Per
Henrik
Lindblom

TVÅ UPPSATSER

47
SNE

IUSTUS FÖRLAG
Juridiska Föreningen i Uppsala

JURIDISKA BIBLIOTEKET
VID UPPSALA UNIVERSITET

Juridikbok.se

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

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

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

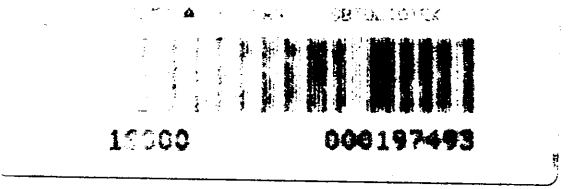
• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f44ff


000197493

Per Henrik Lindblom

TVÅ UPPSATSER

JURIDISKA INST.BIBL.
2.
UPPSAL

IUSTUS FÖRLAG
Juridiska Föreningen i Uppsala

©Copyright: Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 1992
ISBN 91-7678-222-0
Tryck: Graphic Systems AB, Göteborg 1992

TILL LÄSAREN

Den här boken riktar sig i första hand till dig som just påbörjat dina studier på den nya juristlinjen vid Uppsala universitet. Meningen är att du redan under den första terminen skall få stifta bekantskap med relativt avancerade juridiska texter, i det här fallet ett par tidigare publicerade festskriftsuppsatser. Framställningen har därför inte lagts till rätta för nybörjarstadiet eller för undervisningsbruk över huvud taget; uppsatserna presenteras i helt oförändrat skick. I den ena anläggs ett brett, närmast rättspolitiskt, perspektiv på processen vid våra domstolar. I den andra snävas synfältet in till mer tekniskt betonade frågor om domarens lagtolkning och rättstillämpning.

Läs nu inte uppsatserna med en krampaktig ambition att förstå och lära in allt! Låt i stället texterna tjäna som ett sätt att närma sig och fundera över de svenska domstolarna och deras verksamhet i samhället. Kanske kan boken också användas som en utgångspunkt för diskussioner med dina kamrater och lärare. I så fall har den fyllt sin funktion.

Trysunda i juni 1992

Per Henrik Lindblom

Innehåll

Allmän domstol som alternativt tvistlösningsorgan
Ur: *Festskrift till Per Olof Bolding,* 1992. s. 1

Lagtolkning eller rättstillämpning?
Ur: *Festskrift till Lars Welamson,* 1988. s. 31

Allmän domstol som alternativt tvistlösningsorgan

1 Privatisering, decentralisering och avreglering[1]

De första åren under 1990-talet kommer säkert att gå till historien som några av de mest betydelsefulla i Europa under vårt sekel, ja kanske rent av sedan medeltiden. Att påstå att vi lever i en brytningstid framstår som ett nästan löjeväckande understatement. Det slitna uttrycket "paradigmskifte" är en truism i sammanhanget. Berlinmurens fall, Tysklands återförening, Warszawapaktens upphörande, kommunismens sammanbrott i hela Östeuropa och Sovjetunionen, de baltiska staternas frigörelse och sedermera samtliga sovjetrepublikers självständighet, Sovjetunionens upplösning[2] och Jugoslaviens fortsatta sönderfall, allt detta utgör delar av en väldig desintegrationsprocess som på ett paradoxalt sätt kontrasterar mot den accelererande västeuropeiska integrationen.

---

[1] För några månader sedan hade jag anledning att för en engelskspråkig festskrift författa en uppsats på delvis samma ämnesområde som det här behandlade (avsnitt 1. och del av avsnitt 2.). Men mycket har hänt sedan dess, både på det nationella och internationella planet och dessutom i huvudet på författaren. Åsikterna i de båda uppsatserna går därför stundom ganska vitt isär. Och eftersom utvecklingen torde gå vidare i alla de tre nyssnämnda hänseendena hoppas jag få återkomma till frågekomplexet i ett större format vid ett senare tillfälle. Den följande framställningen får därför inte uppfattas som annat än ett utkast till en ytterst preliminär skiss till några impressionistiska anteckningar som en första förberedelse för en översiktlig inledning till ... etc. samt – framför allt – som ett fåfängt försök att uttrycka min vördnad och tillgivenhet för festföremålet, professor emeritus Per Olof Bolding.

[2] När det första utkastet till denna uppsats skrevs (sommaren 1991) verkade det djärvt att begagna uttrycket "Sovjetunionens begynnande sönderfall"; nu vid årsskiftet när det är dags att lämna den absolut slutgiltiga versionen känns det en aning passé att skriva "Sovjetunionens totala sammanbrott och upphörande". Den som vid början av 1991 påstått att Ryssland före årets slut skulle överväga att söka medlemskap i NATO hade sannolikt blivit omhändertagen för tvångsvård.

Den som tror på ett dialektiskt utvecklingsmönster kan i förlängningen av vad som nu sker ana början till ett nytt samarbete mellan de forna sovjetstaterna och ökad spänning mellan samarbetsparterna inom EG. Men just nu tycks hela den europeiska kontinenten och en stor del av Asien dra ihop och sträcka på sig som en väldig kropp under uppvaknande. Och man förmärker paradoxala men ändå logiska samband mellan de olika kroppsdelarna: en sammandragning i väster tycks utlösa en motsvarande sträckning i öst.

Ja, utvecklingen rymmer förvisso motsatser. Medan det som hänt i Östeuropa kan ses som uttryck för en massiv decentralisering, avreglering och avbyråkratisering på makroplanet, resulterar den pågående västeuropeiska integrationsprocessen i motsatsen: en stark centralmakt och byråkrati byggs upp i Bryssel, Luxemburg och Strasbourg, en oerhörd normmassa har inlemmats i medlemsstaternas lagstiftning och implementeras sannolikt successivt i allt fler länder utan att för den skull någon motsvarande reduktion sker av nationellt existerande regelverk och byråkratier.

I åtminstone en mening pågår dock en omfattande decentralisering, avreglering och avbyråkratisering inte bara i öst utan också i Västeuropa. Utgångspunkten är densamma: marknadsekonomi och privatisering vinner terräng på de statliga och kommunala monopolens bekostnad. Denna process kan förmärkas ända ner på mikroplanet; den ger sig inte bara till känna i nyhetsbulletinerna och i de politiska korridorerna utan långt ute i medborgarnas vardag.

Marknadstänkandet och privatiseringsideologin har blåst upp en förändringsvåg som svept fram över den europeiska kontinenten och sedan ett par år kunnat märkas som krusningar på ytan ända uppe i den svenska ankdammen. Efter den 15 september 1991 har sjön börjat gå hög även här: nu är det inte längre bara sopbilar, skolskjutsar och ambulanser som rullar på privata hjul, nu har privatiseringsmissionärerna börjat kasta lystna blickar även på fast egendom. El- och vattenverk, posthus, bibliotek, reningsverk, daghem, servicehus, bankpalats, skolhus och högskolor bjuds ut på den öppna marknaden. Vad återstår? Blir några statliga och kommunala byggen kvar? Vilken framtid finns för riksbankshuset, kungahuset och riksdagshuset? Är det dags att sälja ut tingshusen? Var går privatiseringens gränser?

Ett par månader efter valet fick näringsministern Per Westerberg (m) i TV-programmet Magasinet frågan om det fanns *något* som *inte*

skulle privatiseras och svarade: "Allt som har med lag och rätt att göra, inte heller de naturliga monopolen".

Uttalandet är sympatiskt och – om krigsmakten tillfogas – lugnande för dem som oroar sig för privatiseringsexcesser långt in på försvarsmaktens, ordningspolisens och brottmålsprocessens områden.[3] Men i övrigt väcker målsättningen närmast förvåning. Är det dags att avprivatisera (för att undvika ett numera föga gångbart ord) den civila tvistlösningen?[4] Har det inte i hundratals år förhållit sig så att nästan all tvistlösning sker utanför domstol genom förhandlingar, medling, utomprocessuell förlikning etc. och att skiljeförfarande utvecklats till något av ett naturligt monopol på affärstvisternas område? Borde inte beteckningen alternativ tvistlösning snarare begagnas för den statliga domstolsvägen än för alla de nyssnämnda tvistlösningsvarianterna? Jo, visst är det så och det var säkert inte heller civilprocessen näringsministern avsåg med sitt svar, även om formuleringen "allt som har med lag och rätt att göra" skulle kunna tolkas på det viset.

Men går utvecklingen mot ökad eller minskad privatisering på civilprocessens område? I den satsning på ökad konkurrens och fria marknader som nu präglar samhällsutvecklingen ställs frågan på sin spets: vilka möjligheter har Rättegångsbalken (RB) att konkurrera med Skiljemannalagen på den öppna tvistlösningsmarknaden? Har konkurrensläget förbättrats eller försämrats? Är den dispositiva tvistemålsprocessen en utdöende tvistlösningsart? Finns det i så fall någon anledning att måna om artens överlevnad? Fyller den statliga civilprocessen över huvud taget någon självständig funktion?

---

[3] I någon mån är dock åtminstone de två sistnämnda områdena privatiserade sedan lång tid tillbaka; här behöver bara erinras om de privata vaktbolagen, tankarna på ett återinförande av ett slags privata fjärdingsmän, avkriminalisering kopplad till privata avgiftssystem (t.ex. på parkeringsområdet), den enskilda åtalsrätten o.s.v. ... Man har också anledning erinra sig att brottmålsprocessen ursprungligen var en form av "privatprocess", jfr P.O. Ekelöf i Svensk Juristtidning 1981 s. 113.

[4] Viss sympati för en sådan tanke antyds av Ekelöf a.st.

2 Civilprocessens funktion, karaktäristika och framtid

2.1 USA

Detta är inte platsen – och jag är inte mannen – att slutgiltigt utreda frågan om civilprocessens funktion och kännemärken.[5] Ett realistiskt och därmed dynamiskt synsätt på tvistemålsprocessen går inte heller att förena med en tro på slutgiltiga svar på dessa eviga frågor; samhällsutvecklingen kastar hela tiden nytt ljus och nya skuggor över den civilprocessuella arenan. Låt oss i stället snudda vid utvecklingstendenserna och gissa något om framtiden. Detta sker lämpligen genom att inledningsvis kasta en blick i den amerikanska backspegeln. Vad som redan inträffat i USA är ofta det som så småningom kommer att hända även hos oss; Sverige är ju det kanske mest USA-influerade av alla länder i Europa.

Den traditionella amerikanska civilprocessen är *bipolär* och *individualistisk*: rättegången är organiserad som en tävling mellan två diametralt motsatta individer, en kärande och en svarande. Processen kan sägas vara koncentrerad på *käranden* och *retrospektiv*; man blickar tillbaka på den situation som käranden befann sig i innan han utsattes för den påstådda rättskränkningen och målsättningen är att återinsätta honom i ett rättsläge som kommer så nära detta jungfruliga stadium som möjligt. Följaktligen råder ett starkt *samband* mellan *right* och *remedy*: inom kontraktsrätten gäller det att tillerkänna käranden de medel han gått miste om genom avtalsbrottet, vid skadestånd är målsättningen att exakt beräkna och kompensera den faktiska skada som uppkommit. Domaren intar en *passiv* attityd. Processens primära *funktion* är att erbjuda individuell konfliktlösning ("conflict resolution"), *reparation*, rättsskydd i fredliga och ordnade former.

Denna typ av civilprocess hade växt fram redan i engelsk medeltidsrätt[6] och dominerar fortfarande i den västliga världen. På 1960-

---

[5] Se härom senast t.ex. det urval texter av Per Olof Ekelöf som presenteras i De Lege, Juridiska Fakulteten i Uppsala, Årsbok 1, 1991, avdelning I. Mina egna åsikter i ämnet framgår av kapitel 12 i Grupptalan (1989) samt av uppsatsen "En struntsak" i Process och exekution. Vänbok till Robert Boman (1990) s. 253 ff., särskilt s. 258–263.

[6] Jfr däremot betr. "equity", Grupptalan s. 57 ff., särskilt s. 60 f., jfr även s. 443 m. not 29.

talet kom den i USA, inte att ersättas av, men väl att kompletteras med vad som kallats "public law litigation", en process som i flera avseenden företer karaktäristika som är rent motsatta dem som präglar den traditionella tvistemålsrättegången. Den individualistiska karaktären suddas ut genom tillkomsten av mer eller mindre amorfa *grupper* på kärande- och/eller svarandesidan (konsumenter, miljöstörda, diskriminerade, organisationer, privata, statliga och kommunala företag och inrättningar osv.). Processen är inte längre koncentrerad på käranden utan på *svaranden* – och i än högre grad dennes likar. Synsättet är inte retrospektivt utan *prospektivt*, framåtblickande, och *sambandet* mellan right och remedy är på motsvarande sätt upplöst. Vad det nu gäller är inte i första hand att beräkna den uppkomna förlusten eller skadan utan att finna det *kostnadstryck* som kan avhålla svaranden och personer i motsvarande situation från att i framtiden upprepa det beteende som gett upphov till rättegången. Processen bör samtidigt erbjuda ekonomiska *incitament* som kan förmå åtminstone någon av dem som utsätts för en kränkning att inleda rättegång. Föremål för process är inte längre (enbart) tvister mellan "private parties about *private rights*" utan snarare "the vindication of constitutional or statutory *policies*". Domaren är *aktiv* och inte helt uppbunden av parternas dispositioner. Processens *funktion* är inte längre enbart reparation via individuell konfliktlösning utan även – och kanske främst – *prevention* genom handlingsdirigering ("behaviour modification").[7]

"Public law litigation" kan ses som uttryck för sextio- och sjuttiotalets progressiva strömningar i vietnamkrigets spår med starka sympatier för statlig aktivitet på en rad områden. Rötterna finns egentligen mycket längre tillbaka, hos trettiotalets "new dealers", vars synsätt i mångt och mycket präglade tillkomsten av den federala processordningen, "Federal Rules of Civil Procedure", 1938. Men "the

[7] Se Grupptalan s. 439 ff. – Härtill kommer (vid såväl konfliktlösning som handlingsdirigering) processens prejudikatskapande, rättsutfyllande och rättsbildande uppgifter liksom dess politiska funktion. Den sistnämnda kommer bl.a. till uttryck i domstolsprövningen av lagarnas grundlagsenlighet. – Som framgått ovan antas i amerikansk doktrin handlingsdirigeringen äga rum via avskräckning (i tvistemål ekonomisk avskräckning via s.k. costinternalization) snarare än genom frivilligt avstående som resultat av en på pliktkänsla inriktad moralbildning. I detta avseende skiljer sig den amerikanska teorin från t.ex. Ekelöfs och termerna prevention och reparation passar bättre in än i dennes tankevärld, jfr Grupptalan s. 446 f. och En struntsak s. 260 ff.

Spirit of 38"[8] med dess expansiva syn på civilprocessen och med uttalad medvetenhet om processens handlingsdirigerande betydelse[9] kan sägas ha kulminerat först under 1960-talet med bl.a. blygsamma krav på kärandens stämningsansökan samt generösa regler om taleändring och "pretrial discovery"[10], "punitive damages"[11] och betydelsefulla ändringar vad gäller talerätt och "class actions"[12] som verkningsfulla medel vid utvecklingen av "public law litigation".

Det ovanstående skulle möjligen kunna leda till den något överraskande slutsatsen att den individualistiska, reparativa, retrospektiva "privatprocessen" förlorat terräng i USA till förmån för mera kollektiva, preventiva och prospektiva processformer. Men i den mån något sådant verkligen inträffade på 60- och 70-talen då processandet sköt fart – det kan ju också ha varit (och var!) fråga om en ökning av båda kategorierna[13] – går utvecklingen under 80- och början av 90-talet att beteckna som en motreaktion. "The Spirit of the 80s" har karaktäriserats som "privatization and a new formalism",[14] senast manifesterade i de förslag vicepresident Quayle presenterade vid American Bar Associations kongress i augusti 1991. Vicepresidenten pekade här i ett uppmärksammat tal bl.a. på att antalet federala tvistemål ökat med mer än 300 % på trettio år och påstod att "excessive litigation puts America at a competitive disadvantage internationally". Ett av de sätt Quayle rekommenderar för att komma tillrätta med "the litigation explosion (crisis)" är att uppmun-

---

[8] Se Grupptalan s. 443.

[9] Se t.ex. H. Kalven & M. Rosenfield, The contemporary function of the class suit. I: 8 The University of Chicago Law Review (1940–41) s. 684 ff.

[10] Härom Lindblom, Discovering discovery. I: Festskrift till Ulla Jacobsson (1991) s. 139 ff., se även Grupptalan s. 242 ff.

[11] Med detta uttryck avses vad jag kallat "straffskadestånd" uppgående till t.ex. tre gånger den aktuella skadans värde, se Grupptalan s. 272. Skadeståndet har då en utpräglat preventiv funktion.

[12] Om detta, se Grupptalan s. 125 ff.

[13] Se t.ex. A. Miller i 92 Harvard Law Review (1979) s. 664 ff.

[14] Se härom B.G. Garth, Privatization and the new formalism: making the courts safe for bureaucracy. I: 13 Law and Social Inquiry (1988) s. 157 ff.

tra "alternatives to court adjudication".[15] Civilprocess – av vad slag det vara må – framställs som något skadligt som bör undvikas.[16]

Men att privatisering uppmuntras[17] på civilprocessens område i USA har nog inte enbart att göra med "the litigation crisis" – om nu någon sådan existerar.[18] Härtill kommer ökad kunskap om gapet mellan retorik och realitet vad gäller jämlik "access to justice" i USA, insikten om det orealistiska i att föreslå ökade resurser till domstolsväsendet, en förstärkt negativ attityd till en aktivistisk statsmakt och en allmän intellektuell och ideologisk vindkantring till förmån för privatisering.[19]

Så långt USA. Kan man skönja liknande utvecklingstendenser i Sverige från 30-talet och framåt? Svaret är, som strax skall framgå, både ja och nej.

2.2 Sverige

2.2.1 Utvecklingen

Vid en jämförelse mellan vad som hänt i USA och i Sverige på civilprocessens område förefaller olikheterna överväga: vi har alls inte haft samma dramatiska kast mellan ytterligheter som amerikanarna och inte heller har vi idag någon "litigation explosion (crisis)" på tvistemålsområdet.[20] Av skäl som kommer att framgå nedan under 2.2.2 tror jag inte heller på en utveckling i riktning mot vad som nu händer i USA. Men på så sätt föreligger trots allt en likhet att den civilprocessuella utvecklingen åtminstone tidvis tycks följa den allmän-

---

[15] Andra åtgärder som föreslås av den av vicepresidenten ledda kommittén är att inskränka möjligheterna till "discovery", sakkunnigbevisning och "punitive damages" samt att införa ökat ansvar för den tappande att ersätta den vinnandes rättegångskostnader, se "Fact Sheet, The President's Council on competitiveness, Agenda for civil justice reform in America", 1991.

[16] Jfr däremot det citat av Fiss (ur nedan i not 17 a.a.) som återges i Festskrift till Ulla Jacobsson (1991) s. 159.

[17] Denna utveckling inleddes i början av 80-talet, se den starkt kritiska artikeln "Against settlement" av O. Fiss i 93 Yale Law Journal (1984) s. 1073 ff.

[18] Garth förefaller betvivla att så är fallet, se Garth ovan i not 14 a.a. s. 173.

[19] B.G. Garth, Public and private justice: issues in ideology, professional interest, and private governance. American Bar Foundation, Working Paper # 9006 (1990) s. 8.

[20] Se nedan vid not 35.

politiska.[21] Den amerikanska processrättshistorien kan i långa stycken skrivas med de sittande presidenternas namn som kapitelrubriker: tillkomsten av den federala processordningen med dess processvänliga och expansiva grundsyn under Roosevelt, en period av stagnation därefter, framväxten av "public law litigation" via rättshjälp, statlig aktivitet, reformer av class actioninstitutet och liberala talerättsregler under Kennedy, Johnson och Carter samt övergången till en ganska klart processfientlig inställning under Nixon, Reagan och Bush. Under de sistnämndas administration har t.ex. rättshjälpen utsatts för flera mordförsök, antalet class actions och statliga initiativ till rättegång minskat kraftigt och försök gjorts både att minska incitamenten för privata processinitiativ och att uppmuntra förlikningar[22] samt för att styra över tvistlösningen mot alternativa tvistlösningsformer.[23]

Att vi har haft en lugnare och mindre dialektisk utveckling i Sverige kan sättas i samband med socialdemokraternas praktiskt taget obrutna maktinnehav under motsvarande tidsperiod. Vi kan se en (förvånansvärt långsam) övergång från en renodlat liberalistiskt individualistisk processyn[24] fram mot en mer "social civilprocess".[25] Men förändringarna har, som sagt, gått sakta och till övervägande del ägt rum utanför Rättegångsbalken, t.ex. genom inrättande av specialdomstolar med stark representation för gruppintressen,[26] genom tillkomsten av särskilda processformer[27] och prövningsorgan[28] samt genom utvecklingen av den allmänna rättshjälpen.[29]

---

[21] En annan likhet är att ett slags "public law litigation" växt fram även hos oss – men då vid specialdomstolarna, jfr nedan vid och i not 31.

[22] Genom ändringar i Rule 11 och 68 under 1980-talet har man dels ålagt ombuden ansvar för den vinnandes rättegångskostnader om process drivs utan tillräckligt starka skäl, dels ock infört ansvar för den vinnande att stå för den förlorandes kostnader om han ej uppnått mer än vad den tappande erbjudit under förlikningsförhandlingar (jfr RB 18:3 och 7).

[23] Jfr Grupptalan s. 444.

[24] Formuleringen är tillspetsad; den svenska rättegångsbalken företer också tecken på påverkan från den mera socialt inriktade österrikiska processlagen.

