



LUND UNIVERSITY

Lagstiftningsläran och anställningsskyddet

Något om att ändra en generalklausul tillika avvägningssnorm

Selberg, Niklas

Published in:

Juridisk tidskrift vid Stockholms Universitet

2022

Document Version:

Förlagets slutgiltiga version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Selberg, N. (2022). Lagstiftningsläran och anställningsskyddet: Något om att ändra en generalklausul tillika avvägningssnorm. *Juridisk tidskrift vid Stockholms Universitet*, 2021-22(4), 891-918.

Total number of authors:

1

Creative Commons License:

Ospecificerad

General rights

Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: <https://creativecommons.org/licenses/>

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LUND UNIVERSITY

PO Box 117
221 00 Lund
+46 46-222 00 00

Lagstiftningsläran och anställningsskyddet*

Något om att ändra en generalklausul
tillika avvägningsnorm

NIKLAS SELBERG**

1. Inledning

Anställningsskyddet är kärnan i regleringen av förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare. Trots att dessa lagregler alltid varit de mest politiskt och juridiskt omstridda bland arbetsrättens regler har de varit oförändrade under nästan 50 år. För närvarande bereds emellertid ett förslag – Ds 2021:17 med lagrådsremiss¹ – om ändringar i anställningsskyddslagen som har sin bakgrund i det s.k. Januariavtalet från 2019, och som utvecklats av arbetsmarknadens parter. Navet i anställningsskyddet² är sedan 1974 regeln om att arbetsgivarens uppsägning av anställningsavtal som ingåtts tills vidare kräver saklig grund (7 § LAS), men idag föreligger alltså för första gången ett konkret förslag om att ändra anställningsskyddet vid uppsägning på grund av personliga skäl.³ Under de senaste åren har arbetsmarknadens parter vid två tillfällen inlett förhandlingar om ett nytt huvudavtal som misslyckats just för att enighet inte kunnat nås om anställnings-

* Artikelnen har genomgått vetenskaplig expertgranskning (peer review). Tidigare publicerad i JT net 2021–22 s. [113].

** Jur.dr, universitetslektor i civilrätt, verksam vid Affärsrättsligt centrum, Juridiska fakulteten, Lunds universitet.

¹ Ds 2021:17 En reformerad arbetsrätt – för flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden, presenterad 2021-06-07. Lagrådsremissen presenterades 2022-01-27. Hädanefter benämns detta *parternas förslag*.

² Om anställningsskyddet i *allmänhet*, se bl.a. Tore Sigeman & Erik Sjödin, Arbetsrätten. En översikt, 7 uppl., 2017, s. 180–199, Kent Källström & Jonas Malmberg, Anställningsförhållandet. Inledning till den individuella arbetsrätten, 5 uppl., 2019, s. 49–51, s. 120–171, Kent Källström i F. Schmidt m.fl., Löntagarrätt, rev. uppl. 1994 6 kap. Om anställningsskyddet vid *arbetsbrist* se bl.a. Mats Glavå, Arbetsbrist och kravet på saklig grund. En alternativrealistisk arbetsrättslig studie, 1999 (diss.), Catharina Calleman, Turordning vid uppsägning, 2000 (diss.), Carin Ulander-Wänman, Företrädesrätt till återanställning, 2008 (diss.).

³ Eller, som det heter i 4 § 4 st. lagen (1982:80) om anställningsskydd (hädanefter LAS); uppsägning på grund av ”förhållanden som hänför sig till arbetstagaren personligen”.

skyddet.⁴ Det nu liggande förslaget utgör en del av vad arbetsmarknadsminister Eva Nordmark kallat ”den största reformen på arbetsmarknaden i modern tid”.⁵

Jag menar att parternas ändringsförslag om LAS underskattar de särpräglade utmaningarna förknippade med att förändra anställningsskyddet vid uppsägning på grund av personliga skäl. När arbetsgivarens uppsägningsgrund är omständigheter som är hänförliga till arbetstagaren personligen har denna regel hittills fungerat som en *generalklausul* och som en *avvägningsnorm* (avsnitt 3), men parternas förslag beaktar inte denna särpräglade karaktär hos lagstiftningen i tillräckligt hög grad. Mot denna bakgrund utför jag i den föreliggande artikeln en analys av det liggande förslaget om ändring av 7 § LAS ur *lagstiftningsteknisk* och *konstitutionell* synvinkel. Eftersom lagförslaget har tagits fram på ett sätt som avviker (avsnitt 2) från hur detta brukar gå till i Sverige och utgör vad som i den internationella arbetsrättsliga litteraturen kallas *förhandlad lagstiftning* (avsnitt 2.2) analyserar jag också vissa aspekter kring form och procedur i det aktuella lagstiftningsärendet.

Den föreliggande artikeln utgör ett exempel på vad Jan Hellner talat om i termer av *lagstiftningslära* och *-teknik*. Hellner framhåller att det är en viktig rättsvetenskaplig uppgift att analysera hur politiska beslut underbyggs och hur de omsätts i principer och regler.⁶ Lagstiftningsläran fokuserar på frågor om hur politikens materiella innehåll ges rättslig form och hur rättsregler kan utformas så att rättsföljderna förverkligar de rättspolitiska ändamålen.⁷ Vidare genomför jag en *analys ur konstitutionellt perspektiv* av både lagförslagets materiella innehåll och processen som lett fram till lagförslaget. Det är härvidlag fråga om en juridisk analys⁸ om hur lagförslaget förhåller sig till omkringliggande lagregler, hur förslagets olika delar förhåller sig till varandra och om förslaget utformats så att det kan antas förverkliga de angivna syftena.⁹ Syftet med analysen

⁴ Anders Kjellberg, Den svenska modellen 2020: pandemi och nytt huvudavtal, rapport från Arena Idé, september 2021. <https://arenaide.se/wp-content/uploads/sites/2/2021/04/arena-ide-kjellberg-211013.pdf>.

⁵ <https://www.lag-avtal.se/tidningen/storsta-reformen-pa-arbetsmarknaden-i-modern-tid-7016237>.

⁶ Jan Hellner, Lagstiftning inom förmögenhetsrätten. Praktik, teori och teknik, 1990. I rättsfilosofiska sammanhang används termen *legisprudens* för det rättsvetenskapliga studiet av förutsättningarna för lagstiftare att skapa lag. Jfr härvidlag Luc J. Wintgens, *Rationality in Legislation – Legal Theory as Legisprudence: An Introduction*, i Luc J. Wintgens (red.) *Legisprudence. A New Theoretical Approach to Legislation*, 2002, s. 1–8 med vidare referenser.

⁷ Jan Hellner, Lagstiftning inom förmögenhetsrätten. Praktik, teori och teknik, 1990, s. 156, s. 210, s. 217.

⁸ Jfr Bertil Bengtsson, Departementen och lagrådet, SvJT 2009 s. 216–255, Anne Ramberg, Lagrådet imorgon, SvJT 2009 s. 294–302.

⁹ Jfr således Lagrådets uppgifter som de beskrivs i 8 kap. 20–22 §§ regeringsformen (1974:152) (RF).

