelser som kan fastställas med precision. För det andra är Frändbergs verksamhet definierande, medan Sigeman närmast framstår som empiriker – han vill fastställa något utifrån ett visst underlag.

Sigeman undersöker ADs praxis för att se efter vad som fått AD att frångå tidigare, på prejudikat grundade, rättsatser. Det blir frågan om att ange vilken typ av uttalanden/argument som påverkar ADs ledamöter, så att de blir benägna att ändra sin hittillsvarande praxis. En sådan undersökning är väl förenlig

med en modifierad (och från Frändbergs avvikande) definition av begreppet derogationskriterium. Begreppet kunde förslagsvis ha givits följande innebörd: "omständigheter som föranleder AD att ändra sin praxis". Sigeman nämner ett antal sådana omständigheter (D=derogationskriterium).

D1. Lagstiftning⁷⁸

D2. Motivuttalanden⁷⁹

D3. Analogi. Här avses ny lagstiftning som visserligen inte är direkt tillämplig men som avser ett närliggande område och som vilar på värderingar avvikande från dem som prejudikatet uttrycker. Sigeman har i en senare uppsats ("36 § avtalslagen och arbetsrätten" i *Festskrift till Jan Hellner*, s 637) som ett exempel på rättsanalogi angivit AD 1978 nr 89.

D4. Ett uttalande om rättsläget av en utomstående auktoritet som JO. Sådana uttalanden sägs kunna "rubba" prejudikat, vilkas ställning är undergrävd genom vidhållna reservationer från en stark minoritet inom domstolen.⁸⁰

D5. Väl underbyggd kritik, oavsett vilken formell ställning kritikern intar.⁸¹

D6. Ändrade sedvänjor.

För text D1 - D4 gäller att de är deskriptiva. Sigeman anför belägg för att AD agerat i överensstämmelse med dem. D5 är normativ. Sigeman anger att sådan kritik som där nämns "bör... kunna förskjuta praxis."

Till diskussionen om vilka omständigheter som kan föranleda AD att ändra sin praxis fogas en för framställningen i avsnitt C väsentlig diskussion om särskiljande och tolkning.

2.5 Arbetsdomstolen fri eller bunden?

Boel Flodgren har behandlat AD som rättsbildare i en uppsats från 1983.⁸² Här skall göras ett försök att urskilja några av de avsikter Flodgren uppgett sig ha med sin undersökning och även ange och något diskutera vad som faktiskt undersökts.

En första avsikt anges efter ett återgivande av en amerikansk beskrivning av rättskipningen "i länder med ett rättssystem som det svenska". Beskrivningen⁸³ skall inte återges här, men det bör nämnas att där görs en skillnad mellan rutinfall och ovanliga fall. För att visa hur oproblematiske beslutsprocessen är när det gäller de förra används den övliga subsumtionsmodellen. För de ovanliga fallen skulle "some more sophisticated intellectual work" krävas av domaren. Flodgren uppger sig vilja diskutera

huruvida den valda beskrivningen stämmer med avseende på AD.

Efter denna inledande uppmärksamhet tycks emellertid beskrivningen ha tjänat färdigt. Dess uppgift förefaller ha varit att lämna uppslaget att sortera domsmaterialet i två kategorier. Bland ADs domar urskiljs⁸⁴ en kategori, "de mera invecklade fallen". Beträffande dem hävdas sedan att man "inte kan fastlägga något entydigt mönster för domstolens rättstillämpningsprinciper". Enligt Flodgren skulle det förhålla sig så att den etablerade rättskällevärdet⁸⁵ "ger domstolen frihet att ta fasta på olika omständigheter liksom att välja olika tolkningsprinciper inom ramen för en rättsligt sett oklanderlig beslutsteknik."⁸⁶

Efter dessa och liknande påståenden, sammanfattas⁸⁷ läget med att "rättskällevärdet ger domstolar stor frihet att välja lösning i det enskilda fallet." Så långt är Flodgrens ansats beskrivande.⁸⁸ Huruvida beskrivningen av svensk rättskällevärdet vore användbar vid ett försök till jämförelse med den amerikanska beskrivningen av rättsligt beslutsfattande, som enligt vad som nyss angavs var själva utgångspunkten för Flodgrens betraktelser, ter sig diskutabelt. En diskussion därav skulle alltför mycket distrahera från det som framstår som hennes huvudärende och skall därför utelämnas.