[25] Betr. detta begrepp se Grupptalan s. 706 f.

[26] Jag avser då inte enbart sammansättningsreglerna utan även talerättsreglerna inför t.ex. Marknadsdomstolen (med dominans för konsumentombudsmannen och näringsfrihetsombudsmannen) och Arbetsdomstolen, där de fackliga organisationerna utövar ett bestämmande inflytande.

[27] T.ex. Småmålslagen, som dock numera inarbetats i Rättegångsbalken.

[28] T.ex. Allmänna reklamationsnämnden och hyresnämnderna.

[29] En paradoxal och intressant utveckling mot privatisering på detta område inleddes dock av socialdemokraterna redan 1987 då man införde reglerna i 8 § st. 1 p. 9 och 10 rättshjälpslagen

Sistnämnda reformprogram kan ses som uttryck för ett förverkligande av den första s.k. vågen i den internationella "access to justice"-rörelsen,[30] dvs. frågor om tillskapande av ekonomiska förutsättningar för ett reellt (jämlikt) rättsskydd. Tillkomsten och utvecklingen av specialdomstolarna, kanske särskilt Marknadsdomstolen, kan uppfattas som en del i den "andra vågen", dvs. skydd för kollektiva, fragmentariska och diffusa intressen med inslag av "public law litigation".[31] Av samma karaktär är den nyligen igångsatta försöksverksamheten med grupptalan vid Allmänna reklamationsnämnden och de direktiv som strax före regimskiftet gavs för en särskild utredning om införande av grupptalan vid svenska domstolar.[32]

Den tredje vågen i "access to justice"-rörelsen innefattar frågor om alternativa tvistlösningsformer. Det, till en början, entusiastiska tillskyndandet av informella, privatiserade tvistlösningsmekanismer utanför domstolarna har sedermera väckt stark kritik på sina håll och bl.a. setts som ett hot mot den svages möjligheter att hävda sig gentemot en starkare motpart.[33] Men i USA förs nu åter alternativ tvistlösning fram som ett sätt att komma tillrätta med problemen vid domstolarna. I Sverige har utomprocessuella tvistlösningsmekanismer sedan länge en internationellt sett mycket stark ställning och någon förändring härvidlag har knappast kunnat förmärkas under senare decennier.

2.2.2 Framtiden

Vad kan vi då vänta i Sverige nu när privatisering, decentralisering och marknadstänkande sveper fram över hela västvärlden och vi i linje därmed också fått en ny regering med klart uttalad ideologisk samhörighet med de nya strömningarna? Har vi att emotse förslag

---

att rättshjälp normalt ej utgår på områden som täcks av villa/hem- och vissa ansvarsförsäkringar.

[30] Härom Grupptalan s. 3 ff.

[31] Processen vid Marknadsdomstolen är (ofta) kollektivistisk, prospektiv, inriktad på svaranden och hans likar, det föreligger ej något klart samband mellan "right och remedy", processen är närmast indispositiv och funktionen är (med undantag för viss talan enligt produktsäkerhetslagen) uteslutande preventiv, jfr de karaktäristika som anses prägla "public law litigation", ovan vid not 7.

[32] Ju 1991:04, Dir. 1991:59, jfr Prop. 1991/92:100 Bilaga 3 s. 15.

[33] Se t.ex. den av Fiss ovan i not 17 nämnda uppsatsen samt Grupptalan s. 532.

liknande de som nyligen presenterats i USA?[34] Kommer målsättningen att bli att försvåra process, att försvaga de allmänna domstolarnas ställning och att uppmuntra alternativa tvistlösningsformer? Jag tror närmast på motsatsen och grundar denna förmodan på bland annat följande omständigheter:

(a) Lite att ta av. I Sverige finns det – i motsats till i USA – inte mycket att ta av för den som vill skära ner på den offentliga tvistlösningen. Åtminstone de allmänna domstolarna har hos oss traditionellt intagit en undanskymd plats då det gäller rättsskyddet på en lång rad områden. Detta förhållande har blivit alltmer tydligt under senare decennier. Det har varit fråga om en från socialdemokratiskt håll uttalad viljeinriktning att hålla "så mycket som möjligt" borta från de allmänna domstolarna.[35] Ambitionen har gällt såväl brottmål som tvistemål och särskilt tydlig har tendensen varit på några viktiga rättsområden (t.ex. konsumenträtt, medborgerliga fri- och rättigheter, miljörätt) där gruppintressen gjort sig gällande.

Utvecklingen påminner om vad som hänt i Canada, där man hävdat att domstolarna i början av detta sekel utvecklade en antipatisk inställning till gruppintressen samtidigt som (i konsekvens härmed?) starka politiska partier till vänster var av den uppfattningen att reformer till förmån för gruppintressen inte kunde anförtros de allmänna domstolarna.[36] Det sistnämnda synsättet förefaller ha haft företrädare även i vårt land. I reformarbetet har satsningarna i första hand skett på alternativa ersättnings- och påverkansmekanismer, som t.ex. statlig tillsyn och kontroll, försäkringslösningar m.m. Prövningen av ändå uppkommande tvister har styrts mot särskilda organ utanför de allmänna domstolarna, ofta (som vid specialdomstolarna) med starkt begränsade möjligheter för andra än statliga och fackliga representanter att göra sig gällande.

Vad nyss anförts utgör säkert en del av förklaringen till de allmänna domstolarnas påfallande svaga roll i många sammanhang. I samma riktning har socialdemokraternas på bl.a. demokratiska grunder utvecklade negativa inställning till domstolarnas lagprövningsrätt verkat. Härtill skall fogas en sannolikt på jämlikhetskäl grundad

---

[34] Se ovan vid not 15.

[35] Se härom Lindblom i Svensk Juristtidning 1984 s. 790 f. och 795, jfr dock på senare tid Ds 1989:2 s. 14 och Dir. 1991:59.

[36] Se Grupptalan s. 705 och 675 f.

ovilja att ge domarna en elitställning motsvarande den som tillkommer kollegorna i t.ex. USA och Storbritannien.

Som slutomdöme kan sägas att en blandning av demokratiska maktfördelningsargument, politiska jämlikhetsprinciper, tro på statlig tillsyn och kontroll som primär påverkansmekanism samt en måhända till en början befogad misstänksamhet mot domstolarnas och domarkårens villighet att medverka vid den av socialdemokraterna eftersträvade samhällsomdaningen lett fram till att de svenska domstolarna – trots det relativt sett betydande antalet domare – idag utövar betydligt mindre inflytande i samhället än vad som är fallet i många andra länder.

(b) Regeringens inställning. I motsats till vad som gäller i USA finns det således i vårt land inte mycket att ta av för den som vill minska antalet dispositiva tvistemål vid de allmänna domstolarna. Ytterligare ett skäl att betvivla att en nedgång kommer att äga rum är att den nu sittande regeringen knappast torde ha sådana ambitioner; man har snarare att räkna med en i förhållande till socialdemokraterna motsatt uppfattning i många av de i föregående stycke berörda frågorna. Detta framskymtade redan av vad den nuvarande justitieministern och statssekreteraren i justitiedepartementet uttalade strax före och efter regeringsskiftet samt i statsverkspropositionen.[37] Målsättningen är tvärt om att stärka de allmänna domstolarnas och domarnas ställning. Sådana ambitioner kan inte rimligen kombineras med en fortsatt "avlövning" av de allmänna domstolarna, särskilt inte vad gäller deras befattning med civilrättsliga tvister.

(c) Privatisering av statlig och kommunal näringsverksamhet, tillsyn och kontroll. Det råder visserligen en allmän privatiseringsiver i

---

[37] Se t.ex. justitieministern Gun Hellsviks uttalanden i Advokaten 1991 s. 386 ff. ("... vi vill se över specialdomstolarna i syfte att minska antalet. I den mån dessa försvinner kommer arbetsuppgifterna för de allmänna domstolarna att öka"), jfr densamma i Domstolsverket Informerar 11/1991 s. 2 f.: "Domstolarnas ansvar för rättsutvecklingen på civilrättens område är en viktig fråga. Här måste samspelet mellan skiljeförfarande och tvistelösningen i domstol uppmärksammas. De allmänna domstolarna borde enligt min mening kunna spela en viktigare roll inom tvistemålsområdet... Förändringsarbete pågår på många områden som i hög grad angår den enskildes ställning och rättigheter. Här kommer i praktiken domstolarna att inta en nyckelroll. Vad nyttar vackra ord i grundlagar och andra lagar om enskildas rättigheter, om dessa inte också kan upprätthållas? När den enskildes intresse står mot det allmännas, så skall domare och domstolar stå starka och självständiga." Se vidare statssekreteraren Krister Thelins debattinlägg tillsammans med Gunnar Bergholtz i Juridisk Tidskrift 1991 s. 174 ("...Den konstitutionella ställningen för domarna och domstolarnas del måste förstärkas, såväl formellt som reellt"). Se även uttalandet i statsverkspropositionen (1991/92:100) bilaga 3 s. 5, återgivet nedan i not 45.

samhället, men detta behöver inte nödvändigtvis betyda att domstolarna får mindre betydelse. Effekten kan rent av bli den motsatta. Överföringen av betydande delar av statlig och kommunal verksamhet till privat ägo kan komma att medföra att målunderlaget för privaträttsliga tvister ökar betydligt.

Privatiserings- och marknadsideologin tycks också leda till att den statliga kontroll- och tillsynssektorn skärs ner inom flera viktiga rättsområden som t.ex. konsument- och miljörätten. Man avser sannolikt att privatisera kontrollen och tillsynen inte bara genom att skicka ut pensionärer som prispoliser utan även genom att uppmuntra annan privat "entreprenörverksamhet" på området. Ett sätt är att tillskapa ökade möjligheter för enskilda (privatpersoner, företag och organisationer) att föra fram frågor av allmänt intresse till domstolsprövning ("staten kan inte sköta allt"). Uttalanden av den här innebörden har börjat dyka upp i bl.a. statliga betänkanden på senare tid. Så anför t.ex. Konkurrenskommittén i sitt betänkande "Konkurrens för ökad välfärd" (SOU 1991:59):

> "Tillämpningen av den nya konkurrenslagen bör inte utgå från att ingripanden huvudsakligen sker på initiativ av den statliga konkurrensmyndigheten ... I den nyordning av konkurrensrätten som kommittén förordar skall således *företagen själva i betydligt ökad utsträckning föra sin talan i domstolen*. En primär talerätt är ett sätt att motivera företagen till ökad aktivitet."[38]

Och på ett annat ställe i betänkandet återkommer man till betydelsen av att lägga över bevakningsuppgifter på nya aktörer:

> "I avsnittet om det processuella förfarandet framhåller kommittén vikten av att det konkurrensrättsliga sanktionssystemet får en sådan utformning att det i möjligaste mån blir *självgående*. Reglerna skall således för sin tillämpning *inte vara helt beroende av konkurrensmyndighetens initiativ*. I detta perspektiv har regler om skadestånd en viktig uppgift att fylla för att ge enskilda näringsidkare incitament att själva söka ingripa mot konkurrensbegränsande förfaranden. Skadeståndet skall således ha en *både reparativ och preventiv funktion*."[39]

---

[38] SOU 1991:59 s. 243, min kursivering.

[39] A.a. s. 286, mina kursiveringar.

Fler exempel skulle kunna hämtas från konsumenträtten för att illustrera en på privatiseringsideologin baserad förskjutning[40] från offentlig till privat bevakning med sannolika effekter i form av ökad betydelse för domstolarna.[41]

Intresset att decentralisera och utvidga ansvarsfunktionen förefaller sedan en tid finnas kraftigt representerat tvärs över de politiska blockgränserna. Den antydda utvecklingen kan därför – åtminstone på kort sikt – beräknas fortgå oavsett eventuella förskjutningar i riksdagsmajoriteten. Tendensen återspeglas t.ex. i de av riksdagen för några år sedan fastställda målen och riktlinjerna för konsumentpolitiken.[42] Ansvaret för marknadsföring, produktsäkerhet, konkurrensvård m.m. kommer i högre grad än idag att bäras av marknadens aktörer själva och därmed får domstolsvägen ökad betydelse. En motsvarande utveckling kan förutspås på flera andra rättsområden, t.ex. inom miljörätten där den pågående omorganisationen av Naturvårdsverket förefaller innebära en ökad satsning på inhämtande och samordning av information och mindre av eget agerande i enskilda fall.[43]

(d) Närmandet till Europa. Redan Sveriges anslutning till Europarådskonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna har – sent omsider – fått konsekvenser vad gäller den rätt till domstolsprövning som framgår av konventionens artikel 6.[44] Genom kopplingen till rättighetsförklaringen i regeringsformen kan på sikt en viss utökning av domstolarnas verksamhetsområde förutses.

---

[40] Jfr t.ex. prop. 1984/85:213 s. 50 där det fortfarande talas om att Konsumentverket "rent principiellt (bör) ha förstahandsansvaret för utvecklingen och för lagtillämpningen även ifråga om konkurrensärenden" och det ifrågasättande av Konsumentverkets ställning som framgår av statsverkspropositionen 1991/92:100 bilaga 14 s. 5, 16, 41 och 44.

[41] Även om de på privat väg initierade processerna till en del motsvaras av fall då i dag talan väcks av konsumentombudsmannen torde det bli fråga om en ökning eftersom den statliga kontrollen och tillsynen ofta stannar vid uppgörelser i form av förhandlingar, riktlinjer osv. i en utsträckning som knappast kommer att motsvaras av privata förlikningsförhandlingar. Marknadsdomstolens betydelse ökar (åtminstone kvantitativt) i motsvarande mån. Av intresse i sammanhanget är också att kommittén föreslår att Marknadsdomstolens avgöranden skall kunna överprövas i Högsta domstolen. Vi ser här de första tecknen på en maktförskjutning från specialdomstol till allmän domstol.

[42] Prop. 1985/86:121 "Om inriktningen av konsumentpolitiken m.m.", jfr vidare ovan i not 40.

[43] Jfr de statliga tillsynsorganens livscykel såsom den beskrivs i Grupptalan s. 527.

[44] Se Ds 1986:3.

Ytterligare ett "europeiskt" skäl att betvivla en nedgång i de allmänna domstolarnas inflytande är Sveriges närmande till EG. Juridiskt beslutsfattande i allmänhet, liksom domstolsprövning i synnerhet, intar traditionellt en starkare ställning inom den europeiska gemenskapens länder än vad hittills varit fallet i Sverige. Oavsett anslutningsform till europasamarbetet kommer detta att medföra inte bara att juridikens roll stärks över huvud taget utan också att domstolarna (även de nationella) sannolikt får ett betydligt större ansvar och ett vidgat arbetsområde.[45] Ämnet är alltför omfattande för att kunna beröras närmare i denna uppsats. Här skall bara nämnas att domstolarna sannolikt *dels* kommer att få vidgade arbetsuppgifter i form av utökad lagprövning, *dels ock* genom domstolskontroll över förvaltningen i större omfattning än för närvarande. De nationella domstolarna kommer också att inta en nyckelroll då det gäller att föra ut den omfattande EG-rätten i praktisk tillämpning. Och till följd av att EG-rätten överordnas nationell lag – även grundlag – får domstolarna en ny och egen auktoritet som rättskälla. Även lagförarbetenas minskade roll vid rättstillämpningen kommer att medföra en ökad betydelse för praxis – och därmed domstolarna – i framtiden.

(e) Allmänna utvecklingstendenser. Även bortsett från integrationskonsekvenserna medför samhällsutvecklingen sannolikt ett stigande behov av domstolsprövning till följd av bl.a. den våldsamt expanderande regelmassan, bruket av generalklausuler, lagstiftningens och förvaltningens motsvarande expansion m.m.[46]

(f) Renodling i stället för avlövning. Vi har, bl.a. av skäl som framgår under *(g)* nedan, inte haft någon "litigation explosion" i Sverige – åtminstone inte vad gäller dispositiva tvistemål – och kan följaktligen inte heller tala om en "crisis" på det området. Att en ökning ändå skett av domstolarnas arbetsbörda förklaras med utvecklingen på andra arbetsområden, främst brottmålen. Den avlastning som sedan en tid eftersträvats och nu inletts med överföringen av den summariska betalningsprocessen till kronofogdemyndigheterna skall

[45] Se statsverkspropositionen (1991/92:100) bilaga 3 s. 5: "... Ett fritt och självständigt domstolsväsende är rättssamhällets grundval. Det är viktigt att på olika sätt verka för att rättssamhället ytterligare befästs och stärks. Frågan om den sk. lagprövningsrätten och om vidgade möjligheter till domstolskontroll av beslut fattade inom den statliga förvaltningen är här av särskilt intresse." Jfr t.ex. S. Heckscher i Svensk Juristtidning 1991 s. 229 f. och U. Bernitz i Juridisk Tidskrift 1992 s. 31 f.

[46] Se härom M. Cappelletti, The judicial process in comparative perspective (1989) och i anslutning härtill Lindblom i Svensk Juristtidning 1990 s. 568 ff.

främst ske genom "renodling" av verksamheten till vad som anses vara domstolarnas huvuduppgift, nämligen kvalificerad rättskipning av det slag som äger rum i bl.a. just dispositiva tvistemål.[47] Och ambitionerna är då snarare att tillföra de allmänna domstolarna nya arbetsuppgifter – ibland kanske på specialdomstolarnas bekostnad – än att avlöva dem.[48] I en idéskiss om domstolarnas framtid för ett par år sedan underströk framstående företrädare för justitiedepartementet såväl processens konfliktlösande som dess handlingsdirigerande betydelse.[49]

(g) Processbenägenheten. Medan USA av tradition är ett utpräglat "litigous society" är svenskarnas processbenägenhet, liksom t.ex. japanernas, internationellt sett mycket låg.[50] Anledningarna till detta sammanfaller till en del med vad som redan berörts ovan (tillgången till rättsskydd i alternativa former, en medveten statlig styrning bort från domstolarna etc.), vartill kommer psykologiska faktorer, de statliga bevakningssystemens passiviserande effekter, frånvaron av ekonomiska incitament som "punitive damages" och "contingent fees"[51] samt de ytterligare faktorer som berörs nedan under *(h)*.[52]

(h) Att stänga stängda dörrar. Jag har i det föregående tagit nyss framlagda amerikanska förslag[53] till nedskärningar på civilprocessens område till utgångspunkt för några överväganden om den sannolika utvecklingen i Sverige. Det har då visat sig att vi knappast har anledning vänta oss liknande lagändringar i vårt land. Ett sista argument till stöd för denna förmodan – och samtidigt en del av förklaringen till att vi inte har någon "litigation explosion" – är att det vore att stänga redan stängda dörrar att lagstifta i den riktning man planerar i

[47] Se departementspromemorian Ds 1989:2 "Domstolarna i framtiden – en idéskiss", SOU 1991:106 och Prop. 1991/92:92:100 Bilaga 3 s. 11.

[48] Jfr Lindblom i Svensk Juristtidning 1984 s. 794 f., SOU 1987:13 och Gun Hellsviks ovan i not 37 återgivna uttalande.

[49] Ds 1989:2 s. 14.

[50] Detta gäller intressant nog såväl "småmål" där ombudskostnader ej ersätts som stora tvistemål där motsatt regel gäller och trots den utbyggnad som skett av rättshjälpen och rättsskyddsförsäkringarna, jfr Lindblom, Procedure (i S. Strömholm, ed., An introduction to Swedish law, 2 uppl. 1988) s. 113 ff.

[51] Härmed avses "provisionsarvode" för rättegångsombud, se vidare Grupptalan s. 310 ff.

[52] Till dessa kommer vissa specifikt amerikanska processtimulerande faktorer, som t.ex. överproduktionen av advokater och amerikanarnas "combativeness", "inventiveness" och "commitments", jfr Lindblom, Discovering discovery (i Festskrift till Ulla Jacobsson, 1991) s. 157 och 159 samt densamme, tillsammans med G. Watson, Courts and lawyers facing complex litigation problems (under publicering i Civil Justice Quarterly 1992) III B. b).

[53] Ovan vid och i not 15.

USA. Vi har inga "contingent fees", vi har redan den tappandes ansvar för den vinnandes ombudskostnader som huvudregel, vi har möjligheter att ålägga såväl ombud som parter kostnadsansvar vid onödiga rättegångar eller felaktigt avvisade förlikningsbud, vi har reda stränga krav på utformningen av kärandens stämningsansökan samt begränsade möjligheter att ändra talan och införa nytt processmaterial, vi har endast rudimentära möjligheter till "pretrial discovery", vi har en aktiv förlikningsverksamhet från domarens sida, vi har knappast några "punitive damages", vi har extremt låga ersättningsbelopp inom viktiga delar av skadeståndsrätten, vi har traditionellt uppmuntrat alternativ tvistlösning och vi har den kanske mest långtgående användningen av skiljeförfarande i världen...

Ja, de dörrar man vill stänga i USA är redan stängda hos oss och de man vill öppna står sedan länge på vid gavel! När man tänker närmare på saken är det förvånande att vi har några dispositiva tvistemål kvar vid de allmänna domstolarna över huvud taget. Det är helt logiskt, att medan den amerikanska regeln om "shareholders derivative actions" i Federal Rules of Civil Procedure 23.a kommit till användning så ofta att den betecknats som "the chief regulator of corporate management", så har dess 80 år gamla svenska motsvarigheter (numera 15:5 st. 2 aktiebolagslagen) såvitt jag vet aldrig lagts till grund för process vid svensk domstol.[54] Någon "uppsökande och undersökande civilprocess" av den amerikanska typen är knappast möjlig att föra i Sverige i dag, bl.a. på grund av de bristande möjligheterna till discovery. Civilprocess som ett slags "privatiserad brottmålsrättegång"[55] har ingen tradition hos oss – men möjligen en framtid om de under *(c)* ovan berörda tendenserna växer i styrka.