är att lämna ett bidrag till gynnsamma förutsättningar för framtida lagstiftning av god kvalitet.¹⁰

Den politiska diskussionen om behov av reformer av anställningsskyddet har nästan uteslutande fokuserat på turordning vid arbetsbristuppsägning.¹¹ Vidare framstår frågan om uppsägning på grund av personliga skäl som underbetonad i den rättsvetenskapliga forskningen.¹²

Parternas förslag utgör en komplex helhet i vilken ändringar i civilrättsliga regler tillämpliga mellan arbetsgivare och arbetstagare kompletteras och balanseras av införandet av ett system för omställnings- och kompetensstöd samt omställningsstudiestöd¹³ och senare även kollektivavtalad arbetslöshetsförsäkring.¹⁴ Den reform av arbetsmarknadsregleringen som för närvarande bereds är därför genomgripande och inbegriper många rättsområden. Reformförslaget utgör en förhandlad helhet där parterna skapat en lösning som båda kan acceptera. Jag fokuserar i föreliggande artikel emellertid endast på tekniska aspekter av det civilrättsliga lagförslaget och inte på om den sammantagna effekten är eftersträvansvärd eller balanserad. Förslaget till nytt omställnings- och studiestödsystem uppmärksammas inte.

2. Förhandlad lagstiftning – ett nytt inslag i den svenska modellen för arbetsmarknadsreglering

2.1 Inledning: de politiska förutsättningarna

Anställningsskyddet, som uppfattats som ett politiskt *problem* alltsedan 1930-talet¹⁵, kom i samband med regeringsbildningen efter valet 2018 att bidra till en

¹⁰ Jfr Olle Abrahamsson, Lagstiftningspolitiken i den nationella lagberedningen, SvJT 2003 s. 1–17.

¹¹ 22 § och 25 § LAS. Jfr t.ex. Svante Nycander, Sist in först ut. LAS och den svenska modellen, 2010.

¹² Innan parterna tog upp saken i sina förhandlingar (varom mer nedan) har frågan om sänkt anställningsskydd vid uppsägning på grund av personliga skäl endast tagits upp av arbetsrättsprofessorn Birgitta Nyström. <https://www.arbetsvarlden.se/professor-om-las-behall-lagen-men-forandra-praxis/>. Senast besökt 2020-08-27. Birgitta Nyström, Lägre kostnader för arbetsgivare vid uppsägningstvister, i Niklas Arvidsson, Birgitta Nyström & Peter Westberg (red.) Tvistelösning inom affärsrätten. En antologi, 2020, s. 37–60.

¹³ Ds 2021:16 Grundläggande omställnings- och kompetensstöd – för flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden, Ds 2021:18 Omställningsstudiestöd – för flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden.

¹⁴ Dir. 2021:64 Förutsättningar för en ny kollektivavtalad arbetslöshetsförsäkring. Beslut vid regeringssammanträde den 26 augusti 2021.

¹⁵ Sedan Arbetsdomstolens dom AD 1932 nr 100 då domstolen slog fast att anställningsskydd förutsatte ett agerande från lagstiftarens sida.

politisk *lösning*. LAS kom att bli en viktig arena för politiska kompromisser i den historiskt långdragna regeringsbildningsprocess som slutade i att ett regeringsunderlag kunde bildas genom det s.k. Januariavtalet¹⁶ mellan Socialdemokraterna, Centerpartiet, Liberalerna och Miljöpartiet de gröna. Den politiska lösningen löstes upp genom skapandet av samsyn kring att arbetsrätten skulle ”moderniserats”, och därefter förhandlade de ingående partierna fram utredningsdirektiv till en statlig utredning.¹⁷ Partierna som utgjorde regeringsunderlaget, och som alltså också faktiskt kunde genomföra den politik man gemensamt förhandlat fram, föreskrev emellertid i Januariavtalet att:

Om parterna når en överenskommelse om hur LAS ska reformeras på ett sätt som ger ökad flexibilitet ska regeringen istället lägga förslag i linje med parternas överenskommelse. I annat fall genomförs utredningens förslag.¹⁸

Det har självfallet förekommit politiska överenskommelser för att säkra regeringsunderlag före Januariavtalet 2019, men de tidigare varianterna har varit mer öppna till sin karaktär – idag anges snarast hur olika förslag ska se ut. Det är oklart vad som skulle ske om ett visst förslag måste lyftas ut – blir någon part kompenserad i efterhand?¹⁹

Förhandlingarna mellan arbetsmarknadens parter – Svenskt näringsliv, Landsorganisationen (LO) och Privattjänstemannakartellen (PTK) – hade börjat redan i november 2017 och varade under olika förutsättningar under tiden som justitierådet Gudmund Toijers utredningsarbete pågick. LO valde att lämna förhandlingarna i mitten av oktober 2020. Efter att den så kallade Toijerutredningen²⁰ presenterats i juni 2020 ingick Svenskt näringsliv och PTK en principöverenskommelse om reformering av arbetsmarknadsregleringen som inbegriper frågor om ändringar av LAS, omställnings- och kompetensstöd, omställningsstudiestöd samt A-kassa.²¹ Parterna hemställde att regeringen skulle skrinlägga Toijerutredningen och istället påbörja arbetet med att ta fram lagförslag i enlighet med principöverenskommelsen. Sedermera anslöt sig arbetstagarorganisationerna Industriförbundet Metall, Svenska kommunalarbetsförbundet och Vision

¹⁶ https://www.socialdemokraterna.se/download/18.1f5c787116e356cdd25a4c/1573213453963/Januariavtalet.pdf?TSPD_101_R0=088d4528d9ab200001188669cfe57fbfe39e55181433e183cc65b3954f8fe595cd60759f7ef6e398089deb191d1430003d9d1cb6f0df8a6f180955f4111adce-c4e4808d4df939163a02be728811ce7b6bfd227414ac41c85c46880f10202581c.

¹⁷ Dir. 2019:17 En moderniserad arbetsrätt, beslutade vid regeringssammanträde den 25 april 2019.

¹⁸ Januariavtalets p. 20.

¹⁹ Jfr Göran Sundström, ”Speaking Truth to Power” – ett hotat ideal?, SvJT 2020 s. 51–65, Erik Nymansson, Remissfasen och Lagrådets roll, SvJT 2020 s. 34–38.

²⁰ SOU 2020:30 En moderniserad arbetsrätt. Betänkande av utredningen om en moderniserad arbetsrätt.