Som huvudärende framstår ett besvarande av frågan "varför en domstol i ett visst fall tar fasta på en lösning framför en annan." Den beskrivande ansatsen byts utan vidare mot en förklarande. Flodgren anger nu som sin "grundinställning" att "besluten inte i någon påtaglig utsträckning bestäms av vad som står skrivet i de texter som vi brukar betrakta som rättskällor".⁸⁹ Påståendet är överraskande och det blir av vikt att ta reda på hur hon kommit fram till sin utgångspunkt. Om den skall uppfattas som ett antagande borde det inte helt sakna grund eller framstå som osannolikt eller ofruktbart. Antagandet/grundinställningen ges emellertid ingen motivering - kanske har det för Flodgren en närmast axiomatisk karaktär.

Den undersökning som aviseras sägs⁹⁰ ha som föremål "ADs rättstillämpningsmetod". En sådan undersökning borde i och för sig vara ägnad att ge underlag för en prövning av antagandet att ADs beslut inte i någon påtaglig utsträckning bestäms av rättskällorna. För sin undersökning väljer emellertid Flodgren att studera fyra domar. Hur motiveras då urvalet av domar? Det uppges⁹¹ att de valts "för att de var och en visar hur fritt det juridiska beslutsfattandet i själva verket kan vara". Uppgiften är

naturligtvis omöjlig. Det går inte att visa hur något är genom att visa exempel på hur det kan vara. Urvalet av domar görs helt enkelt på ett sådant sätt att det gjorda antagandet skall framstå som bekräftat.

De fyra utvalda domarna betecknas "monumentalfall", vilket skulle ha att göra med att de varit prejudicerande "i rättskällehänseende", att de väckt stor samhällelig uppmärksamhet och att de kan tillmätas stor samhällelig betydelse.⁹² Inget av kriterierna diskuteras. Att tillvägagångssättet vid urvalet är oacceptabelt är uppenbart. Eftersom det riktar uppmärksamheten på frågor som kommer att diskuteras mera ingående i avsnitt B, skall det få föranleda ytterligare ett par synpunkter. Längre fram i uppsatsen⁹³ konstateras att de utvalda rättsfallen hör till de mest uppmärksammade från tiden efter MBLs införande och att det då kunde hävdas, att de därför inte vore "direkt representativa" för det stora flertalet avgöranden från AD. Riktigheten av en sådan invändning medges, men följs av tillägget: "Jag vill ändå påstå att det bästa urvalet när man vill försöka förstå hur dömandet i AD går till är att välja monumentalfallen, som också är de fall där domstolen fullt medvetet tagit på sig rollen av rättsbildare. Genom den utförlighet i redovisningen av argumenten som AD vinnlägger sig om i sådana domar, blir dessa det bästa underlaget för en analys av beslutsprocessen."

Här är det inte längre frågan om att beskriva eller förklara utan om att förstå. Kanske är det detta som är det egentliga syftet.⁹⁴ Kanske har Flodgren, genom att välja några rättsfall som hon ansett särskilt avslöjande vad beträffar beslutsprocessen, velat fånga några för denna utmärkande drag. Genom det ständiga bytet av perspektiv tvingas läsaren om och om igen ställa frågan: Vad är det som skall undersökas och hur skall det gå till och varför?

Även om perspektivet hela tiden ändras, är det ändå en fråga som tycks utöva en särskild lockelse. Det är den om "varför domaren intagit den ena ståndpunkten och inte den andra".⁹⁵ Det som diskuteras är "vilka faktorer det är som avgör vad som blir beslutet i ett någorlunda komplicerat fall".⁹⁶ Här urskiljs tre kategorier av faktorer: individualpsykologiska (att "det finns djärvare och mindre djärvare rättsbildare bland beslutsfattarna"), institutionella och strukturella faktorer. Det enda som framgår beträffande de två senare är, att de skulle vara tillstådes "inom de rättstillämpande organen".