Sammanfattningsvis finns det knappast skäl att tro på en medveten styrning från statsmakterna med sikte på att ytterligare minska de allmänna domstolarnas betydelse. Oavsett regeringsinnehav och vilken inställning man har till domstolarnas lagprövningsfunktion – och här är ju den sittande regeringen närmast försiktigt positiv – förefaller snarare en viss ökning av tvistemålen vara att förutskicka (och föredra) på åtminstone vissa rättsområden. En ytterligare avlövning är knappast möjlig utan att rotsystemet förtvinar. Det krävs en viss miniminumerär för att en art inte skall utplånas eller hotas av dege-

[54] Se Lindblom i ovan i föregående not först a.a. s. 158.
[55] A.a. s. 153.

neration. Vi är ganska nära den gränsen. Om den underskrids kan processen inte längre fylla sina funktioner och ändamålen bakom den gällande och kommande materiella lagstiftningen får sämre genomslag. Negativa effekter är att vänta såväl på det allmänna planet i form av försämrad moralbildning och avskräckning[56] som vad gäller det individuella rättsskyddet genom en överströmning av konfliktlösningen till alternativa tvistlösningsformer med de risker detta kan medföra för bl.a. svagare part.[57]

Men vi kommer alltså till den ganska överraskande prognosen att rådande privatiseringsiver och allmänna utvecklingstendenser alls inte är nödvändigt förbundna med en fortsatt minskning av civilprocesserna vid de allmänna domstolarna och en motsvarande ökning av alternativ tvistlösning i form av t.ex. skiljeförfarande. Privatiseringen kan också komma att medföra *ökad* tillströmning av tvistemål, särskilt om vissa lagändringar genomförs.[58] En utveckling av innebörd att *både* antalet civilprocesser vid de allmänna domstolarna *och* den alternativa tvistlösningen ökar är kanske den mest sannolika. Den närmare fördelningen tvistlösningsorganen emellan kommer att bestämmas av deras respektive attraktionskraft.

Hur är då försäljningsläget på tvistlösningsmarknaden, eller inom "the justice industry" som amerikanarna säger. Vad är det som förmår tvistlösningskonsumenten att köpa den ena eller andra processprodukten och vilken tvistlösningsform är att föredra ur samhällets synpunkt? Den frågan bör besvaras innan eventuella förändringar i konkurrensläget presenteras.

3 Fördelar och nackdelar med alternativ tvistlösning[59]

De fördelar med alternativ tvistlösning man i första hand brukar framhålla i svensk doktrin kan rubriceras med orden *sakkunskap,*

---

[56] Jfr ovan i not 7.

[57] Om civilprocessens funktion i Sverige, se Lindblom, En struntsak s. 258–263 m. där anförd litteratur.

[58] Jag tänker då särskilt på förbättrade möjligheter till grupptalan och "discovery".

[59] Flera av de frågor som diskuteras kortfattat i det följande ägnas mer ingående och intressanta resonemang i P.O. Bolding, Skiljeförfarande och rättegång (1956), se även SOU 1972:22.

snabbhet och sekretess.[60] Till detta kommer vissa andra positiva egenskaper som kan sammanfattas under rubriken *smidighet*. *Kostnadssynpunkter* dyker upp bland både för- och nackdelarna. Till de sistnämnda brukar också hänföras de risker alternativ tvistlösning kan innebära för *svagare part*.

I en konkurrenssituation på tvistlösningsmarknaden, t.ex. då parterna i anledning av en uppkommen eller befarad tvist väljer mellan process vid allmän domstol och skiljeförfarande, är det sannolikt faktorer av ovan angiven art som fäller utslaget; partsperspektivet är avgörande.[61] Men då man diskuterar fördelar och nackdelar med alternativ tvistlösning bör rimligen ytterligare en intressent – samhället – tas med i diskussionen och då som både konsument och producent av tvistlösning. Ytterligare faktorer blir därmed relevanta. Som exempel kan anges fördelen att alternativ tvistlösning *avlastar domstolarna* och därmed minskar den offentliga sektorn. Som nackdelar kan nämnas *försämrad prejudikatbildning och handlingsdirigering* samt *svårigheterna att rekrytera och behålla skicklig personal* inom domstolsväsendet.

För- och nackdelarna med alternativ tvistlösning rekapituleras i det följande tillsammans under några få gemensamma rubriker (som bör fattas i vid mening) och med särskild inriktning på skiljeförfarande. Förhoppningsvis kan därigenom framställningen göras något mer kortfattad och sammanhängande samt mindre katalogartad än om varje för- och nackdel behandlas särskilt för var och en av tvistlösningsformerna och intressenterna.

3.1 Sakkunskap

Vid alternativ tvistlösning kan prövningsorganet ges en sådan sammansättning att maximal sakkunskap uppnås. Denna fördel kan utnyttjas i åtminstone tre hänseenden. Experter kan nyttjas vad gäller såväl den *juridiska* materian som det *fackområde* som är aktuellt i målet (byggnadsteknik, medicin etc.). Även *lokal* sakkunskap kan

[60] I svensk doktrin diskuteras i allmänhet inte för- och nackdelar med alternativ tvistlösning i vid mening. Man inriktar sig hos oss på skiljeförfarande medan t.ex. den amerikanska debatten förs på ett mer generellt plan, jfr Grupptalan s. 531 f. med i not 158 och 159 a. litteratur.

[61] Man kan naturligtvis inte utesluta att även andra, mindre rationella faktorer, som t.ex. tradition på området, parternas och de juridiska rådgivarnas privata preferenser, vanföreställningar om den ena eller andra tvistlösningsformen m.m. spelar in.

uppbådas och ingå i prövningsorganet. Detta ger ökade möjligheter till materiellt riktiga avgöranden och stärker parternas tilltro till tvistlösningsformen. Ökad sakkunskap kan också medföra ökad snabbhet.[62] Därmed kan ibland även vissa besparingar göras.

Men man kan komma en bra bit på väg mot motsvarande sakkunskap också vid allmän domstol,[63] t.ex. genom användning av sakkunniginstitutet och s.k. responsa från de jurister och specialister som annars skulle ingå som ledamöter i prövningsorganet. Denna typ av experttillförsel anses av många vara att föredra ur bl.a. rättssäkerhetssynpunkt ("sakkunskapen skall finnas på golvet").[64] Egendomligt nog anförs denna synpunkt sällan gentemot t.ex. skiljeförfarande trots att de risker för överraskande och felaktiga avgöranden som följer av att expertåsikterna inte presenteras under huvudförhandlingen borde vara särskilt beaktansvärda då det är fråga om ett eninstansförfarande. Detta gäller även det rättsliga underlaget i vissa fall. Misstag och överraskningar kan ju inte (utom i klanderfallen) undanröjas genom fullföljd till högre instans. Att experterna ingår i prövningsorganet medför alltså paradoxalt nog också vissa risker för materiellt felaktiga avgöranden.

Man kan vidare fråga sig om inte det sätt som skiljemän normalt utses på ibland kan utgöra ett hot mot en materiellt riktig dom. Det finns inga garantier för att någon av skiljemännen – inte ens ordföranden – är jurist. Man har sagt att skiljenämnden i värsta fall kan komma att bestå av en ordförande som inte begriper målet och två mutade personer. Uttalandet är förvisso tillspetsat. Men jag har inte hört talas om ett enda fall där av part utsedd skiljeman skrivit sig skiljaktig till sin uppdragsgivares nackdel. Även röstutfallet 2 – 1 med den tappandes skiljeman i majoriteten torde vara synnerligen ovanligt. Det är en händelse som ser ut som en tanke.

I USA har hävdats[65] att den som sysslar med alternativ tvistlösning på heltid frestas att i sina avgöranden bli "tillmötesgående" mot stora beställare, som t.ex. vissa advokatbyråer, större företag osv. Risken är möjligen särskilt stor då det gäller återkommande uppdrag, t.ex. genom angivande av viss skiljeman i standardkontrakt med stor

---

[62] Jfr nedan under 3.5 och förslagen i SOU 1987:13.

[63] Se vidare nedan under 4.

[64] Jfr H. Edelstam, Sakkunnigbeviset (1991) s. 149 ff.

[65] Garth ovan i not 19 a.a. s. 14.

spridning eller utseende av viss tvistlösare för återkommande perioder inom en hel bransch. Men man har också påstått att blott den som gör sig känd för total oförvitlighet har någon framtid som proffs på det privata tvistlösningsområdet.

3.2 Snabbhet (och billighet?)

Ett av de vanligaste argumenten till förmån för skiljeförfarande och många andra former av alternativ tvistlösning är att man snabbare – och därmed billigare – når fram till ett slutgiltigt avgörande. Även på *exekutionsstadiet* kan skiljeförfarande vara att föredra ur bl.a. snabbhetssynpunkt, särskilt i internationella sammanhang där det hittills varit lättare att få skiljedom än vanlig dom verkställd utomlands.[66]

Påståendet att alternativ tvistlösning är snabbare äger naturligtvis inte generell giltighet. Tvistlösning vid t.ex. Allmänna reklamationsnämnden[67] är inte alltid överlägsen process enligt småmålsreglerna i detta hänseende.[68] Och de advokater och skiljemän som anlitas i större skiljeförfaranden är inte sällan så uppbundna att det dröjer avsevärd tid innan skiljedomen kan avkunnas.

Vidare är tidsåtgången vid allmän domstol naturligtvis beroende av vilka personella och ekonomiska resurser man är beredd att sätta in på tvistemålshanteringen. Att Rättegångsbalken numera tillåter en synnerligen snabb och effektiv handläggning har de s.k. turbodomarna bevisat.[69] I de mål dessa herrar handlade nåddes dessutom förlikning i 95 % av fallen, vilket de facto innebär minst samma tidsvinster som vid ett eninstansförfarande. Och att domarna är "gratis" vid allmän domstol kommer helt och hållet parterna till godo. Det innebär avsevärda kostnadsvinster jämfört med skiljeförfarande.

Över huvud taget gäller påståendet om den alternativa tvistlösningens överlägsenhet beträffande snabbhet (och därmed ibland kostnader) endast om domstolsvägen är utesluten, vilket t.ex. inte är

---

[66] Jfr nedan vid not 91.

[67] Se betr. avgränsningen mellan alternativ tvistlösning och domstolsprocess, Grupptalan s. 532 f.

[68] Se L. Heuman, Reklamationsnämnder och försäkringsnämnder (1986). Detta arbete innehåller en på ett processuellt funktionellt synsätt grundad (synnerligen gedigen) genomgång av för- och nackdelar med tvistlösning vid bl.a. Allmänna reklamationsnämnden.

[69] Se härom T. Brolin och M. Widebeck i Svensk Juristtidning 1990 s. 586 ff.

fallet efter ett avgörande vid Allmänna reklamationsnämnden. Det är framför allt skiljeförfarande enligt Skiljemannalagen som intar en särställning i detta hänseende i och med att skiljedomen äger rättskraft och heller inte kan angripas med ordinära rättsmedel. Snabbheten förklaras alltså framför allt med att det är fråga om ett eninstansförfarande. Detta medför också att skiljeförfarande – trots de höga arvodena till skiljemännen – ibland blir billigare för parterna än process vid allmän domstol. Till de direkta utgifterna (t.ex. för ombud) vid överklagande måste ju i sistnämnda fall läggas indirekta kostnader till följd av den hämmande effekt tvisten kan ha på parternas affärsverksamhet samt risken att gottgörelsen kommer så sent att irreparabla skador uppkommit. Kostnaderna för sakkunnigbevisning torde också åtminstone ibland bli större vid allmän domstol – även om "domstolssakkunnig"[70] används. Vidare kan skiljemännens sakkunskap i vissa fall möjliggöra en snabbare handläggning.

Men de fördelar skiljeförfarande kan ha i tids- och kostnadshänseende är alltså inte alltid för handen. Jag vågar påståendet att skiljeförfarande normalt sett är dyrbarare för parterna[71] än vanlig tvistemålsprocess. Här måste också beaktas att skiljedom kan angripas med klandertalan vid allmän domstol. Då så sker går naturligtvis de eventuella tids- och kostnadsvinsterna förlorade. Kvar står dock att skiljedom normalt blir gällande redan efter ett eninstansförfarande. Fördelarna härmed ur snabbhetssynpunkt är ovedersägliga.[72] Det blir anledning att återkomma till det nedan under 4. Detsamma gäller de tids- och kostnadsvinster som man brukar anta uppkommer till följd av att alternativ tvistlösning kan ske enligt ett smidigare och mer flexibelt förfarande än process vid allmän domstol.

---

[70] Termen introducerad av Edelstam i ovan i not 64 a.a. s. 23.

[71] Valet av alternativ tvistlösning kan däremot innebära en välkommen avlastning för domstolarna och därmed en kostnadsbesparing för det allmänna – åtminstone på kort sikt (ovan under 3.).

[72] Däremot föreligger nackdelar ur bl.a. rättssäkerhetssynpunkt. – Betr. förhållandet mellan rätten till överprövning och processens funktion (konfliktlösning respektive handlingsdirigering), se K. Scott, Two models of the civil process. I: 27 Stanford Law Review (1975) s. 937 ff.

3.3 Smidighet – på två plan

Till förmån för alternativ tvistlösning kan anföras att den utomprocessuella formen innebär en befrielse från två tvångströjor: en vad gäller beslutsunderlaget och en beträffande förfarandet.

Beslutsunderlaget vid alternativ tvistlösning behöver inte nödvändigtvis bestå enbart av rättsligt relevanta omständigheter. Av den anledningen – och eftersom man kan bortse från ovälkomna prejudikatseffekter – är det möjligt att helhjärtat gå in för en lösning som är den bästa för det individuella fallet. Ibland innebär det kanske att man i första hand söker ett avgörande som möjliggör fortsatt goda relationer mellan parterna, en omständighet av stor vikt inte bara i affärsförhållanden utan även i t.ex. äktenskaps-, arbets- och hyrestvister. Det kan då vara av värde att nå ett avgörande som inte framställer den ene parten som enbart segrare och den andre som enbart förlorare. Vidare kan man eftersträva en lösning som är skälig med hänsyn till parternas ekonomiska förhållanden.

Alternativ tvistlösning, t.ex. genom förlikning, behöver inte utgöra något hot mot rättsreglernas handlingsdirigerande effekt.[73] Detta förutsätter dock att endast rättsliga faktorer läggs till grund för avgörandet.[74] En nackdel med den ovan berörda typen av smidighet i fråga om beslutsunderlaget är därför att man hotar desavouera rättsreglernas och processens preventiva funktion. En annan nackdel är att friheten i förhållande till lagen inte bara medger skälighetsbedömningar till förmån för t.ex. ekonomiskt svagare part utan också kan komma att utgöra ett hot mot henne bl.a. på så sätt att skyddslagstiftning åsidosätts. I kampen mellan de svage och starke är det ofta friheten som förtrycker och lagen som befriar.

Förfarandet vid allmän domstol är den andra tvångströja som alternativ tvistlösning kan innebära en befrielse ifrån. En särskild fördel är att möjligheterna till bevisupptagning under förberedelsen (t.ex. vittnesförhör) är större än vid process enligt RB.[75] Vidare är det i stort sett upp till parterna och skiljemännen att avgöra bl.a. i vilken utsträckning RB:s principer om muntlighet, omedelbarhet och koncentration skall tillämpas. Denna befrielse – liksom den fria

---

[73] Se Grupptalan s. 3.

[74] Ekelöf i Svensk Juristtidning 1981 s. 117.

[75] Se härom Heuman, Current issues in Swedish arbitration (1990) s. 83 ff. och densamme i Process och exekution, Vänbok till Robert Boman (1990) s. 153.

rättstillämpningen – utgör dock samtidigt ett hot mot svagare part i vissa fall.

Valet av skiljeförfarande i stället för process vid allmän domstol kan också betyda särskilda komplikationer av förfarandeteknisk natur. Möjligheterna till kumulation minskar och tvistefrågan kan komma att delas upp mellan domstol och skiljenämnd på ett processekonomiskt olämpligt sätt. Särskilda obstruktionsmöjligheter föreligger för den som vill förhala avgörandet.[76] Vidare råder oklarheter i flera viktiga frågor, t.ex. vad gäller ändring av talan, genkäromål och mellandom.

3.4 Sekretess

Vid skiljeförfarande kan tvisten undandras offentlighet. Detta är en fördel som förefaller ha stor betydelse för parterna. Genom sekretessen undslipper man besvärande uppmärksamhet i massmedia, en publicitet som kan ha avsevärda negativa effekter även för den som sedermera vinner tvisten.[77] Lyckas man hålla skiljedomen hemlig behöver man inte heller befara så många följdprocesser och efterkommande anspråk som kan uppstå efter en offentlig rättegång.

Men även här måste vissa reservationer göras. För det första kan ju skiljedomar klandras vid offentlig domstol och därmed går också sekretessen förlorad. Man kan inte utesluta risken att hot om dylikt klander framställs i rent utpressningssyfte. Sekretessen kan också komma att brytas helt eller delvis om den vinnande parten ansöker om editionsföreläggande i senare tvist vid domstol eller skiljenämnd[78] eller söker verkställighetsförklaring hos kronofogdemyndigheten.[79]

Ur samhällets synpunkt, liksom för dem som befinner sig i en situation likartad den som är föremål för prövning, är det naturligtvis negativt med den här berörda sekretessen. Möjligheterna till prejudikatbildning och (annan) handlingsdirigering minskar drastiskt. Detsamma gäller chanserna till individuell gottgörelse (reparation) för dem som befinner sig i en situation liknande den vinnande partens.

---

[76] Heuman, Specialprocess (1991) s. 24. Se betr. förfarandeproblem i skiljeförfarandet även nedan under 4 vid not 93.

[77] För ett extremfall, se det i Grupptalan s. 630 ff. refererade målet där ett kontokortsföretag fruktade konkurs till följd av negativ publicitet redan innan målet avgjorts.

[78] Härom Heuman i Juridisk Tidskrift 1989–90 s. 265 ff.

[79] Härom Heuman, Specialprocess (1991) s. 46.

Alternativ tvistlösning innebär även i detta hänseende[80] en nackdel för svaga parter som annars haft bättre möjligheter att nå en uppgörelse med det tidigare avgörandet i ryggen.

3.5 Risker för svagare part m.m.

I amerikansk doktrin har man som en nackdel med alternativ tvistlösning anfört att det finns risk att framstående domare och andra attraktiva experter köps över på heltid till alternativ tvistlösning och hoppar av från sin tidigare yrkesverksamhet med ty åtföljande försvagning av de allmänna domstolarna.[81] Detta behöver dock, åtminstone inte kortsiktigt, framstå som någon nackdel för parterna utan kan tvärt om ses som en naturlig och önskvärd konsekvens av det marknadstänkande som bör prägla även tvistlösningen. Från svensk horisont kan väl konstateras att formliga värvningar med ty åtföljande uppsägning från ordinarie arbete tillhör undantagen. Däremot har väl alla vi som aldrig fått vara med i den av allt att döma lukrativa leken[82] någon gång avundsjukt frågat oss om inte uppdragen som skiljeman ibland når sådan omfattning att det rimligen måste bli fråga om menliga konsekvenser på den ordinarie arbetsplatsen.

Den konkurrens som den alternativa tvistlösningen etablerar på rättegångsmarknaden gäller inte enbart tvistlösarna själva. Man har också tagit upp som en fördel att konkurrensen mellan tvistlösningsformerna (även mellan de alternativa varianterna inbördes) är positiv på så sätt att all tvistlösning förbättras. Men slaven på konkurrensens triumfvagn invänder då att följden blir ett i kvalitativt hänseende varierat utbud av tvistlösningsformer och att den bästa rättskipningen ofta också är den dyraste.[83] Därmed kommer den att förbehållas de rika i samhället – även om den formellt är öppen för alla ("justice is open to all, just like the Ritz Hotel").

Det är inte enbart i sistnämnda hänseende utan även till följd av bruket av icke-rättsliga faktorer, den minskade legaliteten i övrigt, försämrade möjligheter för fri bevisvärdering, risken att skydds-

[80] Se även nedan under 3.5.

[81] Garth ovan i not 19 a.a. s. 14.

[82] I dagsläget kan såvitt jag förstår en universitetsprofessor (och kanske även ett justitieråd) för en dag som skiljeman uppbära ett arvode motsvarande minst en halv månadslön!

[83] Se Garth a.st. och Grupptalan s. 532.

bestämmelser till förmån för svagare avtalsparter åsidosätts, sekretessen m.m., som användningen av alternativ tvistlösning i allmänhet och skiljeförfarande i synnerhet (eftersom domstolsvägen normalt då stängs) ansetts medföra risker för svagare part.[84] I Sverige har därför skydd mot skiljeklausuler införts i vissa fall.[85] Även i USA har en liknande utveckling ägt rum; av intresse är att redan "the new dealers" på 30-talet ansåg att "arbitration ... shielded trade practices from public scrutiny and permitted powerful interests to insulate their disciplinary procedures, substituted private will for social control".[86] Under senare tid har dock Supreme Court vänt i den här frågan och är numera obenägen att underkänna skiljeavtal t.ex. i samband med standardkontrakt.[87] I Sverige har – än så länge – någon motsvarande reträtt inte kunnat iakttas.