²¹ https://www.svensktnaringsliv.se/bilder_och_dokument/7suh90_brev-statsministern-och-arbetsmarknadsministernpdf_1162926.html/Brev+Statsministern+och+Arbetsmarknadsministern.pdf.

till principöverenskommelsen. I november 2021 anslöt sig sist och slutligen LO (fyra förbund röstade emot) till överenskommelsen.²²

Ett förslag till riksdagen (propositionen) föregås som bekant av ett utredningsbetänkande. I det här fallet valde regeringen att ge arbetsmarknadsdepartementet i uppdrag att ta fram en promemoria.²³ Bertil Bengtsson har framhållit att promemorior ofta används när lagstiftning av något skäl är brådskande och att även om en Ds ”mycket väl kan anses som en fullgod rättskälla, ungefär jämställd med en SOU” så finns ”risk att den juridiska analysen blir ytlig, inte minst i fråga om gällande rätt; det är närliggande att man då koncentrerar sig på den reform som skall genomföras och ger en förenklad bild av det rättsläge man vill ändra”.²⁴ Denna risk framstår som problematisk när uppgiften är att reformera en generalklausul tillika avvägningsnorm, eftersom ändringen inte får genomslag om den inte relateras till en särskilt noggrann och utförlig beskrivning av gällande rätt (jfr avsnitten 3 och 4). Det brukar också framhållas att Ds är den lämpligaste utredningsformen vid känsliga frågor och då ”regeringen och regeringskansliet vill få kontinuerliga avrapporteringar och ha direkt inflytande över arbetet under hela dess gång”.²⁵ I det här fallet har Regeringskansliet tydligen använt sitt inflytande över processen till att säkerställa tillfällen för parterna att förhandla. Parterna till principöverenskommelsen samarbetade med de ansvariga tjänstemännen vid framtagandet av promemorian och återupptog även förhandlingarna i vissa frågor och kompletterade överenskommelsen. Vissa av lagförslagen har parterna enats om under departementets arbete med att ta fram promemorian.²⁶

2.2 Ett trendbrott jämfört med Saltsjöbadsavtalet och Saltsjöbadseran

Hela den moderna arbetsrättens historia har varit ett samspel mellan lagstiftaren och arbetsmarknadens parter. I början av 1900-talet utvecklade parterna själva utanför lagstiftningen regler om bland annat föreningsrätt, förhandlingar och kollektivavtal. Dessa regler och praktiker kom sedan att kodifieras av lagstiftaren först 1936 och sedan 1976 genom lagen (1976:580) om medbestämmande

²² <https://arbetet.se/2021/11/10/lo-vill-ansluta-till-nya-las-overens-med-svenskt-naringsliv/>.

²³ Regeringskansliet, Arbetsmarknadsdepartementet, 2021-01-11, A2021/00044 Uppdragsbeskrivning om genomförande av principöverenskommelsen om anställningsskydd och tillhörande frågor.

²⁴ Bertil Bengtsson, Om departementspromemorior, SvJT 2010 s. 105–119, s. 107, s. 117. Jfr Bertil Bengtsson, SOU som rättskälla, SvJT 2011 s. 777–785.

²⁵ Magnus G. Graner och Patrik Örnsved, Universalredskap i regeringens verktygslåda, SvJT 2011 s. 786–792, s. 788, se även Bertil Bengtsson, Om departementspromemorior, SvJT 2010 s. 105–119, s. 107.

²⁶ Ds 2021:17, s. 59 f., s. 77.

i arbetslivet (MBL).²⁷ Jonas Malmberg framhåller särskilt att på arbetsmarknadens område är rättssystemets roll ”att standardisera och utsträcka en social och ekonomisk praktik som existerat på företags- eller branschnivå till att gälla generellt”.²⁸ Parterna har på detta sätt länge satt sin prägel på de arbetsrättsliga reglerna, men ansvaret för lagarnas utformning har på ett tydligt sätt i princip legat på lagstiftaren.

Den svenska modellen har sedan länge karaktäriserats också av att arbetsmarknadens parter förhandlat om reglering i ljuset av ett abstrakt och principiellt lagstiftningshot – det mest kända exemplet är att det s.k. Saltsjöbadsavtalet under slutet av 1930-talet förhandlades fram i skuggan av ett lagförslag om tredjemans rätt till neutralitet i arbetskonflikter.²⁹ Det politiska systemet lät sig då nöjas med parternas Saltsjöbadsavtal och avstod från att lagstifta.

Idag är det i stället fråga om en mer direkt och konkret styrning: parterna förhandlar i ljuset av ett remissbehandlat utredningsförslag (Tojjerutredningen) som snabbt skulle kunna omvandlas till en proposition till Riksdagen, där de politiska partierna som ingått Januariavtalet åtagit sig att bifalla lagförslaget. Styrningen och påtryckningarna på parterna är idag således starkare, direktare och mer detaljerade än tidigare.

Lagstiftning som på detta sätt är resultatet av att lagstiftaren har nära kontakter med en lags intressenter (arbetsmarknadsparterna i det här fallet) benämner arbetsrättsforskarna Silvana Sciarra och Lord Wedderburn som *förhandlad lagstiftning* – och som ett inslag i en nykorporativistisk ordning.³⁰ En fördel med sådan lagstiftning kan vara att den får samhälleligt genomslag eftersom de berörda direkt samtyckt till den. En nackdel med denna strategi är att den kan komma att dra in sammanslutningar som är fristående från staten – arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer är i rättsligt hänseende ideella föreningar³¹ – i statsapparaten. Det är andra gången på kort tid som denna lagstiftningsstrategi använts: 2019 års ändringar av reglerna i MBL om rätten att vidta stridsåtgärder beslutades enligt ett likartat mönster: ställda inför hot om genomförande av ett utredningsförslag utvecklar parterna ett eget lagförslag som underställs och

²⁷ Ann Numhauser-Henning, Lagstiftning eller självreglering i arbetsrätten? Svaret är både ock, SvJT 2001 s. 314–325. SOU 1975:1.

²⁸ Jonas Malmberg, Vad handlar arbetsrättslig reglering om? En essä om arbetsrättens uppgifter, Uppsala Faculty of Law, Working Paper 2010:9, s. 30.

²⁹ SOU 1934:16 Betänkande med förslag till lag angående vissa ekonomiska stridsåtgärder m.m. Jfr SOU 1934:30 Utlåtanden över Betänkande med förslag till lag angående vissa ekonomiska stridsåtgärder m.m. (Trettonmannakommissionens betänkande.). Jfr Axel Adlercreutz, Kollektivavtalet. Studier över dess tillkomstshistoria, 1954 (diss.).

³⁰ Silvana Sciarra & Lord Wedderburn, Collective Bargaining as Agreement and as Law, i Alessandro Pizzorusso (red.), Law in the Making. A Comparative Survey, 1988.

³¹ Niklas Selberg, Associationsrättsliga principer och mänskliga rättigheter. Uteslutning ur ideell förening som är fackförening, arbetstagares föreningsrätt och fackföreningars oberoende, JT 2021–22 s. 159.

genomförs av riksdagen.³² Här anknyter nu Sverige till det arbetsrättsliga mönstret som Silvana Sciarra noterat för Europa under de senaste åren:

as a peculiar feature of European labour law, all forms of negotiated legislation, social pacts and ‘concertation’ – the latter being a neologism which is now widely recognised as part of the official jargon – must be referred to as important resources for the evolution of labour law.³³

Den nu aktuella nationella lagstiftningsprocessen kring reformeringen av LAS uppvisar avsevärda likheter med den så kallade sociala dialogen inom EU. Med stöd av artiklarna 154–156 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt förhandlar arbetsmarknadsparterna på europeisk nivå om avtal om lösningen av arbetsrättsliga problemställningar. Om parterna når enighet om reglering kan de gemensamt begära att EU genomför avtalet i sedvanlig lagstiftning.³⁴ Sociala dialogen inom EU genomförs emellertid av arbetsmarknadsparterna med uttryckligt fördragsfäst mandat från medlemsstaterna.