Flodgren förklarar sig inte ha för avsikt att diskutera någon av de nämnda kategorierna. I stället vill hon ifrågasätta "om det inte finns fog för att påstå att ADs beslut i de svåra fallen i större utsträckning styrs av de förväntade samhällliga konsekvenserna av besluten än av de texter som finns i rättskällorna, trots att besluten inte explicit utformas så att detta framgår." De som tänkes förvänta sig vissa samhällliga konsekvenser är naturligtvis domarna/beslutsfattarna och frågan blir om dessa låter sig styras mera av vad de tror att ett visst beslut kan komma att få till effekt än av rättskällorna. Utan att nämna eller referera till den långvariga debatten om Ekelöfs radikala teleologiska lära, förefaller Flodgren ibland befinna sig i närheten av vissa tankegångar i den. Uppdelningen i svåra och andra fall påminner i viss mån om Ekelöfs typiska och icke-typiska fall. Dennes intresse för samhällliga effekter av en viss tillämpning för att fastställa en bestämmelses ändamål känns igen i Flodgrens intresse för förväntade samhällliga konsekvenser av ett visst beslut.

I Flodgrens fall är det emellertid inte frågan om en lära, en rekommendation. Hon uppträder som om hon försökte att vara empiriker. Efter att ha isolerat två (rättskällor och förväntade samhällliga konsekvenser) av en mängd tänkbara styrfaktorer blir nästa uppgift att försöka fundera ut vilken som styr mest. Därvid eliminerar hon den ena faktorn genom urvalet av studerade mål. De fyra målen är, som framgått, "svåra" och svåra mål definieras som de där rättskällorna "inte ger något klart och entydigt besked om vilka fakta som har betydelse som rekvisit, d v s om en viss rättsregel är tillämplig eller inte".⁹⁷ Avgränsningen görs till, och med så strikt att den kommer att omfatta endast sådana fall där frågan om vad som uppfattas som rätt *inte kan* besvaras med utgångspunkt från rättskällorna.⁹⁸ Med detta har undersökaren omöjliggjort en undersökning av båda faktorerna och kan inte nå mera än en slutsats. Undersökningen förvandlas från empiri till trivial logik: A eller B. Inte A. Alltså B. Att på detta sätt eliminera A inte genom iakttagelser utan genom en definition är ett numera ovanligt grepp.

Men hur behandlas de förväntade samhällliga konsekvenserna? Varför har – till att börja med – just denna faktor valts? Här tycks begreppet "samhällelig acceptans" spela en roll.⁹⁹ Tanken är följande: "Frågan vad som uppfattas som ett rätt, d v s rättsenligt, avgörande kan inte besvaras med utgångspunkt från rättskällorna, eftersom dessa i de svåra fallen inte ger någon

direkt ledning. Den får i stället avgöras med utgångspunkt från den samhälleliga acceptans som avgörandet kommer att möta.”¹⁰⁰ Ett längre citat får klargöra hur Flodgren resonerat.

Om konsekvenserna av beslutet är oacceptabla för endera parten (eller båda parter) kommer den parten (eventuellt båda parter) att mobilisera aktivitet för att ändra rättsläget. Ofta sker denna mobilisering i form av en markering i *rättsliga* termer, d v s man gör det till en fråga om huruvida domstolen dömt fel eller ej. . . Vid andra tillfällen kan mobiliseringen/markeringen ta sig uttryck i protestaktioner, demonstrationer o likn. Vad det handlar om är att den som mobiliserar/markerar rent värdemässigt inte accepterar den lösning som domstolen valt. Sker mobiliseringen/markeringen *före* avgörandet i ett visst mål har fallit, är syftet att utöva påtryckning på domstolen genom att visa att ett avgörande av visst innehåll värdemässigt inte kommer att accepteras. I och med att AD har stora möjligheter att fritt ta ställning i de fall som förs under dess prövning kan man inte utesluta möjligheten att domstolen tar intryck av sådana olika typer av mobiliseringar/markeringar. Det är väl närmast en självklarhet att domstolen, då den tar ställning, beaktar vilket samhälleligt mottagande olika beslut kan komma att få. Domstolen är inte okänslig för opinioner. . . Besluten/domarna från AD får betydelse för utvecklingen på arbetsmarknaden på ett genomgripande sätt och det vore orealistiskt att påstå att AD inte tar hänsyn till detta när domstolen tar ställning.”