4 Det aktuella konkurrensläget: Nya möjligheter enligt RB!

Fördelarna med alternativ tvistlösning – och då särskilt skiljeförfarande – har ovan pressats in under rubrikerna sakkunskap, snabbhet, smidighet och sekretess. I samtliga dessa hänseenden har emellertid RB blivit mera konkurrenskraftig på senare år, främst genom vissa av de reformer som initierades av rättegångsutredningen under 1980-talet. Eftersom de effekter reformerna har, eller kan ha, inte verkar vara allmänt kända finns det anledning att här peka på de nya reglernas existens och huvudsakliga innebörd.

I fråga om *sakkunskap* kan med beklagande konstateras att rättegångsutredningens förslag i SOU 1987:13 om fakultativ adjunktion av experter som ledamöter i allmän domstol stött på avsevärd kritik och ännu inte lagts till grund för någon reform på området. Skiljeförfarandet har därför fortfarande visst försteg då det gäller parternas möjligheter att påverka tvistlösningsorganets sammansättning och därmed också vad gäller de presumtiva tvistlösningsköparnas förtroende för dess sakkunskap.

---

[84] Jfr t.ex. SOU 1972:22 s. 52 ff. och Bolding i Festskrift till Ekelöf (1972) s. 138.

[85] 36 § Avtalslagen samt 3 a § Skiljemannalagen, se vidare Heuman, Specialprocess (1991) s. 27 f. m. där angiven praxis.

[86] Garth a.a. s. 5 not 2.

[87] A.a. s. 12, jfr även vicepresident Quayles ovan vid not 15 återgivna förslag.

Det bör emellertid påpekas att önskemålet om att garantera parterna både skickliga juristdomare och ökad sakkunskap går att tillgodose i viss mån genom inrättande av specialavdelningar inom de allmänna domstolarnas ram, åtminstone vid de större domstolarna. En viss handplockning förefaller inte helt omöjlig redan de lege lata och i kombination med ökat partsinflytande vad gäller valet mellan en- och tredomarsammansättning skulle man den här vägen kunna utöva viss konkurrens gentemot skiljeförfarande i fråga om sammansättningsreglerna.[88] I detta sammanhang bör även prorogationsbestämmelsen i RB 10:16 samt bestämmelsen om parallella rättegångar i RB 14:7 a nämnas. Lägg till detta att allmän domstol inte är bunden att sammanträda endast på den ort där kansliet är beläget samt möjligheterna att få domstolssakkunnig förordnad på det allmännas bekostnad och tilltron till domstolens sakkunskap och juridiska kvalité borde många gånger kunna mäta sig med vad som erbjuds vid skiljeförfarande.

Men i fråga om *snabbhet* har väl skiljeförfarande ändå en ovedersäglig fördel i och med att det normalt är fråga om ett eninstansförfarande?[89] Nej, det är inte så säkert nu längre! Genom en ändring av RB 49:1 – föreslagen redan 1956 av festföremålet självt[90] – kan numera parterna redan före tvistens uppkomst (t.ex. i standardavtal, dock inte i småmålsfallen) sluta avtal att fullföljd ej får ske mot tingsrättens dom. Kombinera detta med ovan nämnda möjligheter till prorogation till specialavdelning etc. och skillnaderna mot skiljeförfarande är ytterligare uttunnade.

Nå, säger någon, men tänk om det finns en svår och viktig rättsfråga i målet och denna är av sådan vikt för framtida liknande konflikter att man skulle ha kostat på sig ett eller annat justitieråd till hjälp med knäckningen i ett eventuellt skiljeförfarande. Då står sig väl allmän domstol – särskilt om fullföljd inte får ske – slätt i konkurrensen? Fel igen! Skillnaden är numera bara att vid allmän domstol kopplas justitierådet in endast om frågan är tillräckligt kvalificerad för att motivera detta. Men då sker det i stället gratis. Genom nya regler i RB 42:17 a och 56:15 har tingsrätten nämligen just i de

---

[88] Se härom P. Fitger i Process och exekution. Vänbok till Robert Boman (1990) s. 95 ff., särskilt s. 104 och härtill – skeptisk – T. Hellners i Juridisk Tidskrift 1991–92 s. 343.

[89] Att förstegen i snabbhet kan diskuteras ur andra aspekter framgår ovan under 3.2.

[90] Se Bolding, Skiljeförfarande och rättegång (1956) s. 57–72.

mål där fullföljdsförbud avtalats möjlighet att utnyttja den s.k. "hissen till HD" om en prejudikatsfråga aktualiseras. Frågan går då upp till prövning i högsta instans (med *fem* justitieråd om dispens ges) och skickas därefter lika snabbt tillbaka ner till tingsrätten som lägger HD:s avgörande till grund för dom i målet. Man har alltså till en del smygavskaffat hovrätterna och vunnit en förbättring vad gäller såväl snabbhet som prejudikatbildning i vissa målkategorier. Det skall bli intressant att följa den fortsatta utvecklingen på det området.[91]

Under rubriken snabbhet nämndes ovan (något osystematiskt) skiljedomens fördel vad gäller *exigibilitet*, särskilt i internationella förhållanden då även *forumfrågor* kan ställa till med problem vid allmän domstol. I båda dessa hänseenden kommer skillnaderna snart att vara utjämnade då Luganokonventionen blir tillämplig också i Sverige.[92]

Även i fråga om *smidighet* har konkurrensläget förändrats dramatiskt till Rättegångsbalkens förmån.[93] Skiljeförfarandet belastas av oklarheter och komplikationer i en rad hänseenden, t.ex. vad gäller jäv, ändring av talan, del- och mellandom, genkäromål, kvittning och reglerna för bevisupptagning. Samtidigt har RB reviderats och erbjuder nu ett betydligt mer flexibelt förfarande än tidigare med betydande möjligheter till anpassning till vad som är lämpligt för handläggningen av det enskilda målet. Principerna om muntlighet, omedelbarhet och koncentration tillämpas inte längre lika rigoröst som tidigare och avsevärda förbättringar föreligger då det gäller rättens möjligheter att bedriva en aktiv formell processledning. De tidigare nämnda "turbodomarna"[94] har visat att de nya möjligheterna (och även vissa gamla) går att omsätta i handling.

Ordet smidighet avsågs ovan omfatta även tvistlösarnas och parternas möjligheter att beakta utomrättsliga faktorer och bl.a. därigenom styra rättsanvändningen. Lindell har visat att goda möjligheter härtill, liksom i fråga om bevisöverenskommelser, finns redan de

---

[91] Rättegångsutredningen föreslog (i SOU 1986:1) en mer vidsträckt användning av "hissen".

[92] Se om Luganokonventionen t.ex. L. Pålsson i Svensk Juristtidning 1990 s. 441 ff. och M. Bogdan i Tidsskrift for Rettsvitenskap 4/91 s. 387 ff.

[93] Se i första hand prop. 1986/87:89 "Ett reformerat tingsrättsförfarande".

[94] Ovan vid not 69.

lege lata också vid allmän domstol.[95] Man kan dock knappast rekommendera en fortsatt utveckling i den riktningen om den inte kombineras med särskilda garantier till fördel för svagare part, t.ex. vid skyddslagstiftning.[96]

Rättegångsbalken står, såvitt jag förstår, idag starkare än någonsin i konkurrensen med Skiljemannalagen som ju också är betydligt äldre och behäftad med en hel del brister.[97] Vill man spetsa till det kan man hävda att skiljeförfarandet fortfarande är förenat med en rad nackdelar och att det i stort sett endast är vad gäller *sekretessen* som process vid allmän domstol kan te sig underlägsen ur parternas (och då i allmänhet blott den tappandes) synpunkt. Den offentlighet som domstolsprocessen framtvingar är å andra sidan av stort värde både av principiella skäl och för att maximera handlingsdirigeringen, bl.a. genom förbättrad prejudikatbildning. Enligt min mening bör man vara ytterst försiktig med att sälja ut den offentlighet som finns kvar på tvistlösningsmarknaden. Samhället har inte råd att finansiera privat tvistlösning där parterna bara skummar grädden av mjölken och inte är beredda att släppa till resultatet. Rättegångsbalkens konkurrensförmåga bör liksom hittills inriktas på andra omständigheter än sekretessen.[98] Lyckas man bryta det många gånger slentrianmässiga valet av skiljeklausul i t.ex. kontraktsförhållanden borde ändå en viss önskvärd ökning av domstolarnas målunderlag kunna uppnås. I samma riktning verkar de faktorer som diskuterats ovan i avsnitt 2.2.2.

5 Sammanfattning

Privatiseringen går som en löpeld över ett Europa i dramatisk förvandling. Men privatisering är inte något nytt på tvistlösningsområdet och utvecklingen behöver inte medföra att civilprocessen försvinner

[95] B. Lindell, Partsautonomins gränser (1988), härtill (skeptisk) L. Carbell i Svensk Juristtidning 1989 s. 60 ff.

[96] Jfr betr materiell processledning i sådana mål Lindblom, Konsumentmål (1985) s. 146 ff.

[97] Se härom Stockholms Handelskammares skiljedomsinstituts framställning 1990–04–23 angående revision av skiljemannalagen med bilagd PM daterad samma dag. Se även justitieministerns ovan i not 37 citerade uttalande; hon förespråkar en ökad roll för domstolarna i konkurrensen med skiljeförfarandet.

[98] Se Bolding a.a. s. 72 ff., jfr dock Ekelöf enligt citat i Bolding a.a. s. 73 not 92 och SOU 1972:22. Se vidare alla de förslag till förbättringar av skiljeförfarandet som lagts fram under det senaste århundradet (återgivna av P. Fitger i SOU 1986:1 s. 191–200).

från de allmänna domstolarna. Det mesta – bl.a. europasamarbetet och statens minskade engagemang vad gäller tillsyn och kontroll – talar för motsatsen. De allmänna domstolarna kommer sannolikt att få ökad betydelse i Sverige, så även på tvistemålsområdet.

Frågan om allmän domstol eller alternativ tvistlösning är att föredra ur parternas och samhällets synpunkt kan inte ges något entydigt svar. Alternativ tvistlösning innebär avsevärda risker för svagare part och hotar civilprocessens reparativa och preventiva funktion, särskilt om utomrättsliga faktorer läggs till grund för avgörandena.

Kostnadssynpunkter kan anföras till förmån för båda tvistlösningsformerna. Skiljeförfarandet har hittills haft betydande försteg i fråga om sakkunskap, snabbhet, smidighet och sekretess. Men en avsevärd utjämning har inträtt till förmån för domstolsprocesen i och med ett antal föga uppmärksammade lagändringar under senare år. Aktörerna på tvistlösningsmarknaden har all anledning att ompröva den många gånger slentrianmässiga användningen av skiljeklausul i t.ex. standardkontrakt.

Även Skiljemannalagen står nu inför en revision.[99] Konkurrensen mellan tvistlösningsformerna är positiv för samhället och de presumtiva parterna. Det är särskilt viktigt att process vid allmän domstol åtminstone framstår som ett realistiskt alternativ till alternativ tvistlösning, i synnerhet på områden med skyddslagstiftning för svagare part och där det råder prejudikattorka. Man riskerar annars att ytterligare minska lagstiftningens handlingsdirigerande effekter. Men även skiljeförfarandet är "en omistlig del av varje rättegångsordning".[100] Valet mellan allmän domstol och alternativ tvistlösning bör därför inte vara ett val mellan pest och kolera utan mellan smör och grädde.

---

[99] När detta skrivs har dock ännu någon utredning inte tillsatts. I många av Europas länder – t.ex. Frankrike, Belgien, Holland, Schweiz, Spanien och Finland – har ny lagstiftning införts under senare år. En omfattande lagrevision har nyligen påbörjats i England och Skottland (uppgifter hämtade från ovan i not 97 omnämnda framställning).

[100] Bolding a.a. s. 41.

Lagtolkning eller rättstillämpning?

Kommentar till ett rättsfall (NJA 1980 s. 743)

"Svaret på den i uppsatsrubriken ställda frågan synes därför slutligen bli beroende av principspörsmålet, huruvida man i rättstillämpningen har att tillmäta avgörande betydelse åt det förhållandet, att lagstiftaren verkligen försökt att inbegripa fallet under lagens ordalydelse, låt vara att försöket misslyckats."
Lars Welamson (om en helt annan fråga än den här aktuella) i festskrift till Thornstedt, 1983.

1 Vilken lagtolkningslära är gällande rätt?

Det torde råda total enighet om att det råder nästan total oenighet om vilken lagtolkningsmetod som är gällande rätt i landet Sverige.[1] Anledningen till detta intresseväckande kaos är naturligtvis, ytligt sett, att de traditionella rättskällorna inte ger något klart besked i metodfrågor. Går man den gamla grusvägen från lagtext via förarbeten och praxis till doktrin möts man först av tryckande tystnad. Men snart hörs ett sorl som stiger till en kakafoni av röster där enskilda meningsyttringar knappast längre går att urskilja. Det är en körsång av sällsamt slag; några stämmor går visserligen in i varandra intill förväxling och beblandning, men det fattas inte heller skärande dissonanser. Nu närmar sig sällskapet; doktrinens män — och några enstaka kvinnor — uppfyller vägen i hela dess bredd, ja somliga verkar redan ha trängts ner i diket. Vi befinner oss inne i någon av Ingmar Bergmans filmer, t.ex. Gycklarnas afton eller Det sjunde inseglet:

[1] Se t.ex. Sundberg i Festskrift till Thornstedt (1983) s. 661.

tomhet eller trängsel är alternativen, däremellan finns intet. Och vägen har inte något mål; vid dess slut väntar blott Tystnaden.

Men lyssnar vi noga går det att urskilja även den store lagstiftarens röst, om än svag och mångtydig. Enligt regeringsformen 1:1 st. 3 skall den offentliga makten utövas "under lagarna". Lagens åsikt tycks alltså vara att lagens åsikt är viktig, kanske rent av viktigast, vid den maktutövning domstolar ägnar sig åt.[2] Alltid något! Men något besked i frågan hur lagens åsikt skall utrönas får man inte.

Annat var det på den gamla onda tiden! I 1809 års regeringsform fanns (först i § 83, senare i § 84) en föreskrift om tillämpningen av grundlagarna:"... Efter deras *ordalydelse* skola de i varje särskilt fall tillämpas."[3] Men i förarbetena till nu gällande regeringsform ställde man sig skeptisk till om en regel av det slaget kunde ha någon faktisk betydelse för grundlagstillämpningen och avvisade tanken på att införa en motsvarande bestämmelse i den nya författningen:

> "Givetvis förutsättes att grundlag, liksom annan lag, skall noggrant iakttagas och följas. Någon särskild regel för grundlagstolkning synes man emellertid varken kunna eller böra uppställa; det naturliga är att grundlag tolkas enligt samma principer som gäller för lagtolkning i allmänhet. I andra länders författningar brukar ej heller särskilda tolkningsföreskrifter ingå."[4]

Argumentet att någon regel inte behövs eftersom det är naturligt att tolka grundlag enligt samma principer som gäller för lagstiftning i allmänhet väger, förefaller det, tämligen lätt så länge oenigheten i sistnämnda hänseende är total. Någon bestämmelse i lagtolkningsfrågan togs dock inte med i nu gällande regeringsform. Och grundlagens tystnad delas i princip av all annan lag.[5]

---

[2] Jfr t.ex. Bramstång i Förvaltningsrättslig Tidskrift 1985 s. 2 som anser det "med tydlighet" framgå av 1:1 st. 3 bl.a. att "(f)rirättsliga principer i princip måste avvisas inom området för myndighetsutövning". Enligt Petrén & Ragnemalm, Sveriges grundlagar (1980) s. 18 torde RF 1:1 st. 3 "icke innefatta ett absolut krav på stöd i skrivna bestämmelser".

[3] Denna liksom samtliga kursiveringar i det följande, tillagda här för att öka läsarens bekvämlighet och minska frestelsen till egna tolkningar.

[4] SOU 1963:17 s. 513, jfr SOU 1972:15 s. 319 samt Holmberg & Stjernquist, Grundlagarna (1980) s. 19 f.

[5] Enstaka regler som anbefaller försiktighet vid tillämpningen och rent av kan uppfattas som förbud mot analogier och extensiv tolkning har knappast till syfte att utgöra generella tolkningsnormer. Se t.ex. § 5 lag om införande av Brottsbalken och Rättegångsbalken 24:23 som närmast bör ses som förbud mot retroaktiv lag respektive en betoning av de straffprocessuella tvångsmedelsreglernas indispositiva karaktär. Dessa lagar innehåller inte några besked om vil-

En annan sak — kanske enbart av kuriositetsintresse — är att några fingervisningar i tolkningsfrågan ändå ges i den sk. lagboken (här menas den privata, för närvarande blå—gula utgåvan); där återfinns fortfarande Olaus Petris domarregler och han tycks, om anakronismen tillåts, klart ta avstånd från den bokstavstolkning den gamla regeringsformen påbjöd.[6] I regel 12 stadgar Olaus att "(d)omaren akte i all lag, *vad hans uppsåt var som lagen gjorde"*. Och i regel 42 kommer denna prioritering av lagstiftarens syfte tillbaka: "Den vränger lagen, som icke bliver vid *hans mening, som lagen gjorde...* ".

Den objektiva, bokstavstrogna, metod som anbefalldes i gamla regeringsformen föregicks tydligen av en större lyhördhet för lagstiftarens syfte, av en *subjektiv* metod.[7] Ja, lagens bokstav tycks till och med ha kunnat vika för lagens mening: "Den gör emot lagen, som gör emot lagens mening, ändock han synes göra som orden lyda i lagen..." (regel 18). Och att "lagens mening" här inte behöver betyda detsamma som lagstiftarens syfte[8] utan kan ses som uttryck för en sorts teleologisk grundsyn där lagen ges en *objektiv* innebörd, fristående från subjektet (dvs. lagstiftaren), framskymtar i regel 13 som rent av tycks anbefalla en form av *teleologisk*,[9] *ändamålsinriktad*, rättstillämpning där regelns effekter, dess konsekvenser för gemene man, är det primära: "Den meniga mans bästa är den yppersta lagen, och därföre *det som finnes den menige man till nytta vara, det bör hållas för lag, ändock att beskriven lag efter orden synes annorlunda lyda"*. Lagen är tydligen ett, lagtexten något annat, och de villospår texten ibland lägger ut går att undvika för den som kan ge-

---

ken lagtolkningslära som är gällande rätt, se däremot (?) Tryckfrihetsförordningen 1:3 och 1:4 st. 1.

[6] Måhända är det att underskatta domarreglernas betydelse att tillmäta dem enbart kuriositetsintresse. Reglerna återgavs även i officiella utgåvor av 1734 års lag och enligt Åke Holmbäck (i Festskrift tillägnad Axel Hägerström, 1928) har deras betydelse ökat: "Under de två hundra år, som domarreglerna alltså offentliggjorts i samband med 1734 års lag, har deras auktoritet ständigt stigit — och detta trots att vissa av deras delar behandla förhållanden, som nu ännu mera avgjort än fallet var 1734 tillhöra det förflutna. Domarreglerna ha aldrig antagits av konung och riksdag, men flera av dem åberopas ofta såsom uttryck för gällande rätt." (a.a. s. 266).

[7] Enligt Ekelöf skedde en övergång från subjektiv till objektiv lagtolkning i tysk doktrin i slutet av 1800-talet, se Ekelöf, En essay om tolkning och mening (I Kungl. Vetenskapssamhällets i Uppsala årsbok 20/1966), i fortsättningen Ekelöf, En essay s. 34 ff. och 39, jfr Sundberg s. 662.

[8] Se nedan not 18.

[9] Närmare om den teleologiska metoden i modern utformning nedan s. 41 f. — Som påpekas av Holmbäck (a.a. s. 271) torde regel 13 falla tillbaka på romersk rätt; redan hos Cicero återfinns satsen "salus populi suprema lex esto".

nomskåda orden. Ja, för den med en ändamålsstyrd röntgenblick försedda läsaren tycks till och med texten "egentligen" vara riktig; det är inte bara lagen utan "*beskriven* lag efter orden" som *"synes* annorlunda lyda".

Kanske gör jag — eller rentav Olaus Petri — mig här skyldig till ett syftningsfel. För nog är det väl ändå ordmagi, nog är det väl ett medeltida hokus pokus, otänkbart i vår upplysta tid, att en ändamålstolkning skall kunna få även den språkliga dimman att skingras och till och med texten, ordalagen, att framstå i en ny — och först nu — semantiskt riktig betydelse?! I vart fall kan väl inte domare i vår upplysta tid dra kaniner ur hatten och kort ur rockärmarna på det sättet? Nog spelar man väl med metodologiskt helt öppna kort och utan imaginära textmetamorfoser av det slaget åtminstone i Lars Welamsons egen domstol, landets främsta, HD på 1980-talet?

Var inte så säker på svaret! Ett slumpvis (nåja...) valt rättsfall[10] skall senare få illustrera om det finns någon Olaus Petri gömd i garderoberna i Bondeska palatset i Stockholm. Men rättsfallet kan inte väljas helt med slumpens hjälp. Antag att den objektiva, subjektiva och den teleologiska metoden, dvs. den ändamålsinriktade ehuru i en mindre mossig variant än den Olaus Petri förordade, leder till samma slutresultat. Då är det måhända inte så lätt att av domen utläsa vilken eller vilka metoder som kommit till användning. Vill man utröna vilken lagtolkningslära som är gällande rätt enligt praxis bör man följaktligen studera ett fall då lagtextens ordalag helt klart, naket och öppet, strider mot lagstiftarens syfte såsom detta kommer till uttryck i motiven. Inställningen till förarbetenas betydelse betingas ju av metodvalet och vice versa. Detta samband skall beröras ytterst kortfattat under 2 nedan innan rättsfallet dissekeras i avsnitt 3. Redogörelsen inskränks till de tre metodvarianter som torde framstå som huvudprinciperna för normaljuristen.[11]

---

[10] Liksom Elwing som (finner jag först nu på korrekturstadiet) anlagt intressanta synpunkter på NJA 1980 s. 743 i Advokaten 1987 s. 149—153, har jag i många år begagnat detta rättsfall i undervisningssammanhang.