Arbetsmarknaden regleras på nya sätt och i nya former – också i Sverige. Ett grundläggande skifte i den svenska modellen för arbetsmarknadsreglering blir alltså synligt här. Historiskt har autonom reglering³⁵, det vill säga regler som inte direkt utgår från staten/lagstiftaren, i form av kollektivavtal varit viktig för att normera förhållandena på den svenska arbetsmarknaden. Lagstiftaren har ägnat sig åt det Tore Sigeman kallat *programmatisk passivitet*, det vill säga man har avstått från att reglera med hänvisning till att arbetsmarknadsparterna utfört denna uppgift.³⁶ Rollfördelningen på arbetsmarknaden har byggt på att lagstiftaren utgått från ett antagande om att arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer är legitima som reglerare av förhållandena på arbetsmarknaden. Arbetsmarknadsparternas legitimitet har sin grund i medlemskapet: att arbetsgivare och arbets-

³² SOU 2018:40 Vissa fredspliktsfrågor. Betänkande av Stridsåtgärdsutredningen, Ds 2018:40 Fredsplikt på arbetsplatser där det finns kollektivavtal och vid rättstvister, prop. 2018/19:105 Utökad fredsplikt på arbetsplatser där det finns kollektivavtal och vid rättstvister, bet. 2018/19:AU13 Utökad fredsplikt på arbetsplatser där det finns kollektivavtal och vid rättstvister, rskr 2018/19:283.

³³ Silvana Sciarra, *The evolution of labour law (1992–2003)*, Volume 1: General report, European Commission, 2005, s. 6.

³⁴ Om den sociala dialogen, se Ann-Christine Hartzén, *Den europeiska sociala dialogen som system – metodologiska reflektioner*, i Niklas Selberg och Erik Sjödin (red.), *Lavalgenerationen. 2010-talets doktorsavhandlingar i arbetsrätt*, 2019, s. 189–204, dens., *The European Social Dialogue in Perspective. Its future potential as an autopoietic system and lessons from the global maritime system of industrial relations*, Lunds universitet, 2017 (diss.). Jfr EU-domstolens storkammaravgörande C-928/19 P *European Federation of Public Service Unions (EPSU) mot Europeiska kommissionen*, ECLI:EU:C:2021:656.

³⁵ Andrea Iossa, *Collective Autonomy in the European Union. Theoretical, Comparative and Cross-border Perspectives on the Legal Regulation of Collective Bargaining* (diss.), 2017, *passim*.

³⁶ Tore Sigeman, *Från legostadgan till medbestämmandelagen*, SvJT 1984 s. 875. Sedan EU-medlemskapet har den arbetsrättsliga lagstiftningen växt avsevärt till följd av att programmatisk passivitet inte är möjlig på de områden där EU-direktiv måste genomföras.

tagare av egen fri vilja organiserat sig innebär att de avtal organisationerna ingår med varandra har ett indirekt, men principiellt, stöd från just de aktörer som berörs av avtalets bestämmelser. Kollektivavtalet anses i den svenska modellen för arbetsmarknadsreglering av detta skäl utgöra en legitim regleringsform. Den historiska kopplingen mellan frivilligt medlemskap och organisering och normering av förhållandena på arbetsmarknaden innebär att ramverket för den svenska arbetsmarknadsmodellen framför allt hämtat sin legitimering underifrån – från enskilda arbetstgares och arbetsgivares självständigt fattade beslut att sluta sig samman i organisationer, och dessa organisationers beslut att ingå överenskommelser.

2.3 Vem ansvarar för arbetsmarknadsregleringen?

Parternas utrymme att själva reglera förhållandena på arbetsmarknaden har i den svenska modellen för arbetsmarknadsreglering alltsedan 1970-talets mitt definierats genom semi-dispositiv lag.³⁷ Den semi-dispositiva lagstiftningen föreskriver en lösning på olika problem som blir tillämplig, om inte parterna kommer överens om något annat i kollektivavtal. Det betyder att parterna förhandlar fram kollektivavtalade lösningar i skuggan av den lagstadgade standardlösningen.³⁸ Lagstiftaren respektive arbetsmarknadsparterna har därmed haft olika distinkta roller och funktioner. Att regleringsmakten över arbetsmarknaden fördelades på ett tydligt sätt mellan de två gav en lika tydlig placering av ansvaret för arbetsmarknadsregleringen. Arbetsmarknadsparterna är således vana vid att förhandla kollektivavtal i skuggan av gällande lag, men i den nya svenska modellen förhandlar alltså parterna lagstiftning i skuggan av ett lagstiftningshot.

Idag, när parterna förhandlar om reglering i skuggan av detaljerade instruktioner från det politiska systemet, är – menar jag – grunden för parternas och överenskommelsernas legitimitet inte primärt medlemmarna utan att man agerar på uppdrag från lagstiftaren. Politiken tar fram och remissbehandlar ett konkret lagförslag och instruerar parterna att deras överenskommelse i vissa avseenden måste motsvara eller överträffa detta lagförslag, annars genomförs det istället. När parterna ingår överenskommelser på detta sätt representerar de det politiska systemet och agerar på uppdrag av lagstiftaren – som därför inte längre kan sägas utgå från någon programmatisk passivitet i relation till arbetsmarknaden.

³⁷ Jfr Reinhold Fahlbeck, *Derogation from Labour Law Statutes under Swedish Law*, JT 2006–07 s. 42–56, Ann Numhauser-Henning, *Lagstiftning eller självreglering i arbetsrätten?* Svaret är både ock, SvJT 2001 s. 314–325.

³⁸ Jfr Brian Bercusson, *The Dynamic of European Labour Law after Maastricht*, *Industrial Law Journal*, vol. 23(1) 1994 s. 1–31. Den klassiska framställningen över begreppsbildningen är Robert H. Mnookin och Lewis Kornhauser, *Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce*, *Yale Law Journal*, vol. 88(5) 1979 s. 950–997.

I det nya läget utgår legitimiteten för parternas överenskommelser därför från staten/lagstiftaren, det vill säga ovanifrån.³⁹

Sammanfattningsvis: historiskt motiverade lagstiftaren sin programmatiska passivitet med att arbetsmarknadens parter lösningar var legitima, och idag motiverar parterna sin aktivitet med lagstiftarens legitimitet. Organ som legitimeras av medborgarnas samtycke (regeringen, riksdagen) har i praktiken delegerat regleringskompetens till fristående organ som legitimeras av medlemmarnas samtycke (arbetsmarknadens institutionella parter/organisationer). Eftersom de aktuella organisationerna inte representerar samtliga arbetsgivare och arbetstagare får dessa organisationer inflytande över personer som fattat beslutet att stå utanför dessa. När fristående organisationer på detta sätt i praktiken får reglera för andra än sina medlemmar kommer frågor om reglernas legitimitet och de utanförstående arbetstagarnas rättsliga ställning sannolikt att återigen bli en viktig arbetsrättslig fråga, och den annars så utpräglat civilrättsliga arbetsrätten kan komma att få en konstitutionell karaktär i ljuset av grundlagsfästa regler och mänskliga rättigheter om likabehandling och negativ föreningsrätt.⁴⁰

Den nya modellen för reglering av arbetsmarknaden ger upphov till otydligheter kring ansvarsutkrävande. När politikerna på förhand åtagit sig att genomföra parternas lagförslag, ansvarar då lagstiftaren för det sakliga innehållet i reglerna? I princip har endast medlemmarna möjlighet att inverka på organisationernas ställningstaganden och agerande i olika avseenden. Den som önskar en annan arbetsrätt måste då i princip agera för detta internt i sin organisation. Denna möjlighet står emellertid inte till buds för alla arbetstagare: de som inte är medlem i en organisation som hörsammat politikernas uppmaning och ingått principöverenskommelsen har i princip ingen möjlighet att påverka arbetsrättens utformning. Eftersom politikerna hänvisat saken till parternas organisationer kan arbetsrätten inte påverkas via röstsedeln. Eftersom lag sist och slutligen endast kan stiftas av riksdagen ansvarar parterna i formell mening inte för det sakliga innehållet.