Här talas i första hand om (och det är nog det som är samhällelig acceptans) hänsynstagande till olika typer av mobiliseringar/markeringar från parternas sida.¹⁰¹ I andra hand kommer frågan om effekterna på arbetsmarknaden. Här torde andra effekter än de som gäller partsacceptansen vara avsedda. Hur byggs antagandena/påståendena under? Efter en försiktig början med att man *inte kan utesluta möjligheten av* att domstolen tar intryck av olika typer av mobiliseringar/markeringar, framställs det redan i nästa mening som *närmast en självklarhet* att domstolen beaktar denna acceptans. Påståenden om att domstolen inte är okänslig för opinioner och att den för sin trovärdighet och legitimitet vore beroende av acceptansen får stötta den övriga argumentationen. Vad gäller hänsynstagandet till andra effekter än de som avser partsacceptansen, är stödet för påståendet att ett motsatt påstående vore *orealistiskt!*¹⁰²

2.6 *Avrundning*

De författare som ovan refererats och diskuterats har det gemensamt att de ur ett rättsvetenskapligt förhållningssätt intresserat sig för AD. Genom de olika perspektiv ur vilka AD betraktats, har olika sidor av dess verksamhet kommit att belysas. Geijer har genom sina studier av de tre olika kategorierna ledamöter i domstolen pekat på några av de faktorer som kan tänkas påverka beslutsfattandet i AD. Edlund har - utifrån en jämförelse mellan olika tvistelösningsmetoder - intagit en i vissa stycken kritisk attityd till ADs verksamhet. Till kritiken har fogats åtskilliga förslag till förändringar av det sätt på vilket avgöranden träffas i domstolen. I Edlunds framställningar finns också beskrivande och förklarande ansatser.

Sigeman har analyserat AD-praxis för att utröna vilken prejudikatlära som gäller i domstolen och därigenom påverkar det sätt på vilket avgöranden träffas. Den ur rättsbildnings-synpunkt intressantaste frågan huruvida AD under sitt initialskede kan sägas ha varit nydanare diskuteras också.

Flodgren har anlagt ett i huvudsak förklarande perspektiv på ADs verksamhet.

De refererade undersökningarna ger intressanta uppslag till en diskussion om rättstillämpningsforskning. Vad kan/bör undersökas? Hur kan/bör en undersökning läggas upp? Vilka metoder står till buds för att förbättra kunskapen om ADs beslutsfattande? Det är några av de frågor som skall diskuteras i en senare artikel.

Noter

1. Geijer/Schmidt
2. aa s 9
3. aa s 10
4. Det utsågs visserligen inte att det för vilket AD ställdes i centrum var rättsbildningen, men att det är vad som avses får anses framgå av sammanhanget.
5. aa s 9
6. aa s 28
7. ast; se även s 31 och s 337
8. aa s 338
9. aa s 382
10. Att fenomenet inte är begränsat till rättsvetenskapliga framställningar får anses framgå av mottot till en av Albert Einstein hållen

föreläsning: "If you want to find out anything from the theoretical physicist about the methods they use, I advise you to stick closely to one principal: don't listen to their words, fix your attention to their deeds." Se Bärmark s 9.

11. aa s 3
12. Jfr s 3 där det talas om att infoga resultaten i ett större sammanhang.
13. aa s 28; även s 31
14. Skall möjligen vara slutsatser.
15. aa ss 3 och 31
16. aa s 31; se även s 362ff
17. aa s 31
18. Jfr även aa s 32
19. aa s 33ff
20. aa s 112ff
21. aa s 198ff
22. aa s 249ff
23. aa s 290ff
24. aa s 362f
25. Här måste väl avses ämbetsmannaledamöterna?
26. aa s 357
27. aa s 360
28. aa s 368
29. aa s 357
30. aa s 360
31. aa s 373ff
32. aa s 368
33. aa s 345
34. aa s 346
35. a st
36. aa s 351
37. aa s 352
38. Se t ex Edlund 3 s 23f
39. Edlund 1
40. aa s 35
41. aa s 13ff
42. aa s 343
43. Edlund 2 s 4f. För ett par exempel på tillämpning av modellen se Edlund 3 s 9ff och Edlund 1 s 64ff.
44. Edlund 1 s 65
45. a st
46. a st
47. aa s 71
48. aa s 72
49. aa s 73
50. aa s 121
51. a st
52. aa s 339
53. aa s 340
54. aa s 342
55. Edlund 3 s 24
56. aa s 25