[11] Betr. juridisk argumentation i vidare — och mer modern — mening, se t.ex. Peczenik, Rätten och förnuftet (1986), särskilt s. 234, varom Klami i JFFT 1987 s. 31 ff.

2 Förarbetenas betydelse;[12] lagtolkning och rättstillämpning

Den som begagnar en *objektiv lagtolkningsmetod* i ovan avsedd mening, dvs. ägnar sig åt bokstavstolkning,[13] prioriterar lagtexten i förhållande till alla andra rättskällor och söker svaret på frågan om regeln är tillämplig i det aktuella fallet genom en semantisk-grammatikalisk analys av "ordalagen" (i dubbel bokstavlig mening). Står lagtexten i uppenbar strid med motiven skall lagen ändå tillämpas enligt sin ordalydelse; motivens betydelse inskränks till att ge *språklig* vägledning vid tolkning av textens innebörd.[14]

Utmärkande för den *subjektiva metoden* är att lagen utsätts för vad man kan kalla en historisk tolkning;[15] det gäller att ta reda på vad som var avsikten vid lagens tillkomst och den språkliga utformningen, lagtexten, är bara ett av flera bevis för vad lagstiftaren menat. Ger motiven ett säkrare besked än lagtexten om hans avsikt, syfte, med stadgandet får ordalagen vika.[16]

Gemensamt för den objektiva och den subjektiva lagtolkningsmetoden är att verksamheten är inriktad på — ja man kan säga begränsad till — just tolkning i snäv mening; lagtexten och förarbetena utnyttjas som kontextelement i denna process och tolkas, översätts, till en norm för lösningen av det enskilda fallet. Den *teleologiska, ändamålsinriktade, metoden* däremot innehåller som bekant — åtminstone i Ekelöfs tappning[17] — ytterligare ett, och ett dominerande,

---

[12] Se härom Schmidt i Festskrift till Herlitz (1955) s. 263 ff., Strömholm i Festskrift till Ekelöf (1972) s. 271 ff. och Rätt, rättskällor och rättstillämpning (2:a uppl. 1984) kapitel 17, nedan i not 17 anförd litteratur, Peczenik, Juridikens metodproblem (2:a uppl 1980) s. 116 ff. samt Bergström, Förutsebarhet (1987) s. 16 ff., den sistnämnda dock nästan enbart rörande regeringrättens kompetensområde.

[13] Att även den teleologiska metoden bör uppfattas som objektiv, åtminstone i Ekelöfs tappning, framgår nedan vid och i not 18.

[14] Se dock t.ex. Ekelöf, En essay s. 41 angående motivens betydelse enligt vissa företrädare för objektiv lagtolkning i äldre tysk doktrin.

[15] Jfr Ekelöf, En essay s. 10 f.

[16] Paradoxalt nog förefaller dock subjektivisterna bara tolka *lagtexten* subjektivt i denna mening. Texterna i själva *förarbetena* tolkas vanligen objektivt (jfr Ekelöf, En essay s. 39), dvs. utifrån sin språkliga gestaltning, vilket väl får förklaras med bl.a. praktiska hänsyn; det är sannolikt förenat med viss möda och tidsutdräkt att kontakta den majoritet riksdagsmän som bestämt lagens slutliga utformning i riksdagen och efterhöra deras åsikt om vad de avsett (jfr beträffande lagstiftaren som figur Lindblom i Nordisk tidsskrift för kriminalvidenskab 1984 s. 268).

[17] Se beträffande Ekelöfs uttolkning av sin egen metod densamme t.ex. Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? (1951), En essay s. 5 ff., Ett stycke vetenskapshistoria (en högst uppfriskande och lättillgänglig metodologisk återblick publicerad i Festskrift till Eckhoff

element. Lagens ändamål, induktivt bestämt genom en analys av dess praktiska funktion, dess effekter (konsekvenser) i typfallen, är avgörande för hur den skall tillämpas i svårbedömbara situationer. Lagstiftarens *syfte* saknar direkt betydelse, det är lagens objektivt fastställda *ändamål*, dess *funktion*, som är det primära.[18] Förarbetena får alltså bara betydelse som hjälpmedel för att ge en uppfattning om lagens avsedda konsekvenser. Vid en klar konflikt mellan lagtext och motiv gäller den mening som stämmer överens med det objektivt fastställda ändamålet och det är inte ens uteslutet att en mening som varken kan uttolkas ur lagtext eller motiv skall gälla. Lagens ändamål tolkas inte fram utan "konstrueras" genom tillämparens egen aktiva själsverksamhet. Tolkningen är inskränkt till ett studium av vilka situationer som helt klart faller under lagtextens ordalydelse och följaktligen kan tjäna som typfall. Det är således mindre lämpligt att tala om den teleologiska *lagtolkningsmetoden*; det bör hellre heta

---

1986 s. 261 ff.) och — kanske klarast men sällan åberopad — framställningen i § 1 avsnitt 10 i Rättegång 1 (6:e uppl. 1980). Kommentarer till Ekelöfs rättstillämpningsmetod finns i nästan all modern metodologisk litteratur av betydelse, se t.ex. Strömholm a.a. kapitel 23 och Thornstedt i Festskrift för Herlitz (1955) s. 355 ff. samt Peczenik, Juridikens metodproblem s. 158 ff. och densamme Rätten och förnuftet s. 255 ff.

[18] Lagstiftarens syfte och lagens mening (funktion, ändamål) sammanfaller givetvis ofta men alls inte alltid. Enligt min mening blir detta tydligare — och den teleologiska metoden begripligare över huvud taget — om man talar om lagens konsekvenser eller effekter (jfr de engelska termerna "intent" och "effects", Sundberg a.a. s. 648) i stället för dess funktion eller ändamål. Som påpekats av bl.a. Peczenik, (Juridikens metodproblem s. 162 f.) är dock ej alla effekter av relevans vid bestämmande av ändamålet. För lagstiftaren harmonierar förhoppningsvis i allmänhet de förväntade effekterna med det uppgivna syftet, men verkligheten kan bli en annan. När lagen varit i kraft en tid kan andra effekter än de ändamål iagstiftarna använt som syftemål visa sig relevanta. Detta kan t.ex. bero på att lagstiftaren missberäknat sig vad gäller lagens konsekvenser eller på att samhällsutvecklingen efter lagens tillkomst (t.ex. tillkomsten av annan lag) medfört att dess effekter blir annorlunda än de var från början (jfr Ekelöf, En essay s. 40). Det kan naturligtvis också förekomma att lagstiftarens i förarbetena uppgivna syfte är ett annat än de effekter han faktiskt vill uppnå; ett politiskt gångbart syfte används för att sälja politiskt mindre gångbara effekter. Men även i detta fall sammanfaller lagstiftarens verkliga syfte med de av honom förväntade effekterna. — Det förekommer att man begagnar ordet *syfte* även vid en tillämpning av en ändamålsinriktad metod i Ekelöfs anda, men då avses *lagens* (objektets) syfte, inte lagstiftarens, subjektets (jfr Lindblom, "Det egentliga syftet", i Festskrift till Hessler (1985) s. 351). Ordet *mening* lider av motsvarande mångtydighet och kan komma till användning vid såväl en subjektiv som en objektiv — bokstavstolkande eller teleologisk — metod (lagstiftarens mening, textens mening respektive lagens mening, jfr ovan vid not 8). Att *Ekelöfs* teleologiska metod är en objektiv sådan är självklart (se t.ex. Ekelöf, Rättegång I, ovan not 17 a.st.), men det hindrar inte att man även kan tala om en subjektiv teleologisk metod, jfr nedan s. 49 vid not 50 och Peczenik, Rätten och förnuftet s. 256.

*rättstillämpnings*metoden eftersom tolkningen bara utgör det första ledet vid begagnandet av metoden ifråga.[19]

Det är närmast genant att lägga fram så här enkla och förgrovade fakta i en festskrift till Lars Welamson. Den huvudsakliga anledningen till att det ändå skett är att läsaren skall få möjlighet att kontrollera om författaren någorlunda rätt förstått de traditionella metodalternativen. Att så är fallet är nämligen av viss betydelse för det följande.

3 NJA 1980 s. 743: "själv eller jämte"

3.1 Fakta i målet; lagtext och motiv

I 12 § förmånsrättslagen stadgas om förmånsrätt för bl.a. lön. Enligt första punkten i paragrafens tredje stycke skall sådan förmånsrätt inte tillkomma arbetstagare som "själv eller jämte närstående ägde väsentlig andel i företaget och som hade väsentligt inflytande över dess verksamhet".

Bengt Randau ägde ensam en handelsträdgård. Han drev den med bl.a. sin far Inge Randau som anställd. Bengt gick i konkurs. Inge bevakade och yrkade förmånsrätt för sin fordran på lön som anställd i sonens företag.

Konkursförvaltaren bestred yrkandet; eftersom Inge haft väsentligt inflytande över näringsverksamheten och sonen ensam ägt denna var, ansåg han, 12 § 3 st. första punkten tillämplig.[20] Enligt förvaltarens åsikt var Inges lönefordran "följaktligen" inte förenad med yrkad förmånsrätt.

---

[19] Så Ekelöf, En essay s. 31 ff., jfr Peczenik, Juridikens metodproblem s. 159. — Då Ekelöf först presenterade sin metod i sitt berömda arbete 1951 ("Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap?") framhåller han först att det utmärkande för den teleologiska metoden är att "ändamålet är avgörande för 'ett lagstadgandes *rätta tolkning*'," men i slutet av samma arbete kommer han fram till att det vid begagnandet av hans metod inte är "lämpligt att säga lagen *böra tolkas på det eller det sättet, medan det däremot ej kan* vålla missförstånd om man säger lagen böra 'tillämpas' *på vanligt sätt*" (Ekelöf, Är den juridiska doktrinen ... s. 23 resp. 49). Han har förvisso ej alltid blivit bönhörd på den punkten; se dock t.ex. Strömholm i Svensk Juristtidning 1982 s. 669 med där anförd litteratur, jfr Peczenik a.st. — En terminologisk variant som framstår som en semantisk kompromiss mellan lagtolkning och rättsskipning — "lagskipning" — förekommer på titelbladet till Nytt Juridiskt Arkiv I men såvitt jag vet ingen annanstans.

[20] Jfr tingsrätten nedan s. 43 och Elwing s. 150.

Knäckfrågan i målet var om Inge "själv eller jämte" Bengt ägde väsentlig andel i företaget.[21] Eftersom Bengt ägde *hela* rörelsen uppstod spörsmålet om Inge, som följaktligen inte ägde *någon* andel, kunde anses äga rörelsen *jämte* ägaren (Bengt) i den mening som avses i 12 § 3 st.

En bokstavstolkning av lagtexten ger nog enligt de flestas mening klart vid handen att Inge inte ägde företaget "jämte Bengt". Enligt vanligt språkbruk kan den som inte äger *någon* andel i en viss rörelse inte vara samägare eller på annat sätt äga denna rörelse *jämte* annan. En matematiker skulle kanske kunna hävda att t.ex. 0 "jämte" 100 = 100 och att en addition således inte förutsätter att båda de delar som sammanläggs har ett substantiellt innehåll. Men "jämte" är inte någon matematisk term och juridik är inte matematik.[22] Lagtextens språkliga utformning ger det otvetydiga svaret att Inges fordran inte är undantagen från förmånsrätt, i vart fall inte om ordet "jämte" tolkas i enlighet med sin betydelse enligt vanligt språkbruk.[23] Åtminstone före löntagarfondernas tillkomst var det säkert helt främmande för alla utan aktier att säga t.ex. att man "jämte" familjen Wallenberg ägde en väsentlig andel av den svenska företagsamheten.

Lagtexten lämnar alltså klart besked: undantagsregeln i 12 § 3 st. inbegriper inte Inges fall. Men *förarbetena* ger ett lika entydigt svar, ehuru i diametralt motsatt riktning! I det betänkande som ligger till grund för förmånsrättslagen anförs frankt:

> "Även det fallet att han själv inte hade någon andel men hans närstående hade väsentlig andel i företaget är avsett att inbegripas."[24]

Uttalandena i betänkandet rörande förmånsrätten var föremål för uppmärksamhet såväl av departementschefen som i riksdagen. Även om den nyss citerade passagen inte berördes explicit i detta samman-

---

[21] Även rekvisitet "väsentligt inflytande" var föremål för diskussion, men från detta kan bortses i det följande (jfr dock nedan not 39).

[22] Det måste medges att t.ex. skatterätt kommer obehagligt nära. — Som synonym till "jämte" anförs dock stundom (se nedan not 23) "plus", vilket onekligen är en matematisk term.

[23] Enligt Svensk ordbok (1987) betyder *jämte* — förutom person från Jämtland — "tillsammans med" och "bredvid", enligt Ord för ord, 1960, "(tillika) med, (tillsammans) med, i förening med, parad med, inklusive; plus; samtidigt med, på samma gång som".

[24] SOU 1969:5 s. 151.

hang kan man nog tryggt säga att lagstiftarens syfte var detsamma som beredningens.[25]

Motiven står alltså i klar motsatsställning till lagtexten. Genom att studera avgörandena i målet bör man följaktligen kunna få en bild av om den objektiva, subjektiva eller teleologiska lagtolknings- respektive rättstillämpningsmetoden kommit till användning i målet.[26]

3.2 Tingsrätten och Roos' utlåtande

I tingsrätten åberopade Inge bl.a. ett *utlåtande av professor Carl Martin Roos*,[27] som efter att ha redogjort för lagtext och förarbeten anförde:

> "Lagmotiven innehåller alltså ett uttalande som är oförenligt med lagtextens ordalydelse. Enligt vedertagna grundsatser för lagtolkning skall i sådant fall lagtextens lydelse äga företräde. Ett motivuttalande som strider mot lagtexten kan inte läggas till grund för de rättstillämpande myndigheternas avgöranden.
>
> Mot bakgrund av det nu anförda måste slutsatsen bli, att en arbetstagare som saknar andel i gäldenärsföretaget inte kan förlora sin förmånsrätt till följd av regeln i ... förmånsrättslagen."[28]

---

[25] Så enligt hovrättens beslut, rättsfallet s. 747, återgivet nedan s. 45 ff. I prop. 1970:142 anför departementschefen i anslutning till den här aktuella bestämmelsen bl.a. (s. 137) att "beredningen har gjort ingående uttalanden om förslagets innebörd ... till vilka jag i allt väsentligt kan ansluta mig." Den som verkligen lusläser kan dock finna ett — oerhört svagt — belägg för att departementschefen kanske ändå skulle känna tvekan i vårt fall. Längre upp på samma sida erinrar han nämligen om att förslaget innehåller krav på både "*delägarintresse*" och väsentligt inflytande. En objektiv tolkning (jfr ovan i not 16) av ordet "delägarintresse" leder, förefaller det mig, till ett resultat som är svårt att förena med departementschefens allmänna instämmanden i beredningens uttalanden. Departementschefens val av ordet "delägarintresse" påpekades dock inte av någon instans i målet enligt rättsfallsreferatet; allmän enighet rådde om att Inge inte skulle tillerkännas förmånsrätt om man dömde efter vad som framgår av förarbetena.

[26] Andra rättsfall kan ge en annan bild, se av Schmidt s. 282 ff. anförda rättsfall och t.ex. NJA 1965 s. 32 och 64 (jfr not 78 nedan), 1979 s. 107, 1982 s. 650, 1984 s. 738, 1985 s. 5 och 281 (se i sistnämnda mål särskilt minoritetens — bl.a. Welamsons — votum s. 285 ff.) samt AD 1980:72 och RÅ 1974 A 850, 1985 1:85 jfr även Förhandlingarna vid det 31 nordiska juristmötet 1987 s. 303 och 308 där en, enligt min uppfattning, alltför långtgående lyhördhet för motiven anbefalles, även om lagtext anses böra gälla framför motiv i ett fall av öppen konflikt dem emellan. Som motiv för att följa motiven anges annan bl.a. hänsyn till förutsebarheten, jfr Schmidt s. 276.

[27] Även ett utlåtande av Cervin åberopades i målet, men detta återges inte i referatet i NJA och återfinnes, liksom Roos' utlåtande, inte heller i HD:s akt.

[28] Rättsfallet s. 744.

Roos hävdar alltså att "(e)nligt vedertagna grundsatser för lagtolkning" skall lagtextens lydelse äga företräde framför förarbetena i ett klart fall som detta. Är detta verkligen riktigt? Vad menar Roos med "vedertagna grundsatser"? Vi har ju konstaterat att lag och förarbeten inte säger något om metodvalet och följaktligen inte heller tvingar fram en bokstavstolkning i detta mål (eller något annat). Kan Roos då mena att "hans" grundsats är allmänt vedertagen i praxis? Nej knappast.[29] Återstår alltså doktrinen. Men den är ju, enligt vad ovan hävdats, splittrad i frågan om vilken rättstillämpningsmetod[30] som är gällande rätt. Eftersom metodvalet avgör vilken betydelse som skall tillerkännas lagtexten respektive förarbetena borde det i konsekvens härmed inte heller gå att tala om någon vedertagen grundsats i vårt kollisionsfall.[31]

Nu kan det naturligtvis vara så — något annat har Roos självfallet aldrig menat — att även om åsikterna skiftar beträffande motivens betydelse i allmänhet så skulle enighet råda, och en grundsats således vara vedertagen, i just den kollisionssituation vi har att göra med, dvs. vid en ren frontalkrock mellan lagtext och motiv. Och visst finns det stöd för att lagtextens lydelse skall "äga företräde" i detta fall. Ett känt uttalande i sammanhanget — ett citat som Roos möjligen kan ha haft i tankarna och som också kan ha varit av betydelse för den slutliga utgången i målet — är följande passus, hämtad från professorn, sedermera (bl.a. vid tiden för HD:s avgörande) justitierådet Hesslers installationsföreläsning vid Uppsala universitet 1956:

> "Men i lagtolkningsdebatten har det, också för den som accepterat förarbetenas roll i lagstiftningen, varit en stundom outtalad, stundom uttryckligen fastslagen förutsättning, att de lagstiftande myndigheterna icke bör få i vilken utsträckning som helst meddela sina önskningar i form av uttalanden i förarbetena. Man bör, anses det, i själva lagtexten, låt vara i en generell avfattning, kunna utläsa de regler som skall gälla. Förarbetena bör endast ge resonemang kring den i lagtexten upptagna regeln, kommentera den, belysa den med exempel, ta upp mindre vanliga och tveksamma

---

[29] Jfr utgången i HD, nedan s. 55 f. Se även ovan i not 26 anförda rättsfall.

[30] Jfr ovan not 19.

[31] Jfr dock t.ex. Boman i SvJT 1973 s. 496 och Peczenik, Juridikens metodproblem s. 118 samt Lindencrona i Festskrift till Thornstedt (1983) s. 490 ff., Bergström s. 17, Elwing s. 152 och nedan vid not 32.

> situationer och diskutera regelns tillämpning på den punkten. Förarbetena skall m.a.o. bara tjäna som hjälp vid *tolkning* av lagen. Det bör inte vara så, att man i förarbetena finner helt nya regler, varom någon antydan svårligen över huvud kan hämtas ur lagtexten."[32]

Även om det nu skulle vara bl.a.[33] Hesslers uttalande Roos åsyftar — det är bara en gissning från min sida — är det naturligtvis inte säkert att Hessler skulle ha kommit till samma slutsats som Roos i just det här aktuella fallet. Det är kanske inte helt klart om motivuttalandet kan anses "tjäna som hjälp vid *tolkning* av lagen" (Hesslers kursivering) eller om den där presenterade lösningen skall hänföras till kategorin "helt nya regler".[34]

De må tills vidare vara hur som helst med den saken. Frågan nu är om man av Roos' utlåtande i målet kan sluta sig till om Roos anbefaller sig till en objektiv eller subjektiv metod. Svaret verkar inte vara givet. Även om Roos ger ordalagen "företräde" när frontalkrock hotar och då framstår som en förespråkare för en objektiv metod kan det ju tänkas att han är beredd att tillerkänna motiven betydande tyngd i mindre dramatiska trafiksituationer. Han kan alltså vara en extrem bokstavstolkare, en moderat bokstavstolkare eller en moderat subjektivist. (Överlappningar kan naturligtvis förekomma mellan de två sistnämnda kategorierna.) Han kan däremot inte vara extrem subjektivist.

Men kan inte Roos vara anhängare av en teleologisk rättstillämpningsmetod av den typ Ekelöf företräder? Nej, så är inte fallet, åtminstone inte om man är orättvis nog att döma enbart efter hans utlåtande i detta enda mål. Det förefaller nämligen som om reduktionsslut[35] aldrig kan förekomma vid en rättstillämpning i Roos' anda. Strider motiven mot lagtexten gäller lagtexten. Strider motiven inte

---

[32] Hessler i SVJT 1957 s. 242, jfr beträffande detta yttrande även nedan s. 60. Kursiveringen är Hesslers egen (jfr ovan i not 3 betr. övriga kursiveringar). Hesslers uttalande erinrar om vad Schmidt (ovan i not 12 a.a. s. 277) anförde en par år tidigare; Schmidt hävdade bl.a. att det tillhör "elementa" att förarbeten inte ger tillämparen direktiv som står i strid med lagtexten; det är ett "absolut minimikrav" att lagtexten rymmer de direktiv förarbetena ger. Se även ovan not 31 och Peczenik, Juridikens metodproblem s. 118 f. med hänvisning till Lögdberg. — Här kan också inflikas att Hessler deltog i arbetet på det betänkande där motivuttalandet rörande 12 § förmånsrättslagen finns med, jfr nedan not 66.