2.4 Förhandlad lagstiftnings särpräglade natur: kravet om och behovet av beredning

Den förhandlade lagstiftningens särpräglade natur är synlig i relation till det grundlagsfästa kravet om beredning av lagförslag. Att omvandla en överenskommelse mellan två privata parter till allmänt gällande lagstiftning är dessutom förknippat med en särskild problematik. I arbetsmarknadsdepartemen-

³⁹ Jfr Niklas Selberg, När arbetsrätten går före demokratin, Arena Essä, augusti 2021. <https://www.dagensarena.se/essa/nar-arbetsratten-gar-fore-demokratin/>.

⁴⁰ Jfr artikel 11 i Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Jfr Brian Bercusson, Democratic Legitimacy and European Labour Law, *Industrial Law Journal*, Vol. 28(2) 1999, s. 153–170.

tets promemoria med förslag om lagändringar apropå parternas förslag anges, menar jag, att varken det materiella innehållet i lagförslaget eller dess tekniska utformning ska kunna förändras under lagstiftningsprocessen:

Vid genomförandet av överenskommelsen måste det beaktas att det är fråga om ett avtal mellan parterna som utgör ett resultat av ett förhandlingsarbete. För att nå överenskommelsen har parterna behövt kompromissa och göra noggranna avvägningar för att uppnå en för alla parter godtagbar balans och helhet. Ett *genomförande av överenskommelsen förutsätter därför att den genomförs i sin helhet. Det går i princip inte att ta bort eller att lägga till något utan att balansen i överenskommelsen rubbas.*⁴¹

Vissa remissinstanser – bland annat Sveriges advokatsamfund – har följdriktigt också uppfattat det remitterade förslaget som att det endast är möjligt att godta eller förkasta det i dess helhet.⁴² Regeringen menar emellertid för egen del att beredningskravet iakttagits och att synpunkter från remissomgången kunnat beaktas.⁴³ Det råder bred enighet – se härvidlag justitiekansler Mari Heidenborg, professorn Iain Cameron och justitierådet Erik Nymansson – om att det är problematiskt om det skulle framstå som att en viss fråga redan är beslutad och klar: när avgörande ställningstaganden uppfattas som redan låsta sänker remissinstanserna ambitionsnivån, eftersom de befarar att synpunkterna ändå inte kommer att beaktas.⁴⁴ Beredningskravet gäller även om det i ett enskilt fall skulle finnas en tydlig politisk vilja.⁴⁵

Jag menar att i det aktuella lagstiftningsärendet om LAS är det befogat att uppfatta att lagförslagets utformning beslutats före remissförfarandet. I alla händelser har åtminstone vissa remissinstanser uppfattat saken så. Att på detta tidiga stadium – före remissförfarandet – fatta beslut om ett lagförslags utformning strider enligt min mening mot beredningskravet i 7 kap. 2 § RF: ”Vid beredningen av regeringsärenden ska behövliga upplysningar och yttranden inhämtas från berörda myndigheter.” Lagrådet har i tidigare lagstiftningsärenden kritiserat bristen på remissförfarande och uttalat att lagrådsgranskning inte kan ersätta remissbehandlingen. Redan korta och snävt definierade remissomgångar kritiserar av Lagrådet.⁴⁶ Beredningskravet är kopplat till lagprövning, som med stöd av 11 kap. 14 § RF ska ske i relation till proceduren kring en lags tillkomst: om en domstol finner att stadgad ordning i något väsentligt hänseende åsidosatts vid föreskriftens tillkomst får föreskriften inte tillämpas. Högsta domstolen har

⁴¹ Ds 2021:17 s. 62 f. Min kursivering.

⁴² Sveriges advokatsamfund 2021-09-14, R-2021/1182. Jfr Lunds universitet 2021-09-09, V 2021/1940.

⁴³ Lagrådsremissen s. 43.

⁴⁴ Mari Heidenborg, En betraktelse över symposiet ”Lagberedning – från ax till limpa”, SvJT 2020 s. 5–13, Iain Cameron, Några reflektioner över lagberedning ur ett jämförande perspektiv, SvJT 2020 s. 14–25, Erik Nymansson, Remissfasen och Lagrådets roll, SvJT 2020 s. 34–38.

⁴⁵ Sten Heckscher, Några tankar om kommittédirektiv och utredningsarbete, SvJT 2020 s. 30–33.

⁴⁶ Nils Holmberg m.fl., Grundlagarna RF, SO, RO (3 juli 2019, Version 3A, JUNO), kommentaren till 7 kap. 2 § RF.

uttalat att bristfällig beredning avseende remissförfarandet utgör en central del av stadgad ordning för ett lagstiftningsärende och kan leda till att en föreskrift inte får tillämpas. Den springande punkten härvidlag blir om bristerna i beredningen varit väsentliga – och här har Högsta domstolen uttalat:

Om återverkningarna för enskilda i något centralt hänseende framstår som helt outhärliga eller oöverblickbara, trots att upplysningar rimligtvis hade kunnat hämtas in genom ett mer sedvanligt remissförfarande, skulle detta kunna leda till bedömningen att stadgad ordning har satts åt sidan i ett väsentligt hänseende.⁴⁷

Det är en öppen fråga om beredningen av förslaget om ändringar i LAS inneburit att stadgad ordning för stiftande av lag åsidosatts i sådan väsentlig utsträckning att lagreglerna inte får tillämpas. Om förhandlad lagstiftning på arbetsmarknadens område blir vanligare i framtiden bör denna form för framtagande av lagförslag förankras tydligare i grundlagens modell för lagstiftningsprocedur.

Den förhandlade lagstiftningens särprägel följer av att den är resultatet av en överenskommelse mellan två parter. Förhandlad lagstiftning väcker frågor om de förhandlande parternas legitimitet och betydelsen av klara ramar för förhandlingarna. Dessutom har i litteraturen noterats en tendens att förhandlande parter – i likhet med de representanter som förhandlar på diplomatiska konferenser – kan vara benägna att acceptera ett utfall med oklar lagstiftning för att kunna komma till enighet och få ett lyckligt slut på förhandlingarna.⁴⁸ Denna möjlighet står inte till buds för den sedvanliga lagstiftaren. Allt detta innebär enligt min mening snarast att behovet av beredning av förslaget ökar, något som alltså står i kontrast till vad som gällt för det nu liggande LAS-förslaget.