57. aa s 26
58. aa s 27f
59. aa s 28
60. aa s 29
61. Edlund 1 s 344
62. Edlund 4 s 394
63. a st
64. a st
65. Edlund 1 s 344
66. Edlund 4 s 394
67. Edlund 3 s 33
68. ARK s 596ff
69. Edlund 2 s 11
70. aa s 12
71. a st
72. Edlund 3 s 26
- 72a. Edlund 2 s 5
73. Sigeman
74. aa s 214
75. Frändberg s 28
76. aa s 29
77. Sigeman s 219
78. aa s 216
79. a st
80. aa s 220
81. aa s 221
82. Flodgren
83. aa s 104
84. aa s 108
85. Vad som avses anges inte. Sigeman har uttalat att svensk rätts allmänna prejudikatlära ingenstädes finns auktoritativt sammanfattad, men att dess principer belysts åtminstone summariskt eller punktvis i den juridiska litteraturen. Det samma kan nog sägas om rättskälleläran.
86. Flodgren s 108
87. aa s 109
88. Huruvida beskrivningen kan anses vara korrekt eller inte skall inte diskuteras här.
89. Flodgren uppger att det är viktigt att klargöra denna grundinställning "för att läsaren rätt skall förstå syftet med undersökningen." För den som trott, först att syftet var att jämföra AD med en amerikansk beskrivning av rättsligt beslutsfattande, och sedan att syftet var att förklara ADs beslutsfattande, är påpekandet närmast mystifierande. Finns det ett tredje syfte? I så fall skulle ett fjärde vara "att med utgångspunkt från fyra domar. . . undersöka AD:s rättstillämpningsmetod. . . själva tekniken för beslutsfattandet." (se s 110).
90. aa s 110
91. a st
92. a st
93. aa s 130

94. De olika ambitionerna beskriva, förklara och förstå torde kräva delvis olika undersökningsuppläggningar.
95. aa s 131, jfr s 109
96. aa s 134
97. a st
98. aa s 135
99. a st
100. a st
101. Det kan med visst fog frågas varför inte uttrycket partsacceptans valts i stället.
102. Förra ordföranden i AD Johan Lind har i en artikel uttalat: "Ibland hör man påstående som tycks innebära att domstolsledamöter påverkas av något slags bedömning av hur en dom kommer att tas emot ('den samhälleliga acceptansen'). Det är klart att man funderar på om en viss lösning av ett rättsligt problem är praktisk. Skulle den tilltänkta lösningen inte vara det, är det ett indicium på att man kan ha tänkt fel. Det är en sak. Men det är något helt annat än att antyda, att domstolsledamöter skulle låta sig påverkas av om LO, TCO, SAF eller eventuellt regeringen gillar eller ogillar lösningen. Den som påstår att sådana funderingar styr dömandet vet inte vad han talar om. ADs praxis uppvisar åtskilliga exempel på avgöranden som ett barn kunde begripa att de var fackligt eller politiskt obekväma."

Litteratur

- Bärmark, J. (ed) *Perspectives in Metascience* Göteborg 1979
- Edlund, S. *Twisteförhandlingar på arbetsmarknaden* Trelleborg 1967 (cit som Edlund 1)
- Edlund, S. *MBL i arbetsdomstolen* Stockholm 1982 (cit som Edlund 2)
- Edlund, S. "Perspektiv på arbetsdomstolen" (cit som Edlund 3)
- Edlund, S. "Ekonomisk jämlikhet i rättsligt perspektiv" i *Juristnytt/Samhällsvetaren* 1969 (cit som Edlund 4)
- Flodgren, B. "Arbetsdomstolen som rättsbildare" i *Perspektiv på arbetsrätten* Lund 1983
- Frändberg, Å. *Om analog användning av rättsnormer* Uppsala 1973
- Geijer, L. och E. Schmidt *Arbetsgivare och fackföreningsledare* Lund 1958
- Lind, J. "AD tolkar lagen utan att snegla på parter eller lagstiftare" i *Lag & Avtal* 6/1984
- Sigeman, T. "Rättsbildning och prejudikatslära i AD" i *Arbetsrätten i utveckling* Stockholm 1977
- SOU 1975:1