[33] Se även ovan i not 31 och 32 anförd litteratur (jfr dock betr. Bergström nedan i not 61).

[34] Se vidare nedan s. 60.

[35] För exempel på reduktions- och analogislut, se t.ex. Lindblom i SvJT 1973 s. 585 f. och i Norstedts juridiska handbok (13 uppl., 1987) s. 10 f.

mot lagtexten gäller naturligtvis också lagtexten; det vore ju märkligt om man skulle lämna texten i just detta fall. Ger inte lagtexten något svar[36] skulle motiven kunna ha betydelse som stöd för ett analogislut. Reduktionsslut är däremot uteslutna eftersom sådana (kanske) står i en mera öppen konflikt med ordalagen än analogier.[37] Lagtexten kan ju inte sägas vara tyst i detta fall.

Men kanske menar Roos bara att lagtexten har företräde *lagtext och motiv emellan*, medan däremot t.ex. ändamålsskäl kan få *både* lagtext och motiv att vika och läggas till grund för såväl analogi- som reduktionsslut. Hur kan man då påstå att teleologisk rättstillämpning à la Ekelöf är utesluten för Roos del? Jo, detta framgår av andra stycket i hans utlåtande: då lagtext och motiv är oförenliga skall ju lagtexten inte bara äga företräde framför motiven utan härav följer tydligen också ("*måste* slutsatsen bli") att lagen skall tillämpas enligt sin ordalydelse oavsett om denna lösning harmonierar med bestämmelsens ändamål. Inte ens vid en öppen konflikt mellan lagtext och motiv finns det tydligen enligt Roos något utrymme för ändamålsskäl. Och är ändamålsskäl av intresse bara när de leder fram till samma lösning som anvisas redan i lagtexten har de ju lika liten betydelse som motiven; de påverkar ändå inte utgången och mödan att ta upp dem till diskussion förefaller bortkastad, annat än möjligen i de fall då lagtexten inte besvarar den aktuella frågan över huvud taget.

Nu är det naturligtvis fräckt, ja nästan oförskämt, att övertolka Roos på det här sättet. Vad Roos vill tillskapa är kanske bara en "skyddszon" vars utkanter markeras av lagtextens klara innebörd en-

---

[36] Jfr nedan s. 58.

[37] Kanske är detta anledningen till att reduktionsslut är så mycket ovanligare än analogislut, jfr nedan s. 51 vid not 58. — Enligt Ekelöf (Rättegång I s. 62 med not 91 b) är det ofta framförda påståendet 'att lagen skall tillämpas efter sin ordalydelse då den är fullt klar'... tydligen ohållbart eftersom man i så fall aldrig finge göra några analogi- eller reduktionsslut. Han anser vidare (a.st.) att det på grund av den "lagskrivningsteknik, som för närvarande är på modet" oftare finns skäl att göra reduktionsslut än analogislut; "(s)krivs ett lagstadgande med begagnande av abstrakta och svepande uttryckssätt, kommer dess språkliga betydelse förhållandevis ofta att omfatta vissa typfall, för vilka stadgandet inte passar". Jag känner mig inte övertygad om att detta är en riktig beskrivning av läget ur språklig synpunkt. Jfr betr. den teleologiska metoden och abstrakt lag även Ekelöf, Ett stycke vetenskapshistoria s. 271 där han ifrågasätter "om inte den teleologiska metoden blir antikverad då ramlagar och generalklausuler allt mera kommer till användning; domstolens roll blir då snarare rättsbildning än rättsskipning". En intressant fråga i det sammanhanget är också vad som skall gälla vid tolkning och tillämpning av s.k. målsättningsparagrafer (som t.ex. 1 § socialtjänstlagen). Se härom Bruun & Wilhelmsson i SvJT 1983 s. 709, varom Peczenik i SvJT 1984 s. 459.

ligt sin ordalydelse och där allt annat än bokstavstolkning är förbjudet. Vilka tolknings- eller tillämpningsregler som gäller utanför zonen har Roos däremot inte haft anledning att diskutera. Men redan härigenom har han — som framgått — avlägsnat sig från den teleologiska metoden så som den tillämpas av Ekelöf; bl.a. blir ju reduktionsslut uteslutna. Roos verkar i vart fall inte vara radikalteleolog.[38]

Roos' utlåtande kan alltså undertecknas av extrema och försiktiga bokstavstolkare, liksom av försiktiga subjektivister och teleologer, men däremot inte av radikala subjektivister och teleologer. Frågan är nu till vilken av alla dessa kategorier beslutsfattarna i tingsrätten skall hänföras.

Tingsrätten anförde (efter att ha diskuterat rekvisitet "väsentligt inflytande"[39]) i den aktuella knäckfrågan, dvs. beträffande betydelsen av lokutionen "själv eller jämte":

> "På grund härav och då sonen Bengt Randau ensam ägt rörelsen finner TR:n enligt 12 § 3 st. första punkten förmånsrättslagen hinder föreligga för yrkad förmånsrätt (se bl.a. Walin-Rydin, Förmånsrättslag m.m., 1972, s. 103—104.) Inge Randaus förmånsrätt skall alltså ogillas."[40]

Beslutet innehåller, förefaller det, två "skäl" jämte en litteraturhänvisning, varav enbart den sistnämnda verkar utgöra ett stöd för utgången i målet. Påpekandet att sonen ensam ägt rörelsen, liksom hänvisningen till lagtexten, dvs. 12 § 3 st. första punkten, kan ju knappast utgöra argument för att yrkandet om förmånsrätt skall ogillas, även om bruket av orden "då" och "enligt" för den oinsatte kan ge intryck av att det här finns stöd för utgången. TR:s argumentation i dessa delar framstår snarare som skäl för motsatt utgång eller, om man bortser från småorden, enbart som en omformulering av knäckfrågan. Uttryckssätten förefaller — av referatet i NJA att döma —

---

[38] Ekelöfs ifrågavarande zon — "de ordinära fallen" — avgränsas ej av ordalagen på samma sätt som Roos' motsvarande område: även om det är fråga om situationer som "utan varje tvekan faller inom stadgandets språkliga betydelse" kan enligt Ekelöf (se t.ex. Rättegång I s. 59) ändamålsresonemang aktualiseras då "lämpligheten ... (av att följa lagtexten, min anm.) rent intuitivt framstår som tveksam." Ekelöf är alltså "radikalteleolog" i den meningen att lagtextens språkliga betydelse inte sätter några absoluta gränser för när ändamålsresonemang kan komma att aktualiseras. Jfr även ovan i not 37 samt betr. betydelsen av termen "radikalteleologisk" Peczenik, Rätten och förnuftet s. 257.

[39] Betr. frågan om "ägarandel" och "väsentligt inflytande" kan vara kommunicerande kärl i här aktuella situationer se NJA 1983 s. 713 (särskilt jr Hessler s. 718).

[40] Rättsfallet s. 745.

vara hämtade direkt från konkursförvaltarens argumentation i målet.[41] Återstår hänvisningen till litteraturen, i detta fall lagkommentaren i Norstedts "gula serie". Tingsrätten verkar hysa den metodologiska åsikten att då lagtext strider mot motiven gäller doktrinen. Doktrinens män och kvinnor har anledning att buga och tacka, de står tydligen enligt tingsrättens uppfattning för den viktigaste rättskällan, de väger tyngre än lag.

Eller är detta en förhastad slutsats; kanske intar bara *vissa* företrädare för rättsvetenskapen denna förnämliga position? Ja, det finns särskild anledning att göra den reservationen just i vårt fall. Rydin och Walin är onekligen stora auktoriteter på det här rättsområdet, inte minst till följd av att de båda i hög grad deltagit även i lagstiftningsarbetet, bland annat på det betänkande där lokutionen "är avsett att inbegripas" återfinns. Hänvisningen till litteraturen kan alltså i detta fall uppfattas som ett, visserligen indirekt, åberopande av lagstiftaren själv. Men om detta var avsikten är det märkligt att TR:n inte hänvisade direkt till betänkandet och propositionen; även departementschefen kan ju tänkas ha utövat visst inflytande i lagstiftningsärendet.

Norstedts gula och blå kommentarer författas i så hög grad av lagstiftare (i någon uppenbarelseform[42]) att man ibland kan misstänka att lagkommentar och motiv blandas ihop. Att kommentaren i det här fallet hänvisar vidare till förarbetena[43] utgör inget skäl för att enbart åberopa kommentaren. Risken för rundgång i rättskällorna ökar. Och den accentueras ytterligare i nästa upplaga av samma arbete;[44] där nämns inte längre motiven utan hänvisas enbart till just vårt rättsfall där kommentaren (i sin första upplaga) fick avgörande betydelse i tingsrätten. I den andra upplagan av den av "lagstiftaren" författade kommentaren åberopas alltså NJA 1980 s. 743 där man åberopar den

---

[41] Jfr ovan s. 37.

[42] Se härom Lindblom i not 16 a.st. — Att motiv och lagkommentar kan ha samma karaktär i rättskällehänseende (eller snarare som något annat än rättskälla) berörs av Ekelöf, En essay s. 37 med hänvisning till Strömholm a.a. Jfr även Schmidt (s. 264) som vad gäller domarens utnyttjande av motiven säger att kommentarer som härrör från dem som varit med vid lagens utarbetande "står särskilt högt i kurs".

[43] Jfr hovrättens beslut st. 5, återgivet nedan s. 46 f., och Elwing s. 150.

[44] Andra upplagan, 1982, s. 99 f.

första upplagan av den av lagstiftaren författade kommentaren där lagstiftaren åberopar sig själv![45]

Vad kunna vi då lära beträffande tingsrättens metodologiska grundsyn i kollisionssituationer? Jo, i vart fall att man ansåg sig kunna köra rakt över både klar lagtext och ett kategoriskt utlåtande av Roos (med påstående om "vedertagna grundsatser" på området) och detta utan annan argumentation än en hänvisning till den juridiska litteraturen. Tingsrätten är följaktligen inte bokstavstolkare, inte subjektivist (annat än möjligen indirekt) och om domstolen tillmätte ändamålsskäl någon betydelse så har det i vart fall inte fått komma till uttryck i skälen för tingsrättens beslut. Tingsrättens argumentationsteknik låter sig inte ordnas i gängse metodkategorier.

3.3 Hovrättens beslut

Om tingsrättens beslut möjligen kan betecknas som en aning tunt och ej helt övertygande ur logisk synpunkt måste bedömningen bli en annan då det gäller den argumentation som bestämde utgången i HovR (2–2 med ordförandens utslagsröst). Jag citerar, liksom vad gäller tingsrätten och högsta domstolen, beslutet oavkortat i här aktuella delar:

> "Inge Randau har inte ägt andel i sonens företag på det sätt som ordalagen i 12 § 3 st. 1 p. förmånsrättslagen utsäger. Tillämpad enligt sin ordalydelse skulle bestämmelsen inte lägga hinder i vägen för den av Inge Randau yrkade förmånsrätten. En sådan tillämpning skulle emellertid uppenbarligen leda till stötande resultat vid jämförelse med fall där arbetstagare har en helt obetydlig andel i konkursföretaget men närstående till honom ägt väsentlig andel i detta. Fråga uppkommer därför om förmånsrätt bör frånkännas arbetstagare även i situationer där inte han själv men närstående uppfyller det i bestämmelsen uppställda kravet på delägarskap i företaget.
>
> Ordalydelsen av det nu aktuella lagrummet ger vid handen att lagstiftaren tänkt sig två fall av delägarskap: det ena att arbetstagaren själv har väsentlig andel i företaget och det andra att han tillsammans med någon eller några närstående har sådan andel.

[45] Då Napoleon fick reda på att en rättslärd (Toullier) utgivit en kommentar till Code civil skall han ha fällt orden: "Mon code est perdu!" ("Min lag är förlorad"). Jag överlämnar till läsaren att avgöra om Rydin och Walin haft anledning att hysa motsvarande farhågor.

Det senare fallet kan från rent språklig synpunkt knappast innebära annat än att arbetstagaren själv har viss andel, låt vara att den kan vara obetydlig, och att hans närstående har ytterligare andel i företaget. Tillsammantagna skall delägarnas intressen kunna rubriceras som "väsentlig andel" för att undantagsregeln skall tillämpas.

Mot den tydning av den aktuella bestämmelsen som dess ordalydelse utvisar talar emellertid det syfte som ligger bakom denna. Avsikten med undantagsregeln har varit att befästa och i någon mån skärpa en tidigare praxis, enligt vilken personer med väsentligt intresse i och bestämmande inflytande över ett företag fränkänts förmånsrätt i företagets konkurs (jfr 100a § konkurslagen i dess äldre lydelse). Personer i nämnda kategori har ansetts mindre ha ställning av arbetstagare än egna företagare (se Adlercreutz, Arbetstagarbegreppet s. 340). Den praxis som bestämmelsen faller tillbaka på ger exempel på fall där förmånsrätt uteslutits för den som på grund av närståendes aktieinnehav intagit en dominerande ställning i ett konkursbolag. I NJA 1938 s. 492 ansågs sålunda verkställande direktör (tillika styrelseledamot) för ett aktiebolag, av vars 600 aktier 548 tillhörde hans hustru och 3 honom själv, med hänsyn till det intresse makarna haft i bolaget och det inflytande de utövat på dess verksamhet inte böra åtnjuta förmånsrätt för lönefordran som bevakats i bolagets konkurs. Adlercreutz synes — under hänvisning till bl.a. detta rättsfall — tolka tidigare praxis så att ett arbetstagarförhållande inte ansetts föreligga såvitt angår sådan person, som på grund av sitt — eller eventuellt närståendes — aktieinnehav utövat ett bestämmande inflytande över aktiebolaget (a. a. s. 343 och 344). Denna tolkning torde utgå från att det spelar en underordnad roll vem som formellt står för aktieinnehavet, om aktierna tillhör "familjen".

Vad som sagts hittills har främst tagit sikte på förhållandena vid delägarskap i aktiebolag. Bestämmelsen i 12 § 3 st. 1 p. förmånsrättslagen skiljer dock inte mellan olika typer av företag utan talar om "näringsidkare" för att beteckna konkursgäldenären. Det spelar således ingen roll om gäldenären drivit sin rörelse i form av juridisk person eller såsom fysisk person. Vid tillämpningen av den aktuella bestämmelsen kan emellertid formen för rörelsens bedrivande få viss betydelse. Är det fråga om en näringsidkare som ensam ägt rörelsen, är delägarskap i praktiken uteslutet. Undantagsbestämmelsen skulle då inte bli tillämplig i ett fall som det nu förevarande. En sådan tolkning strider emellertid klart mot syftet med bestämmelsen (se även Walin-Rydin, Förmånsrätts-

lagen m.m. s. 103). Eftersom också av fysisk person ensam driven rörelse bör falla under lagrummet, utgör det i sin mån ett stöd för att uttrycket "jämte närstående" bör omfatta även den situationen att löneborgenären inte formellt är delägare men honom närstående äger företaget.

Förarbetena till bestämmelsen ger så till vida ett entydigt svar på den nu diskuterade frågan att lagberedningen i sitt betänkande Utsökningsrätt IX Förmånsrättsordning m.m. klart redovisat att bestämmelsen är avsedd att omfatta också det fallet att arbetstagaren själv inte hade någon andel men hans närstående ägde väsentlig andel i konkursföretaget (se SOU 1969:5 s. 151). Beredningens inställning är också förklarlig från dess allmänna utgångspunkt att bestämmelsen bygger på dåvarande rättspraxis (jfr SOU 1969:5 s. 148 not 9). Beredningens tolkning har godtagits av regeringen och riksdagen. I prop. 1970:142 har redovisats det motivuttalande av beredningen som nu är aktuellt, och departementschefen har uttryckligen sagt sig i allt väsentligt kunna ansluta sig till beredningens uttalanden (se prop. s. 129 och 137). Lagrådet har granskat förslaget utan att ha någon erinran. Riksdagen har till följd av en motion haft särskild uppmärksamhet på bestämmelsen (se ILU 1970:80 s. 45). Mot den bakgrunden har lagstiftarens avsikt uppenbarligen varit densamma som beredningens i berörda del.

Vad sålunda anförts talar starkt för att lönefordran inte bör förenas med förmånsrätt när arbetstagaren visserligen inte själv har någon andel i företaget men hans närstående äger företaget eller har väsentlig andel i detta. Även om lagtexten inte har utformats i överensstämmelse härmed, bör bestämmelsen därför tillämpas på det sätt som har förutsatts vid dess tillkomst.

På grund härav föreligger hinder för att tillerkänna Inge Randau yrkad förmånsrätt. Hans talan skall därför ogillas.

Slut. HovR:n fastställer det slut som TR:ns beslut innehåller."[46]

Här är det lättare att få ett begrepp om beslutsfattarnas metodologiska hemvist. Objektiv lagtolkning, bokstavstolkning, är det uppenbarligen inte fråga om; skälen leder ju fram till en utgång som står i direkt strid med lagtexten.[47] Och visst är det mycket i beslutet som bär starka drag av en rent subjektiv metod: "lagstiftaren

[46] Rättsfallet s. 745 ff.

[47] Att HovR:n anser utgången strida mot lagtexten framgår i st. 1 (rad 2–3) och st. 6 (rad 4) i dess ovan återgivna beslut.

tänkt sig" (st. 2), "det syfte som ligger bakom", "avsikten har varit" (st. 3), "syftet med bestämmelsen" och hänvisningarna till Walin-Rydin (st. 4), "förarbetena ... ger ... ett entydigt svar",[48] den utförliga redogörelsen för hela lagstiftningsärendet och "lagstiftarens avsikt uppenbarligen varit" (st. 5) samt slutsatsen i st. 6: "även om lagtexten inte har utformats i överenskommelse härmed, bör bestämmelsen därför tillämpas på det sätt som har förutsatts vid dess tillkomst". Mycket tydligare kan inte en subjektiv grundinställning uttryckas, ambitiösare kan inte gärna domen skrivas ur subjektiv synpunkt.

Men om nu HovR:n anser att ett klart motivuttalande tar över lagtext, varför då denna — i jämförelse med TR:n — oerhört grundliga genomgång av nära nog allt material i frågan? Och HovR:n inskränker sig inte till en ren genomgång av förarbetsuttalanden; man går ännu längre tillbaka och redogör för praxis före den nya lagens tillkomst samt diskuterar vilka effekter, konsekvenser, som följer av om regeln tolkas på det ena eller andra sättet, så i st. 1 ("leda till stötande resultat") och i det — något egenartade — resonemanget i slutet av st. 4 (där man enligt min mening förutsätter vad som skall bevisas). Och i slutet av beslutet (st. 6) sammanfattar HovR:n resonemanget med att "vad sålunda anförts talar starkt för". Man får intrycket att den subjektiva metoden kan tillämpas i strid med klar lagtext endast om det finns *ytterligare* skäl — utöver det mest brännande motivuttalandet — för en sådan avvikelse. Är det kanske så att HovR:n tillämpar *både* en subjektiv *och* en teleologisk metod och att det är en nödvändig förutsättning för att kunna gå mot klar lagtext att såväl motiven som ändamålsskäl talar för en sådan utgång, "två slår den tredje"? Är hovrättens beslut uttryck för den — säkerligen ganska vanliga[49] inställningen att inte se tolkningsmetoderna som *alternativ* utan som *komplement*: man gräver fram alla argument man kan finna oavsett metodologiskt ursprung och företar sedan en helhetsbedömning där några principiella prioriteringar mellan t.ex. subjektiv och objektiv lagtolkning inte företas eller i vart fall inte redovisas (med undantag för sedvanliga bugningar i riktning mot lagtexten)? Har HovR:n begagnat flera metoder samtidigt eller — bättre uttryckt — använt en "kombinationsmetod"?

---

[48] Jfr ovan i not 25.

[49] Jfr Klami s. 41.

Ja, det kan möjligen förhålla sig på det viset; det mesta talar enligt min mening för att HovR:n i vart fall *inte* tillämpat en teleologisk metod i Ekelöfs anda, dvs. en *objektiv* teleologisk metod. HovR:n verkar fästa sig blott vid sådana ändamål som lagstiftaren haft som syftemål. Det är alltså snarare fråga om "intent" än "effects"; åtminstone verkar förekomsten av "intent" vara en förutsättning för att effekterna skall bedömas vara relevanta. Man skulle däremot kunna säga att HovR:n tillämpat en *subjektiv teleologisk metod* och det är nog något som förekommer i ganska vida kretsar.[50] HovR:n skulle troligen — men här blir det åter fråga om en gissning — inte finna andra ändamål relevanta än de ändamål lagstiftaren använt som syftemål.[51] Man ägnar sig följaktligen åt tolkning av både lagtext och motiv, en tolkning som i stora delar har en "historisk" karaktär,[52] vilket kännetecknar den subjektiva metoden i motsats till den teleologiska rättstillämpning Ekelöf förordar då lagens *faktiska* effekter i typsituationer, inte av lagstiftaren uppgivna effekter, tas till utgångspunkt för bedömandet av de svårbedömbara fallen.[53] Att inget försök görs att utröna lagens effekter i typfallen tyder på att en subjektiv och inte objektiv teleologisk metod kommit till användning. Det hindrar naturligtvis inte att beslutet ger ett synnerligen gediget intryck.