I de situationer när en reform utgör en sammanhållen och balanserad kompromiss är det viktigt att alla aspekter av parternas gemensamma reformagenda får genomslag i de konkreta lagreglerna, och sedan på de faktiska arbetsplatserna. Om den lagtekniska lösningen inte skulle leverera den effekt på arbetsmarknaden som parterna gemensamt eftersträvat rubbas balansen i överenskommelsen: en av parterna har då gjort eftergifter för att få något som sedan inte förverkligas, och den andra parten har fått något utan att behöva betala för det i avtalsförhandlingen. Justeringar i ett liggande lagförslag kan således krävas till undvikande av att en part gjort eftergifter som inte betalats sig.

I det nu föreliggande partsförslaget krävs enligt min mening att lagtekniska justeringar genomförs avseende starkt ställning för långtidsinhyrda och hyvling

⁴⁷ NJA 2018 s. 743, p. 37. Jfr MIG 2018:18. Jfr diskussionen i Joakim Nergelius, Är bristande beredning grund för åsidosättande av en lag enligt 11 kap. 14 § Regeringsformen – Några reflektioner kring domstolarnas behandling av gymnasie- och vapenlagarna under 2018, i Richard Arvidsson m.fl. (red.) Festskrift till Wiweka Warnling-Conradsson, 2019, s. 271–284.

⁴⁸ Tito Gallas, EC-law between Social Message and Record of Agreement. How the Theory of Legislation can Contribute to Understanding Practical Problems of Negotiated Legislation, i Luc J. Wintgens (red.) The Theory and Practice of Legislation. Essays in Legisprudence, 2005, s. 333–340.

i turordning för att säkerställa att arbetstagarsidan ska få utdelning av överenskommelsen i form av faktiska förändringar på arbetsmarknaden.⁴⁹

Sammanfattningsvis står förhandlad lagstiftning i viss motsatsställning till grundlagens modell för beredning och stiftande av lag. Trots att behovet av beredning snarast är större då det handlar om att omvandla en partsöverenskommelse till lag än vid sedvanlig lagstiftning saknas enligt min mening ett sedvanligt remissförfarande. Det är svårt att föreställa sig hur privata parter ska kunna förhandla fram lagförslag av samma höga kvalitet som produceras av det statliga kommittéväsendets utredare. Om förhandlad lagstiftning ska användas i framtiden bör denna förankras i RF:s modell för beredning av lagstiftning.

2.5 Avslutningsvis

En överraskning var att arbetsmarknadsparternas eget förslag innehöll ett förslag på en punkt där Toijerutredningen⁵⁰ inte hade lämnat något reformförslag – i parternas lagförslag ska anställningsskyddet vid uppsägning på grund av personliga skäl reformeras. Parternas förslag gick på detta sätt längre än Januariavtalet och Toijerutredningen och tog upp en fråga som inte varit på den politiska agendan i anslutning till regeringsbildningen.

Nu övergår jag till att analysera det liggande lagförslaget om ändring i 7 § LAS.

3. Att reformera en avvägningsnorm: inbegriper parternas förslag över huvud taget en lagändring?

Parternas förslag om ändring i lagtexten är att den nuvarande formuleringen i 7 § LAS ”Uppsägning från arbetsgivarens sida skall vara sakligt grundad.” ändras till ”Uppsägning från arbetsgivarens sida ska grunda sig på sakliga skäl.” Skillnaden är således endast att ordet grund byts till skäl; termen saklig är oförändrad. Detta bekräftas också i promemorian där det sägs att detta ”i stort sett är den enda ändringen”, men att parterna ”emellertid enats om en text som förtydligar den nya lagtextens innebörd”.⁵¹

Det förutsätts i promemorian och lagrådsremissen att ändringsförslaget ska förskjuta rättsläget – med promemorians ord: ”För att den nya innebörden av

⁴⁹ Niklas Selberg, Risk för obalans i parternas överenskommelse, Lag & avtal 2021-08-19, <https://www.lag-avtal.se/nyhetsarkiv/risk-for-obalans-i-parternas-overenskommelse-7019101>.

⁵⁰ SOU 2020:30 En moderniserad arbetsrätt. Betänkande av utredningen om en moderniserad arbetsrätt.

⁵¹ Ds 2021:17 s. 67 f.

7 § [...] ska få genomslag i rättstillämpningen är det lämpligt att lagtextens 'saklig grund' ersätts med 'sakliga skäl' enligt principöverenskommelsen".⁵² Denna ändring av lagtexten är enligt min mening emellertid otillräcklig för att undgå förbudet mot lagstiftning genom förarbeten.

För det första avser ändringen en betydelselös del av lagregeln. Enligt Svensk ordbok⁵³ betyder ordet 'grund' "underliggande, stabil konstruktion avsedd att bära upp något slags överbyggnad, vanligen ett hus eller dylikt" – och det står klart att den gällande lagtexten håller sig med ett slags bildspråk för hur uppsägningar ska 'bäras upp' för att vara tillåtna. Enligt samma ordbok betyder ordet 'skäl', som alltså är den föreslagna nya lydelsen: "omständighet som naturligen leder till visst handlande eller tillstånd". Lagförslaget avser en betydelselös aspekt av lagregeln och ändringsförslaget utgör därför ingen ändring i sak. Den som endast läser de olika lagreglerna måste dra slutsatsen att de betyder *exakt samma sak*. Det är endast om man tar del av förarbetena som en skillnad möjligen kan identifieras. Förbudet mot lagstiftning genom motiv (varom mer i avsnitt 4) blir tillämpligt.

För det andra ska ordet sakligt enligt lagförslaget även fortsättningsvis förekomma i bestämmelsen. Ändringen avser således inte den betydelsebärande delen i gällande 7 § LAS, nämligen att endast uppsägningar med *saklig grund* eller motiverade med *sakliga skäl* är tillåtna. Den aktuella regeln är emellertid av särskild karaktär – det som Torstein Eckhoff och Nils Kristian Sundby kallar *avvägningsnorm*⁵⁴ – där ett avgörande inte följer direkt av tillämpning av olika rekvisit som inskränker rättstillämparens utrymme för att tillämpa sitt eget skön. I den arbetsrättsliga litteraturen anses saklig grund-regeln utgöra en *avvägningsnorm* när den tillämpas på uppsägningar på grund av personliga skäl, men inte då den tillämpas på en arbetsbristsituation.⁵⁵

Avvägningsnormer karaktäriseras av att de inte är uppbyggda på ett sådant sätt att en slutsats kan sägas följa med logisk nödvändighet av premisser som är tydligt utskrivna i bestämmelsen. Kännetecknande för *avvägningsnormer* är att de är byggda kring termer som 'väsentlig', 'otillbörlig', 'sedvanlig', *bonus pater familias*, grov/ringa med mera – en stor variationsrikedom föreligger här. För övrigt har Arbetsdomstolen själv skapat en *avvägningsnorm* i den så kallade

⁵² Ds 2021:17 s. 71, lagrådsremissen s. 159.

⁵³ Åtkomst via Svenska Akademiens hemsida www.svenska.se.

⁵⁴ Torstein Eckhoff & Nils Kristian Sundby, *Rettsystemer. Systemteoretisk innføring i rettsfilosofien*, 1976, s. 128–144. Framställningen går tillbaka till Nils Kristian Sundby, *Om normer*, 1974, s. 190–306. Tore Sigeman & Erik Sjödin, *Arbetsrätten. En översikt*, 7 uppl., 2017.