3.4 Dissidenterna i HovR:n samt föredraganden och dissidenterna i HD

Det förefaller finnas en gemensam argumentationslinje i vad som anförs av dissidenterna i HovR:n samt av föredraganden i HD (och därmed även av dissidenterna där).[54] De stannar alla för utgången att lagen skall tillämpas enligt sin ordalydelse och Inge följaktligen tillerkännas yrkad förmånsrätt. Hovrättsdissidenterna skriver i den delen:

> "I förarbetena till lagen har visserligen uttalats att även det fallet att arbetstagaren själv ej hade någon andel men hans närstående hade väsentlig andel är avsett att inbegripas. *Lagbestämmelsen är*

[50] Jfr Bengtssons uttryckssätt i SvJT 1987 s. 236 f: "Ett ändamålsresonemang *byggt på motiven* hjälper inte långt, knappast heller *någon annan teleologisk* metod..." (min kurs.).

[51] Jfr ovan i not 18.

[52] Jfr Ekelöf, En essay s. 10.

[53] Se ovan s. 35 f.

[54] Dissidenterna gillade föredragandens betänkande, rättsfallet s. 749.

> *emellertid av sådan art* att det ej kan anses befogat att utsträcka dess tillämpningsområde till fall som enligt lagtexten ej omfattas av bestämmelsen. Vid nu angivna förhållanden skall Inge Randau ha yrkad förmånsrätt."[55]

Och föredragandens betänkande i HD lyder i här aktuella del:

> "Att bl.a. uttalanden i en lags förarbeten utnyttjas i samband med tolkning av en måhända avsiktligt i allmänna ordalag utformad lagtext torde numera vara allmänt godtaget. Också analog lagtillämpning i icke lagreglerade situationer är i princip vedertagen och i vissa fall förutsedd eller förutsatt av lagstiftaren. En tolkning som lagtexten enligt ordalydelsen utesluter kan emellertid *inte accepteras från rättssäkerhetssynpunkt*. I förevarande fall måste därför, trots det åberopade motivuttalandet, förmånsrätt kunna göras gällande."[56]

En rimlig gissning är nog att dissidenterna i HovR:n med uttrycket "(l)agbestämmelsen är ... av sådan art" avsett att anknyta till bl.a. just sådana "rättssäkerhetssynpunkt(er)" som man har anledning förutsätta att föredraganden och dissidenterna i HD hade i åtanke och att det i båda fallen varit behovet av förutsebarhet som åsyftats.[57] I motsats till andra människor menar ju jurister med rättssäkerhet framförallt just förutsebarhet. En skillnad mellan minoriteternas uppfattning i HovR:n och HD kan dock vara att man i HovR:n anser att förutsebarhet i form av bokstavstrohet krävs just i fall av förevarande *art* medan betänkandet i HD är formulerat på ett mera generellt sätt, mera erinrande om den grundsats Roos stöder sig på i sitt utlåtande i tingsrätten.

Dissidenterna i HD uttalade — via hänvisningen till föredragandens betänkande — som sin mening att såväl subjektiva inslag i form av hänsynstagande till motiven som kanske teleologiska i form av analo-

---

[55] Rättsfallet s. 747. Betr. kursiveringen se ovan i not 3.

[56] Rättsfallet s. 748. — Betänkandet lyder i sin helhet i här aktuella del: "Det är ostridigt i målet att Inge Randau inte ägde någon andel i sonens företag. I den mån *undantagsregeln* i 12 § 3 st. förmånsrättslagen läses efter ordalagen kan den därför inte anses utgöra något hinder mot att tillerkänna honom yrkad förmånsrätt.

Domstolarna har emellertid grundat sina avgöranden huvudsakligen på uttalanden i förarbetena (SOU 1969:5 s. 151 och Prop. 1970:142 s. 120) av innehåll att även det fallet att en arbetstagare själv inte hade någon andel men närstående hade väsentlig andel i företaget är avsett att omfattas av undantagsbestämmelsen. Att ... se vidare ovan i text ... gällande".

[57] En annan förklaring är regelns undantagskaraktär, jfr dock nedan i det följande, ytterligare en förklaring är regelns sociala skyddskaraktär, nedan vid not 60 ff.

gier i och för sig är acceptabla ("också analog lagtillämpning") men inte då utgången strider mot klar lagtext. Man mutar in en skyddszon på ett liknande sätt som Roos[58] och verkar liksom denne ha mycket svårare att acceptera reduktionsslut än analogier. Sympatier för en radikalteleologisk rättstillämpning i Ekelöfs anda går alltså inte att belägga här heller.

Man frågar sig nu om uttrycket (bestämmelsens) "art" i hovrättsdissidenternas beslutsskäl kan kopplas till termen "*undantagsregel*" i HD-betänkandet (se text i not 56) och om avsikten — i HovR:n och/eller HD — i så fall var att begränsa analogiförbudet till just denna regelkategori. Det förefaller dock svårt — förutom det långsökta i kopplingen i och för sig — att finna logiskt hållbara skäl för att just undantagsregler skall ges en mer bokstavstrogen tillämpning än andra; ofta är det väl bara en formuleringsfråga vad som uppställs som huvudregel och vad som formuleras som undantag.[59]

Nej, en bättre gissning är nog att man med bestämmelsens "art" (utöver rättssäkerheten) syftar på det aktuella rättsområdet eller på regelns särskilda karaktär i något annat hänseende än det rent formuleringsmässiga. Vad som kommer i åtanke är då att särskilda legalitetskrav i form av bokstavstrohet brukar anses gälla inom straffrätten[60] och kanske också i andra sammanhang då den enskilde står mot samhället och utgången har stor betydelse för hans framtida ekonomiska eller sociala position.[61] Tankar på sådana särskilda tolkningshänsyn inte bara inom straff-, förvaltnings- och skatterätten utan även inom delar av civilrätten har framförts av Hessler, som anför:

---

[58] Jfr ovan s. 42 f.

[59] Jfr Lindblom i SvJT 1973 s. 568. — Vidgar man perspektivet kan man kanske säga att stadganden om förmånsrätt utgör undantag från de regler som gäller för fordringar i allmänhet och att således 12 § 3 st. utgör ett undantag från undantagen. Att dra slutsatser i sak av den här sortens etikettering framstår dock som en slags semantisk begreppsjurisprudens av föga tilltalande slag.

[60] Se t.ex. Thornstedt i Festskrift för Herlitz s. 319 ff.

[61] Se t.ex. Lindencrona i Festskrift till Thornstedt s. 502 och Bramstång i Förvaltningsrättslig Tidskrift 1985 s. 13, jfr dock Bergström s. 18 ff. som anser att både gynnande och betungande regler bör tolkas "normalt" inom regeringsrättens kompetensområde. Se även Agell (SvJT 1978 s. 360 f.) som i en recension av Lavins arbete (1977) om bidragsförskottsinstitutet varnar för en generellt extensiv tillämpning av sociala regler till den sökandes förmån utan att syftet med varje enskild bestämmelse noga övervägs. Agells uttalande skall ses mot bakgrund av att Lavin i det recenserade arbetet förespråkar en dylik extensiv tillämpning till den sökandes förmån i vissa fall, åtminstone om inte resultatet blir till nackdel för tredje man (Lavin s. 20 f.), jfr även HD nedan vid not 64.

> "Regler, som är av djupt ingripande betydelse för den enskilde, som skall normera och forma hans arbetsmöjligheter, bör alldeles oavsett i vilken ordning tillämpningen av dem skall ske, ges i sådan form att den enskilde utan svårighet kan få klarhet om dem. Särskilt förefaller detta vara av vikt på det område vi nu rört oss, fastighetsrätten. Där är det både för den enskildes personliga del och för hans möjligheter att kunna iakttaga vad det offentliga i många andra hänseenden kräver av honom ett vitalt intresse, att han kan planera sitt handlande och sin verksamhet."[62]

Det vore förvisso värt en ingående undersökning vilka områden av t.ex. civil- och processrätten som är sådan "art" att kraven på förutsebarhet bör sättas speciellt högt och analogi- och reduktionsslut följaktligen ske med särskild försiktighet.[63] Ett analogiförbud till den enskildes nackdel skulle i vårt fall kunna försvaras med att den aktuella förmånsrätten har en social skyddsfunktion, vilket betonas av lönegarantin, som framstår som en nära nog offentligrättslig förmån. Staten ansvarar för att lönen betalas ut och även om pengarna tas in via särskilda arbetsgivaravgifter (och inte av skattemedel i vanlig bemärkelse) och staten har regressrätt är situationen tämligen parallell med den som råder vid sociala förmåner av annat slag.[64] Att hänsyn kan tas till sådana synpunkter vid tillämpningen av bestämmelsen i 12 § 3 st. kom till uttryck i ett senare HD-avgörande (NJA 1983 s. 713) där HD — enhälligt — konstaterade:

> "Vid tolkningen är vidare att beakta, att bestämmelsen innebär en inskränkning av en socialt betingad förmånsrätt och att därför *återhållsamhet vid tillämpningen* är påkallad."[65]

Skulle utgången i vårt fall ha blivit en annan om en motsvarande inställning dominerat i HD även 1980? Kanske prejudikatvärdet av det rättsfall den här uppsatsen handlar om minskat i och med NJA 1983

---

[62] Hessler i SvJT 1957 s. 248.

[63] Vad gäller processrätten kommer t.ex. regler om frister och straffprocessuella tvångsmedel omedelbart i åtanke, jfr Ekelöf, Rättegång I s. 62. — De som förordar en subjektiv metod där stor vikt ges åt motivuttalanden anför ofta just ökad förutsebarhet som ett argument härför (se t.ex. Larsson i Festskrift till Thornstedt s. 451 och Förhandlingarna vid det 31 nordiska juristmötet s. 303 och 308). Att då förorda att motiv skall ta över klar lagtext är naturligtvis omöjligt och de flesta subjektivister torde också göra halt vid klar lagtext (se t.ex. sist a.st. och ovan i not 12 anförd litteratur).

[64] Betr. lönegaranti se SOU 1986:9. Vad gäller regressrätten se nedan vid not 67.

[65] Rättsfallet s. 716. — Målet gällde främst innebörden av lokutionen "väsentlig andel" och NJA 1980 s. 743 tillhör *inte* de rättsfall som tas upp under rubriken till NJA 1983 s. 713.

s. 713? Eller vägdes hänsyn av det här slaget in redan i vårt fall? Ja, dissidenterna (justitieråden Mannerfelt[66] och Palm som — konsekvent nog — var de enda i 1980 års rättsfall som även deltog i 1983 års enhälliga, nyss citerade, uttalande) fäste ju, som framgått ovan, stor vikt vid sådana hänsyn, medan motsvarande synpunkter åtminstone inte explicit kommer till uttryck i majoritetens nedan återgivna votum.

Trots att syftet med den här uppsatsen inte är att diskutera utgången i målet i sak må det kanske tillåtas mig att i förbigående antyda stark sympati för det slut dissidenterna i HovR:n och HD kom till. Tillerkänns arbetstagaren inte förmånsrätt går han — de lege lata — även miste om lönegarantin och blir sannolikt utan pengar. Återhållsamhet vid tillämpningen bör, som HD anförde i det senare målet, vara utgångspunkten vid tillämpning av en regel som inskränker en socialt betingad förmånsrätt; kravet på förutsebarhet bör sättas högt vid tillämpning av regler av här aktuellt slag. Att tredje man — de oprioriterade borgenärerna — eventuellt kan komma att beröras regressvis av att förmånsrätt medges kan möjligen anföras som skäl mot att *utöka* kretsen av förmånsberättigade utöver vad som klart framgår av lagtexten.[67] Men att låta enbart dylika hänsyn föranleda en "onormal" tillämpning i andra riktningen, dvs. att *undanta* fler personer från förmånsrätt för lön än lagtexten ger uttryck för, framstår som en extrem betoning av de även i övrigt vanligen ovissa tredjemansanspråk det här gäller. Konkursen drabbar normalt arbetstagare hårdare än andra borgenärer eftersom möjligheterna till riskspridning är begränsade[68] samtidigt som lönefordringen är av central betydelse för arbetstagarens ekonomi och planeringsmöjligheter.

Några starka ändamålsskäl som talar emot att följa lagtextens ordalydelse verkar inte finnas. Risken för missbruk av förmånsrätten

---

[66] Det har sitt intresse att Mannerfelt även stod bakom de explicita avståndstagandena från motiven i NJA 1975 s. 32 och 64. I det förstnämnda uttalandet deltog för även justitieråden Hessler och Gyllensvärd, den sistnämnde ingick i majoriteten i NJA 1980 s. 743. Betr. Palms grundsyn se även NJA 1985 s. 285 f. Vad gäller Hessler förtjänar nämnas att han — liksom Welamson — deltog som sakkunnig i arbetet på SOU 1969:5 där de i NJA 1980 s. 743 aktualiserade, oförenliga, lagtext- och motivuttalandena först presenterades.

[67] Se ovan i not 61, jfr dock även nedan i not 72.

[68] Jfr Håstad, Sakrätt (3:e uppl. 1987) s. 120 — argumentet gäller dock givetvis endast så länge lönegarantin är kopplad till förmånsrätten.

bör hellre mötas på andra sätt (t.ex. genom 5:2 Konkurslagen[69] återvinningsregler och — de lege ferenda — bulvanbestämmelser) än med en analog tillämpning som sätter rättssäkerheten på spel inom ett område av oerhörd betydelse för den enskildes trygghet och möjlighet till planering; lönen utgör ju grunden för de flesta människors materiella existens. Att utsträcka undantagsregelns tillämpningsområde till alla närstående oavsett egen ägarandel kan också få till konsekvens att man försvårar för familjeföretag i tillfällig ekonomisk kris;[70] släktingar med inflytande på skötseln av företaget skulle inte kunna stanna kvar i företaget om löneutbetalningen dröjer eftersom de saknar den förmånsrätt och lönegaranti som de skulle vara berättigade till på en annan arbetsplats. En sådan fanflykt är i allmänhet till skada för företaget och därmed för samtliga dess anställda och övriga borgenärer. Vidare hotas familjemedlemmarnas inbördes oberoende i strid med bl.a. den allmänna utvecklingen bort från sambeskattning i olika former. Löjeväckande korsvisa anställningar mellan familjeföretag på samma ort kan — åtminstone teoretiskt — komma att illustrera regelns irrationalitet.

Det framstår som en fördel ur förutsebarhetssynpunkt att den som vill bibehålla sin ställning som arbetstagare och sitt oberoende av släktens ägarandelar kan göra detta åtminstone genom att *helt* avstå från att skaffa sig eget ägarinflytande. Vill lagstiftaren undanta även totalt ägarandelslösa släktingar från förmånsrätt borde detta sägas ut klart i lagtext så att det finns en rimlig chans till förutsebarhet. Att en sådan heltäckande undantagsregel är språkligt möjlig är självklart och framgår av annan lagstiftning, att den skulle bli något mindre smidig än den nu gällande borde vara en uthärdlig nackdel i sammanhanget.[71]

---

[69] Jfr dock formuleringen i Konkurslagen 4:3 st. 2 p. 2. Specialmotiveringen inskränker sig till en hänvisning till 4 kap. 3 § KL — förslaget och § 29a i den äldre KL (se prop. 1986/87:90 s. 214).

[70] Jfr Håstad s. 121 och 290 samt Welamson, Konkurs (7:e uppl. 1980) s. 72 m. hänvisning till SOU 1970:75 s. 137 ff. och prop. 1975:6 s. 198 ff. ang återvinning. — Skulle företaget gå i konkurs återanställs ofta nyckelpersoner av här aktuellt slag för att leda företaget vid drift under (och eventuellt efter) konkursen. Deras löneanspråk blir då en massafordran. Det förefaller föga tilltalande att anställda i nyckelpositioner skall behöva söka sina släktingars företag i konkurs för att säkra sina löneanspråk; i vart fall vid återanställning torde borgenärerna knappast vinna ekonomiskt på företagsledarens bristande förmånsrätt för lönekostnaderna och de skador konkursen medför för drift- och kreditmöjligheter överstiger säkert förfallna icke utbetalda löner för personerna i ledningen.

[71] Jfr t.ex.: 1 kap 2 § Aktiebolagslagen. Att lagstiftaren framhärdar i sin här kritiserade formulering framgår dock av 4:3 st. 2 p. 2 i den rykande färska Konkurslagen (jfr ovan not 69).

Låt mig sammanfattningsvis konstatera att det givetvis finns vissa skäl för en analogi av det slag som förordas i motiven och i hovrättsmajoritetens beslut. Åtminstone vid en objektiv teleologisk rättstillämpning kan man dock finna minst lika starka skäl för motsatt ståndpunkt. Att i detta läge frångå klar lagtext strider mot de minimikrav på förutsebarhet som bör gälla vid socialt betingade skyddsregler av det slag det här gäller.

Dissidenterna i HovR:n samt dissidenterna och föredraganden i HD tar alla avstånd från tillämpning av en så radikal subjektiv metod som skulle leda till förlust av förmånsrätt i strid med lagtexten. Om deras vota sedan skall ses som uttryck för bokstavstolkning eller teleologisk rättstillämpning (eller rent av en försiktig subjektiv metod) är väl inte helt klart. Åtminstone vissa drag av ändamålsresonemang finns dock med; det är viktigt att erinra om att rättssäkerhet i form av förutsebarhet kan väga tungt också enligt Ekelöfs radikalteleologiska metod.[72]

Nu återstår det roligaste: Hur resonerade HD:s majoritet? Vilken rättstillämpningsmetod kom till användning? Utgången har den insiktsfulle redan kunnat räkna ut motsättningsvis via dissidenternas vota.

3.5 Majoriteten i HD

HD:s beslut lyder i här aktuella del:

> "Inge Randau har för sin fordran yrkat förmånsrätt enligt 12 § förmånsrättslagen (1970:979). Konkursboet har bestritt yrkandet om förmånsrätt under åberopande av bestämmelsen i 12 § 3 st. första meningen förmånsrättslagen. I den bestämmelsen, som är tillämplig när gäldenären är juridisk person eller näringsidkare, föreskrives att arbetstagare som själv eller jämte närstående ägde

[72] Ekelöf (En essay s. 19) är beredd att gå mot ett klart motivuttalande redan vid oklar lagtext och bör följaktligen ha ännu lättare att döma i strid med motiven om lagtexten talar *för* den ståndpunkt som framgår av lagens ändamål; han anser f.ö. (a.a. s. 37) att motiven inte utgör en självständig rättskälla på samma sätt som praxis. — Vad gäller Ekelöf och förutsebarheten se t.ex. densamme Rättegång I s. 62 och En stycke vetenskapshistoria s. 271, där han beträffande tillämpningen av straffstadganden anför: "Ett viktigt ändamål är ju här, att medborgarna skall kunna utläsa var gränsen går mellan tillåtet och otillåtet. Detta kan motivera att straffstadganden tillämpas inte blott e contrario utan även restriktivt inom det semantiskt obestämbara området — *också om det framgår av motiven, att lagens upphovsmän menat att situationer av föreliggande typ faller inom stadgandets innebörd.*" (Betr. kursiveringen se ovan i not 3.)

väsentlig andel i gäldenärsföretaget och som hade väsentligt inflytande över dess verksamhet inte skall ha förmånsrätt enligt 12 §.

Såsom domstolarna funnit måste Inge Randau under den tid han varit anställd i gäldenärsföretaget anses ha haft väsentligt inflytande över företagets verksamhet.

Inge Randau ägde inte själv någon andel i gäldenärsföretaget. Detta ägdes i sin helhet av en närstående till honom, nämligen sonen Bengt Randau.

Bestämmelsen i 12 § 3 st. första meningen förmånsrättslagen är enligt förarbetena avsedd att omfatta också det fallet att arbetstagaren inte själv ägde någon andel i gäldenärsföretaget men hans närstående ägde väsentlig andel däri. I målet har fråga uppkommit, huruvida den sålunda i förarbetena förutsatta innebörden går att utläsa av lagtexten. Tydligt är att lagtexten bl.a. ger uttryck för principen att man vid bedömande av hur stort ekonomiskt intresse arbetstagaren hade i gäldenärsföretaget skall tillmäta företagsandelar tillhöriga arbetstagarens närstående samma betydelse som om de tillhört arbetstagaren själv. Lagtexten ger också vid handen, att principen naturligt nog skall komma till användning först när arbetstagaren inte själv ägde en väsentlig andel av företaget. Detta är förhållandet dels när arbetstagaren väl ägde andel i företaget men denna inte utgör en väsentlig andel därav dels när arbetstagaren själv inte ägde någon andel alls i företaget. Lagtexten utvisar, att principen skall tillämpas i förra fallet, men berör inte uttryckligen frågan om principens tillämplighet i det senare fallet. Eftersom de synpunkter som uppbär principen uppenbarligen gör sig gällande med samma styrka i båda fallen, ligger det närmast till hands att underförstå, att principen skall gälla också i det senare fallet. Att bestämmelsen skulle göra en grundläggande skillnad exempelvis mellan det fallet att arbetstagaren själv ägde en procent och hans närstående 99 procent och det fallet att arbetstagaren inte själv hade någon andel men hans närstående ägde hela företaget kan hållas för uteslutet. Även andra omständigheter är i detta sammanhang av intresse. Av lagtexten framgår sålunda, att den aktuella bestämmelsen äger tillämpning bl.a. när gäldenären är näringsdrivande fysisk person. Det vanliga är då att företaget i sin helhet ägs av näringsidkaren själv och att arbetstagaren sålunda inte har någon andel i företaget.

Med hänsyn till det anförda får av lagtexten anses framgå att ifrågavarande bestämmelse är tillämplig också när arbetstagaren

själv inte ägde någon andel i gäldenärsföretaget men hans närstående ägde väsentlig andel däri. Denna tolkning står såsom anförts också i överensstämmelse med förarbetena.