⁵⁵ Arbetsbristen prövas inte reellt och syftet är att skapa kollektiv rättvisa bland de drabbade arbetstagarna, inte individuell. Ronnie Eklund, *anmälan av Catharina Calleman, Turordning vid uppsägning*, 1999, JT 1999–00 s. 692–698.

bastubadarprincipen som innebär att en omplacering på grund av personliga skäl måste stå i rimlig proportion till vad som läggs arbetstagaren till last.⁵⁶

Utmärkande för avvägningsnormer är att de hanterar flera och motsägelsefulla 'riktlinjer' och att det vid tillämpningen av bestämmelsen alltid kan identifieras argument för olika lösningar. Avvägningsnormen anger vilka faktorer som får beaktas i avvägningsoperationen och vilken slutsats de talar för, samt de olika faktorernas inbördes betydelse och vikt. Den här lagstadgade 'riktlinjen', för att tala med Eckhoff och Sundby, har således ett mer obestämt innehåll än regler som är uppbyggda kring tydligt avgränsade enskilda rekvisit/rättsfakta. För både den gällande sakliga *grund*-regeln och den nu föreslagna sakliga *skäl*-regeln (7 § LAS) gäller att de faktorer som ska beaktas vid tillämpningen inte ges i lagregeln utan i förarbetena, helt i enlighet med svensk lagstiftningstradition med dess starka fokus på lagförarbeten. Men, eftersom det betydelsebärande ledet i gällande 7 § LAS, termen 'saklig', kvarstår efter lagändringen innebär det liggande lagförslaget inte någon förändring av rättsläget.

Mot denna bakgrund övergår jag till att diskutera förutsättningarna för att ändra rättstillämpningen genom uttalanden i lagmotiven.

4. Förbudet mot lagstiftning genom motiv och förslaget om ändring i 7 § LAS

Eftersom det aktuella lagförslaget inte ändrar lagtexten i tillräcklig mån samtidigt som promemorians författare förutsätter att de förhandlade uttalanden man ger i lagmotiven ska ändra rättstillämpningen aktualiseras förbudet mot lagstiftning genom motiv.

Det råder enighet om att i Sverige är lagförarbeten endast vägledande och inte bindande vid juridisk argumentation och rättstillämpning.⁵⁷ Att förarbetena är av lägre rättslig rang än lagstiftning illustreras bland annat av resningsregeln som ger vid handen att resning kan beviljas om den rättstillämpning som ligger till grund för domen uppenbart strider mot *lag*⁵⁸ – således inte förarbe-

⁵⁶ AD 1978 nr 89; jfr AD 1981 nr 6, AD 2003 nr 76, AD 2002 nr 134, AD 2010 nr 51, AD 2010 nr 52, AD 2008 nr 63, AD 2006 nr 12, AD 2005 nr 24, AD 2003 nr 76, AD 1998 nr 50, AD 1993 nr 34, AD 1991 nr 106, AD 1989 nr 67, AD 1986 nr 28, AD 1985 nr 6, AD 1983 nr 177, AD 1983 nr 174, AD 1983 nr 174, AD 1983 nr 46, AD 1982 nr 112, AD 1982 nr 29.

⁵⁷ Aleksander Peczenik, Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation, 1995, s. 250 ff., Stig Strömholm, Max Lyles & Filippo Valguarnera, Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära, 6 uppl., 2020, s. 375 ff. med hänvisningar, bl.a. till HD:s praxis.

⁵⁸ 58 kap. 1 § 1 st. 4 p. rättegångsbalken (1942:740).

ten.⁵⁹ I litteraturen har Jan Hellner talat om att lagtolkare kan ”göra motstånd” mot lagstiftares uttalanden i förarbeten.⁶⁰ Regeringsformen innehåller vidare påbudet att föreskrifter ska meddelas genom lag om de avser enskildas inbördes ekonomiska förhållanden.⁶¹

Att förändra en lagregel genom uttalanden i förarbeten förutsätter inget mindre än ett antagande om att förarbetena får, och i det aktuella enskilda fallet också måste ha, anspråk på ett slags företräde framför lagtexten. Det är detta som givit upphov till termen i ”kanslihuslang”⁶² *lagstiftning genom motiv*.⁶³ Även om lagstiftning genom förarbeten väl kan ha förekommit någon gång tidigare, exempelvis avseende 1982 års LAS⁶⁴ och skuldebrevslagen⁶⁵ anses denna normgivningsteknik i moderna framställningar vara en ”oart” enligt Stig Strömholm⁶⁶, otillåtet enligt Reinhold Fahlbeck⁶⁷ och som en källa till problem enligt Johan Muncks åsikt⁶⁸.

Folke Schmidt framhöll i sin inflytelserika artikel om lagtolkning från mitten av 1950-talet att om lagstiftaren önskar ändra rättstillämpningens inriktning så bör detta ske genom direktiv meddelade i lagtext. Svensk rätt, framhöll Schmidt, innehöll ju ingen regel av innebörd att direktiv givna i förarbeten skulle ha högre rang än direktiv genom prejudikat: ”Att skapa ett läge där två direktiv kommer att stå mot varandra kan inte anses vara god teknik vid direktivgivning.”⁶⁹ Det

⁵⁹ Se den klassiska framställningen Henrik Hessler, Ett spörsmål om lagstiftning inom fastighetsrätten, SvJT 1957 s. 241 ff., och vidare Stig Strömholm, Max Lyles & Filippo Valguarnera, Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära, 6 uppl., 2020, s. 388 ff.

⁶⁰ Jan Hellner, Lagstiftning inom förmögenhetsrätten. Praktik Teori Teknik, 1990, s. 158. Jfr emellertid diskussionen i Ola Svensson, Att avvika från lagmotiven: några tankar kring ett rättsfall om bevisbördans placering, JT 2015–16 s. 741–753.

⁶¹ 8 kap. 2 § 1 st. 1 p. regeringsformen. Jfr diskussionen i Ola Svensson, Lagstyre inom förmögenhetsrätten, Ny Juridik 1:16, s. 7–48.

⁶² Johan Munck, Rättskällor förr och nu, Juridisk Publikation Jubileumsnummer 2014 s. 199–208, s. 202.

⁶³ Aleksander Peczenik, Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation, 1995, s. 253 f.

⁶⁴ Reinhold Fahlbeck, Praktisk arbetsrätt, 3 uppl., 1989, s. 38. Prop. 1981/82:71 s. 71 (departementschefen) jämförd med s. 163 f., Lagrådet: ”Regeln i 7 § av nu gällande lag [...] har behållits oförändrad i lagförslaget. I den allmänna motiveringen har likväl vissa uttalanden gjorts [...], vilka delvis syftar till en ändring i nuvarande rättstillämpning”. Eftersom den aktuella lagregeln överfördes från en äldre lag till den nya kunde dessa uttalanden tillerkännas betydelse som lagmotiv i kommande tvister om regelns innebörd.

⁶⁵ Jfr 14 § 2 st. lagen (1936:81) om skuldebrev och Jan Hellner, Lagstiftning inom förmögenhetsrätten. Praktik Teori Teknik, 1990, s. 95.

⁶⁶ Stig Strömholm, Max Lyles & Filippo Valguarnera, Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära, 6 uppl., 2020, s. 389.