Slut. HD Fastställer det slut vartill HovR:n kommit."[73]

Beslutet framstår som nära nog upphetsande, i vart fall i jämförelse med mycket annat på det juridiska området. Åtminstone två saker faller läsaren i ögonen redan vid den första anblicken: att utgången framställs som så självklar och den argumentationstekniska dubbelsaltomortal — med skruv! — som genomförs under resans gång.

Om man jämför med alla andra som yttrat sig i målet vänder HD på steken och formulerar (st. 2) problemet inte som en fråga om vad som skall gälla då klar lagtext strider mot klara motiv utan som en fråga om "den ... i förarbetena förutsatta innebörden går att *utläsa av lagtexten*"! För att detta skall bli möjligt måste först knäckfrågan föras upp på ett mera allmänt, principiellt, plan och redan i startögonblicket formuleras denna princip på ett sådant sätt att den slutliga utgången blir given: det påstås (st. 2) att det är "*tydligt* ... att lagtexten bl.a. ger uttryck för *principen* att man ... skall tillmäta företagsandelar tillhöriga arbetstagarens närstående *samma betydelse* som om de tillhört arbetstagaren själv". Man konstaterar senare att "lagtexten ... inte uttryckligen berör om principen" skall tillämpas även i vårt fall. Lagtexten abstraheras till en princip för att inte verka passa in på ett fall som klart täcks av textens ordalydelse. Och då slår HD, utan argument, fast att "de synpunkter som uppbär principen *uppenbarligen* gör sig gällande med samma styrka" i vårt fall som då arbetstagaren har ägarandel. Vi andra hade ju trott att det var just detta som skulle diskuteras. Men icke så, HD nämner inte ens *vilka* "synpunkter som uppbär principen" utan hamrar in att det "kan hållas för *uteslutet*" att skillnad skall göras mellan det fallet då arbetstagaren innehar ägarandel och då han inte innehar någon ägarandel alls.

"Tydligt", "uppenbarligen" och "uteslutet"; HD förefaller ha behov av att arbeta upp en självsuggestion. I det extatiska ögonblick då detta lyckats transsubstantieras så den generellt formulerade principen tillbaka till det aktuella fallet — fortfarande utan att de synpunkter som uppbär principen redovisas — och det konstateras i sista stycket att det "*av lagtexten*" (!!!) får anses framgå att undantags-

[73] Rättsfallet s. 748 f.

regeln är tillämplig. En tolkning, som enligt dissidenterna i HD "lagtexten enligt ordalagen *utesluter*" (samma ord — "hållas för uteslutet" — som majoriteten nyss använt för motsatt ståndpunkt) får alltså "anses framgå av lagtexten". Det är inte dåligt! När så kulmen är nådd konstateras — mera upplysningsvis och utan att det verkar behövas för att verifiera den redan fasthamrade tesen — att denna "tolkning ... också (står) i överensstämmelse med förarbetena". Medge att detta är ett nummer i den högre skolan!

Jag har länge ansett att HD-majoritetens resonemang är ett paradexempel på en inverterad bokstavstolkning som går utanpå det mesta, fullt i klass med Olaus Petris inledningsvis refererade förvandlingsnummer där "beskriven lag efter orden "blott" *synes* annorlunda lyda".[74] När jag nu tänker mer på saken i avsikt att till Lars Welamsons förnöjelse försöka inordna resonemanget i de metodkategorier som diskuterats i det föregående finner jag emellertid att argumentationen — i god retorisk tradition — nog är betydligt mera metodologiskt medveten och utstuderad än man kan tro då man slår huvudet i de mest paradoxala partierna ("framgå av lagtexten"). Idén att lagtexten "inte uttryckligen berör frågan..." verkar i förstone rent utmanande, men är kanske, vid en närmare analys än den jag förmår företa, välfunnen och betydelsefull för HD. Möjligen kan man säga att vårt fall är oreglerat; det skulle alltså inte vara den i lagtexten fixerade regeln som är tillämplig utan en annan, en ny norm som måste konstrueras fram. Men det förefaller föråldrat att hävda att en regel är tillämplig blott då den däri anvisade rättsföljden inträder.[75] Och slutresultatet av HD:s resonemang blir ju paradoxalt nog att den i 12 § 3 st. 1 punkten aktuella rättsföljden — förlust av förmånsrätt — skall inträda och att detta anses framgå av lagtexten.

Nej, intressantare är att det också går att driva åsikten att HD:s sätt att argumentera "i själva verket" alls inte är uttryck för en inverterad bokstavstolkning utan snarare ett (av få) exempel på en i sina huvuddrag strikt tillämpning av Per Olof Ekelöfs radikalteleologiska metod! Om vi bortser från utanverken gör ju HD just vad Ekelöf anbefaller: ur de effekter som följer av en tillämpning av regeln i typfallen induceras en generell norm ("principen"). Man anser att stadgandets funktion eller ändamål är att tillägga släktingars ägar-

[74] Se ovan s. 34.

[75] Se Lindell, Sakfrågor och rättsfrågor (1987) s. 26 ff.

inflytande samma betydelse som arbetstagarens eget. (Varför så skall ske, skälet för att förmånsrätt för lön inte bör föreligga, antas kanske vara självklart). Det aktuella fallet subsumeras därefter under den generella normen — "principen" — varvid en speciell norm ("egen andel krävs ej") deduceras ur den generella och appliceras på det svårbedömbara fallet. Slutresultatet anses så harmoniera med den generella normen; tillämpningen i det enskilda fallet bidrar till ett — tycker HD kanske — harmoniskt helhetsresultat.

Vi som gillar Ekelöfs metod borde alltså vara nöjda. Här verkar också finnas en metodologisk medvetenhet som tillåter att resonemanget kan placeras in i en viss fålla.

Men stopp! Det går ju inte att komma förbi att vissa erinringar kan framställas mot HD:s beslut — och detta även om man (i motsats till mig) är beredd att godta slutresultatet. Nog går det väl ganska hastigt bitvis, nog verkar det som om majoriteten hoppar på tuvor över ett gungfly i vissa passager? Och varför anlägger HD ett så högt tonläge ("tydligt", "uppenbarligen ... samma styrka", "uteslutet" etc.)? Ja, det kan möjligen ha psykologiska orsaker; den som är osäker på sin sak vill gärna höja rösten. Frågan i målet är ju just om "de synpunkter som uppbär principen gäller med samma styrka" i vårt fall, en fråga HD nu slinker förbi med hjälp av ordet "uppenbarligen" utan att ange vare sig vilka synpunkter det gäller eller varför de äger samma relevans.

Och varför — det är kanske det mest uppseendeväckande — känner HD ett så starkt behov av att klämma in det uppnådda resultatet under *lagtexten*?! Är det inte rumsrent i HD att vara radikalteleolog? Försöker man upprätthålla någon slags ofelbarhetsdogm för den skrivna LAGEN, törs man inte fullt öppet företa såväl analogi- som reduktionsslut och då vid behov strunta inte bara i förarbetena — vilket man nära nog gör[76] — utan även lagtexten? Vem vet, kanske festföremålet. En tänkbar förklaring är följande:

---

[76] Trots att motiven talar för det slut HD kom till — och trots att giganter som Hessler, Rydin, Walin och Welamson deltagit i lagstiftningsarbetet — nämns motiven bara avslutningsvis och i förbigående. Man frågar sig om t.ex. Hessler och Welamson (vilka ju inte deltog i NJA 1980 s. 743) idag anser den i SOU 1969:5 s. 151 tillämpade lagstiftningstekniken ("är avsedd att inbegripas") rekommendabel. Även om de själva av allt att döma alls inte förordar en subjektiv metod (vad gäller Welamson se t.ex. densamme i Festskrift till Olivecrona s. 689) kan motivuttalanden av här aktuellt slag få en enligt min mening oproportionerligt stor betydelse i händerna på andra rättstillämpare (lagtolkare).

Även HD — liksom t.ex. Roos, Hessler och Ekelöf, — anser att stor hänsyn bör tas till rättssäkerheten, dvs. förutsebarheten, och majoriteten vill därför inte gärna redovisa en tillämpning i klar strid med lagtext på ett socialt känsligt område. Man försöker då föra ett resonemang av innebörd först att lagtexten inte besvarar frågan och sedan — vilket knappast är särskilt konsekvent — att den valda lösningen framgår av lagtexten. Man vill kanske ställa upp på Hesslers tes (nästan längst ner s. 242 i dennes ovan citerade uppsats): "... det bör inte vara så att man i förarbetena finner helt nya regler, varom någon antydan svårligen över huvud kan hämtas ur lagtexten".[77] Komplettera orden "i förarbetena" med "eller genom ändamålsresonemang" och man förstår majoritetens friskrivningsbehov, dess önskan att komma undan problemet med bristande förutsebarhet genom att i slutskedet snällt och lydigt — ehuru ut och in — dra på sig lagtextens tvångströja. Caesars hustru får inte misstänkas och *rättstillämpning måste därför kläs ut till lagtolkning*. HD låter meningen med stadgandet, ändamålet, bestämma texten — vilket knappast är tolkning — för att sedan kunna dra meningen ur texten, vilket ger ett intryck av tolkning och därmed förutsebarhet.

Läsaren må stegra sig inför den djärva kopplingen mellan Hesslers trettio år gamla uttalande och några formuleringar i ett HD-avgörande från 1980 — för övrigt på en avdelning där varken Hessler eller Welamson satt med. Jag tvekade också och beställde därför i sista stund (oktober 1987) in HD:s akt i målet för att söka belägg i den rättsutredning som möjligen skulle finnas bevarad där. Något sådant material fanns dock inte i akten; bara "trycket" och en enda litteraturhänvisning. Till vem? Jo, tro det eller ej, till "Hessler, SvJT 1957 s. 242 my-n"! Även den rättsvetenskapliga forskningen har sina ljusa ögonblick...

4 Sammanfattning och avslutande synpunkter

Det är svårt att säga vilken lagtolknings- och/eller rättstillämpningsmetod som är gällande rätt; troligen finns inte någon "gällande" mening på området. Tystnaden i lag och förarbeten kontrasterar skarpt mot en bullrig och djupt splittrad doktrin. Och det verkar inte lättare

[77] Hela citatet återgivet ovan s. 40 f.

att få svar genom att studera praxis, inte ens i ett fall då lagtext står i klar motsättning till förarbetena. Åtminstone gäller detta avgörandena i NJA 1980 s. 743.[78]

Tingsrättens motivering lämnar trots — eller på grund av — sin lapidariska utformning utrymme för flera tolkningar av vilka dock ingen låter sig förenas med vedertagna rättstillämpningsmetoder, åtminstone inte så som de brukar ropas ut från elfenbenstornen. HovR:ns avgörande ger intryck av en långtgående subjektiv metod som även innehåller *subjektivt* teleologiska resonemang. Dissidenterna i HovR:n och HD (liksom troligen Roos i sitt utlåtande i tingsrätten) tar hänsyn till det vedertagna kravet på förutsebarhet på ett sätt som är förenligt med båda de objektiva metoder som diskuterats, bokstavstolkning respektive teleologisk rättstillämpning. Och HD:s majoritet åstadkommer ett metodologiskt förvandlingsnummer så att man till sist inte vet om det är fråga om lagtolkning eller rättstillämpning. Man avslutar med att *avtvinga* lagtexten den lösning man finner ändamålsenlig; liksom Olaus Petri försöker man få oss att tro att "beskriven lag efter orden" blott "synes annorlunda lyda".[79]

Är det lagtolkning eller rättstillämpning HD sysslat med i NJA 1980 s. 743? Ja, det citat från ett av Lars Welamsons otaliga rättsvetenskapliga arbeten som inleder den här uppsatsen kan kanske, trots att det gäller en helt annan fråga, tjäna också som svar och avslutning, i vart fall då ett av orden — gissa vilket! — bytts ut mot ett annat:

> "Svaret på den i uppsatsrubriken ställda frågan synes därför slutligen bli beroende av principspörsmålet, huruvida man i rättstillämpningen har att tillmäta avgörande betydelse åt det förhållandet, att domaren verkligen försökt att inbegripa fallet under lagens ordalydelse, låt vara att försöket misslyckats."

---

[78] För ytterligare exempel se — bland många andra — ovan i not 26 nämnda rättsfall. Enligt Klami (1987, ovan i not 11 a.a. s. 41) har förarbetenas betydelse ökat, enligt Ekelöf (En essay s. 38 i not 3) däremot har möjligen en friare inställning till motiven "på sistone" (Ekelöfs arbete publicerades 1976) blivit vanligare bland högsta domstolens ledamöter. Ekelöf hänvisar här till det ovan i not 26 nämnda rättsfallet NJA 1965 s. 32 (s. 33 överst) och 64 (s. 68 överst).

[79] Se ovan s. 58.

SJFU – Skrifter från Juridiska Fakulteten i Uppsala

1.	Ulf Göranson	Ogiltighet i sakrätten
2.		Skuld och ansvar. Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson
3.	Staffan Myrdal	Motköpsavtalet i öst-västhandeln. Slutsåld!
4.	Mats Gustafsson	Jordabalkens tillbehörsregler. Slutsåld!
5.	Gabriel Michanek	Den svenska miljörättens uppbyggnad. Slutsåld!
6.	Ulf Göranson	Traditionsprincipen
7.	Gustav Svensson	Medbestämmande och politisk demokrati
8.	G Bramstång (red)	Offentligrättsliga perspektiv på organisationernas verksamhet
9.	Sören Johansson	Rättegången i marknadsdomstolen
10.	Martin Wittrock	Föreskriftsmakten
11.	Bengt Lindell	Sakfrågor och rättsfrågor
12.	Sture Bergström	Förutsebarhet. Slutsåld!
13.	Bertil Wiman	Prissättning inom multinationella koncerner
14.	Åke Frändberg/ Mark Van Hoecke (red)	The Structure of Law
15.	Kjell Adolfsson	Köparens hävningsrätt vid fastighetsköp
16.	Ulf Göranson	Kolliderande standardavtal
17.	Nils Jareborg	Essays in Criminal Law
18.		Mellankommunala skatterätten 1929—1988
19.	Per Thorell	Beskattning och utländsk valuta
20.	Bengt Lindell	Partsautonomins gränser
21.	Mikael Möller	Konkurs och kontrakt
22.	Per Thorell (red)	Studier i skatterätt tillägnade Nils Mattsson
23.	Bert Lehrberg	Förutsättningsläran
24.	Maarit Jänterä-Jareborg	Partsautonomi och efterlevande makes rättsställning
25.	Lars-Göran Sund	Tillsyn över barn
26.	Lena Marcusson	Offentlig förvaltning utanför myndighetsområdet
27.	Nils Jareborg (red)	Double Criminality. Studies in International Criminal Law
28.	Maja Kirilova Eriksson	The Right to Marry and to Found a Family
29.	Bert Lehrberg	I aktiebolagens skymningsland
30.	H T Klami (red)	Rätt och sanning
31.	Sture Bergström	Förhandsbesked vid inkomstaxeringen

32.	Anna af Trampe	Gärningens samhällsfarlighet. Studier i polsk straffrätt
33.	Gabriel Michanek	Energirätt
34.	Per Henrik Lindblom (red)	Process och exekution. Vänbok till Robert Boman
35.	Göran Lysén	The Law of Disarmament
36.	Claes Norberg	Reglering och beskattning av banker
37.	Henrik Edelstam	Sakkunnigbeviset
38.	Carl Erik Herlitz	Parties to a Crime and the Notion of a Complicity Object

DE LEGE – ÅRSBOK FRÅN JURIDISKA FAKULTETEN I UPPSALA

1.	Per Henrik Lindblom (red)	Per Olof Ekelöf, Valda skrifter 1942–1990

IFF – INSTITUTET FÖR FASTIGHETSRÄTTSLIG FORSKNING

1.	Kjell Adolfsson, Sten Hillert	Hyresrätt som dellikvid
2.	Margareta Brattström	Samägd jordbruksfastighet

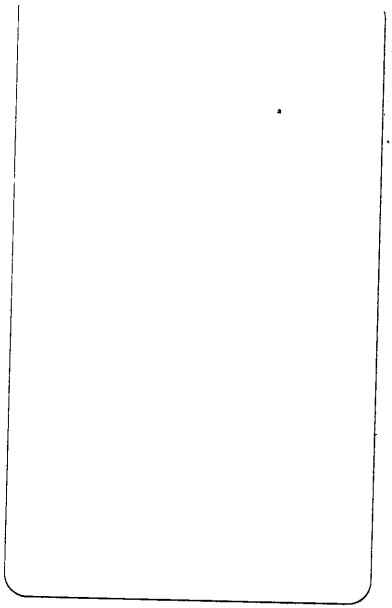
JURIDIK FRÅN IUSTUS FÖRLAG

Anders Agell	Underhåll till barn och make
Anders Agell	Äktenskaps- och samboenderätt
Agell/Saldeen	Faderskap, vårdnad, adoption
Hans Ahlstedt	Datarättens ABC
Anners/Önnerfors	Latinsk juridisk terminologi
Ingrid Arnesdotter	Finansiell leasing
Belatchew Asrat	Prohibition of Force Under the UN Charter
Bertil Bengtsson	Miljörätt
Bertil Bengtsson	Sakrättsliga frågor i fastighetsrätten
Bertil Bengtsson	Speciell fastighetsrätt
Bengtsson/Ullman	Det nya produktansvaret
Bergström/Lennander	Kredit och säkerhet
Bergström/Strömholm	Lärobok i upphovsrätt
Frey Björlingsson	Kvinnorna och rättvisan
Robert Boman	Deldom
Ove Bring	Agression, självförsvar och non-intervention
Torleif Bylund	Repetitionskompendium i processrätt
Torleif Bylund	Skrivningsfrågor i processrätt
Carlson/Persson	Processrättens grunder
Thorsten Cars	Korruption
Marianne Dahlén	Europeisk union
	Europagemenskap och rättsvetenskap
Ekelöf/Boman	Rättsmedlen
Maja Kirilova Eriksson	Skydd av mänskliga rättigheter
Paulo Fohlin	Avtalstolkning
Olle Hellberg	Erkännande av internationella adoptionsbeslut
Sten Hillert	Servitut
Torgny Håstad	Den nya köprätten
Nils Jareborg	Brottsbalken kap. 23–24 med mera
Nils Jareborg	De särskilda strafflagarna
Nils Jareborg	Uppsåt och oaktsamhet
Ulf Jensen	Panträtt i fast egendom
Ulf Jensen	Skrivningsfrågor i Civilrätt C
Ulf Jensen	Övningsexempel i fastighetspanträtt
Hannu T Klami	Föreläsningar över juridikens metodlära
Hannu T Klami	Mordet på Olof Palme
Hannu T Klami	Sanningen om rätten
Hannu T Klami	Strömningar och problem

Kent Källström	Alkoholpolitik och arbetsrätt
Källström/Rylander	Frågekompendium för juridisk introduktionskurs
Landerdahl/Remstam	Beskattningsförfarandet och skatteprocessen
Bert Lehrberg	Praktisk juridisk metod
Per Henrik Lindblom	Två uppsatser
Per Henrik Lindblom	Inledning till juridiken
Lindblom/Persson/Rylander	Skrivråd för jurister
Lindblom/Rylander	Att skriva uppsats
Göran Lysén	Introduktion till EG-rätten
Göran Lysén	Intégration et Coopération Européennes
Göran Lysén	EG och dess institutioner
Malmström/Agell	Testamentsrätt
Malmström/Saldeen	Förmynderskapsrätt
Malmström/Saldeen	Successionsrätt
Nils Mattsson	Mervärdeskatt. En introduktion
Nils Mattsson	Skattepolitik. En introduktion
Mellqvist/Persson	Fordran och skuld
Alvar Nelson	Kriminalpolitik och ingripanden vid brott
Kerstin Osterman	Skadeförsäkringar i EG
Torsten Seth	Internationella affärstvister
Tore Sigeman	Semesterrätt
Gunnel Stenberg	Non-expulsion and Non-refoulement
Ivar Strahl	Makt och rätt
Stig Strömholm	Lag och lyra
Erik Waller	AGL. Lärobok om arvs- och gåvoskatt
Erik Wennerström	Några främmande staters politiska system
Lotta Westerhäll	Socialrätt. Introduktion till några förvaltningsrättsliga områden
Bertil Wiman	Koncernbeskattning
Kristina Örtenhed	Hemvistbegreppet

Förlagets titlar kan beställas i bokhandeln eller genom

IUSTUS KUNDTJÄNST
Östra Ågatan 9
753 22 Uppsala
Tel 018 – 69 30 91
Fax 018 – 69 30 99



Den här lilla boken innehåller två uppsatser som har det gemensamt att de handlar om verksamheten vid våra svenska domstolar. I den första — ***Allmän domstol som alternativt tvistlösningsorgan*** (ur Festskrift till Per Olof Bolding, 1992) — anläggs ett brett perspektiv på civilprocessens funktion, karaktäristika och framtid i ett tidsskede då privatisering, marknadstänkande, avreglering och decentralisering präglar utvecklingen både inom och utom vårt land. Uppsatsen mynnar ut i en diskussion om de allmänna domstolarnas möjligheter att konkurrera med privata tvistlösningsorgan, som t.ex. skiljenämnder.

I den andra uppsatsen — ***Lagtolkning eller rättstillämpning?*** (ur Festskrift till Lars Welamson, 1988) — koncentreras synfältet till mera tekniskt präglade frågor om lagtolkning och rättstillämpning i domstolarna. Med utgångspunkt i ett rättsfall från Högsta domstolen (NJA 1980 s. 743) exemplifieras och analyseras skilda sätt att tolka och tillämpa en regel vars ordalag står i klar motsatsställning till auktoritativa yttranden i förarbetena.

Per Henrik Lindblom är professor i processrätt vid Uppsala universitet.

ISBN 91-7678-222-0

LAG
Uppsala