⁶⁷ Reinhold Fahlbeck, Praktisk arbetsrätt, 3 uppl., 1989, s. 38.

⁶⁸ Johan Munck, Rättskällor förr och nu, Juridisk Publikation Jubileumsnummer 2014 s. 199–208, s. 202 med hänvisning till NJA 1999 s. 725 jämfört med NJA 2005 s. 738.

⁶⁹ Folke Schmidt, Domaren som lagtolkare, i Festskrift tillägnad Nils Herlitz, 1955, s. 263–298, s. 279.

som ställer till problem är att förarbetsuttalanden och rättspraxis befinner sig på likartade nivåer i gängse juridisk föreställningsvärlds sedan länge väletablerade hierarki över rättskällornas ställning.

På sin tid diskuterade Arbetsrättskommittén vilka möjligheter lagstiftaren hade att förvalta den kritik som riktats mot Arbetsdomstolens rättstillämpning såvitt gällde allmänt hållna regler som saklig grund-bestämmelsen, och framhöll som den enda strategin ”att ingripa med lagstiftning, där ändring inte sker genom omläggningen av en praxis som med fog blivit kritiserad”.⁷⁰ Ett samspel mellan rättstillämparen och lagstiftaren förutsätts således, men att rättstillämpningen endast kan påverkas genom tydliga ändringar i lagen.

Lagstiftaren har själv tagit ställning till frågan om lagstiftning genom motiv, och tagit entydigt avstånd. Justitieutskottet har således uttalat att

det för rättstillämpningen är av utomordentlig vikt att ändring av gällande rätt från lagstiftarens sida sker genom föreskrifter i lag eller genom motivledes gjorda uttalanden i anslutning till antagandet av ny eller ändrad lagtext och inte genom allmänna uttalanden i lagstiftningsärenden som inte gäller det lagrum som uttalandena avser.⁷¹

Även Lagrådet har kommenterat lagstiftning genom motiv och tagit avstånd från detta sätt att reglera:

Enligt svensk rättsuppfattning torde emellertid gälla att sedan väl en lag stiftats och dess tillämpning anförtröts vissa myndigheter – domstolar eller andra – lagstiftaren icke kan ingripa i tolkningsfrågor och genom uttalande föreskriva hur en lagregel ska tolkas. Önskar lagstiftaren en annan tillämpning av ett stadgande än den som blivit rådande i behörig myndighets praxis, måste lagstiftaren ändra regeln. Han har då tillfälle att till denna ändring knyta uttalanden som styr rätts-tillämpningen i önskad riktning.⁷²

Enligt Lagrådet krävs således en ändring i lagens lydelse för att förarbetsuttalanden ska förmå ändra rättstillämpningen – endast nya förarbetsuttalanden är inte tillräckligt för att få till stånd en ny rättstillämpning.

Historiskt har förekommit att lagstiftaren identifierat att rättstillämpningen i Arbetsdomstolen tagit en ogynnsam riktning och ingripit, exempelvis då tolkningen av arbetstagarbegreppet ansågs ha blivit alltför restriktiv och det personella tillämpningsområdet för delar av den dåvarande arbetsfredslagstiftningen

⁷⁰ SOU 1975:1 Demokrati på arbetsplatsen. Förslag till ny lagstiftning om förhandlingsrätt och kollektivavtal. Betänkande avgivett av arbetsrättskommittén, s. 589.

⁷¹ JuBet 1976/77:15, s. 6, jfr NuBet 1986/87:36, s. 20 f. Citerat i Stig Strömholm, Max Lyles & Filippo Valguarnera, Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära, 6 uppl., 2020, s. 390.

⁷² Prop. 1978/79:11, s. 184. Jfr vidare diskussionen mellan Lars Viklund och Anders Sandgren i Lag och avtal, nr 5 och nr 6 1982.

utökades till att avse också så kallade beroende uppdragstagare.⁷³ Ett annat exempel avser hur en dom i Arbetsdomstolen föranledde lagstiftaren att införa en ny regel i 41 a § MBL så att en arbetsgivares åtgärd att innehålla ersättning för utfört arbete som förfallit till betalning ska anses utgöra en olovlig stridsåtgärd.⁷⁴ I dessa båda fall har det varit fråga om tydliga ändringar i lagtexten i kombination med sedvanliga uttalanden till ledning av rättstillämpningen i förarbetena.

5. Att reformera anställningsskyddet vid uppsägning på grund av personliga skäl *med* lagändring

Även om det liggande förslaget i och för sig är otillräckligt (se avsnitten 3 och 4) för att ändra rättsläget när det gäller anställningsskydd vid uppsägning på grund av personliga skäl är det möjligt att åstadkomma detta med en ny lydelse av lagtexten. Vad utgör då ändamålsenliga åtgärder för att åstadkomma den eftersträvade ändringen ifråga om avvägningsskäl saklig grund för uppsägning?

För att den eftersträvade reformen ska få genomslag i rättstillämpningen måste lokutionen ”saklig” grund/skäl ändras till förslagsvis goda/välgående/godtagbara/objektiva et cetera grund/skäl, i kombination med utförliga uttalanden i förarbetena på sedvanligt sätt. Det är ju nivån på kraven som ska ställas på uppsägningen som måste ändras och därför måste ett ord av lägre valör väljas. Här får en tänka sig en skala från ’godtyckligt’ som skulle motsvara en fri uppsägningsrätt till ett förbud för arbetsgivare att säga upp anställningsavtal ingångna tills vidare. Gällande lags avskedandegrund, som är ett avsevärt högre krav än vad som gäller för uppsägning, utgörs av att arbetstagaren ”grovt har åsidosatt sina åligganden mot arbetsgivaren” (18 § LAS). Om parternas förslag om en försämring av anställningsskyddet ska genomföras förespråkar jag för egen del en formulering som lägger fast en nivå under den för avsked men rejält över ett avtalsbrott av normalgraden enligt allmän kontraktsrätt.

Även om den här omdiskuterade reformen skulle genomföras med en lagändring av tillräcklig omfattning föreligger i alla händelser ett behov av utvecklade analyser i förarbetena. Att genom lagändringar sänka tröskeln för saklig grund för uppsägning på grund av personliga skäl är förknippat med ett antal utmaningar. Till denna fråga vänder jag mig nu.

⁷³ Se AD 1938 nr 118, AD 1941 nr 82; jfr AD 1969 nr 31, AD 1980 nr 24, AD 1985 nr 57, AD 1994 nr 130. SOU 1939:49 Betänkande med förslag till ändring i lagen om förenings- och förhandlingsrätt, prop. 1945:88. Se idag 1 § 2 st. lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.

⁷⁴ Jfr AD 1980 nr 24, SOU 1982:60 MBL i utveckling. Betänkande av nya arbetsrättskommittén, prop. 1983/84:165 samt prop. 1993/94:67. Jfr i Arbetsdomstolens praxis AD 1982 nr 81, AD 1995 nr 77, AD 2007 nr 50, AD 2007 nr 94. Se vidare idag också 41 d § lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet och prop. 2018/19:105 s. 61.

6. Ändringsförslaget ur rättskällelärans perspektiv: konkurrerande källor på samma nivå

För att parterna ska lyckas i sitt uppsåt att förskjuta utfallet av avvägningsnormen krävs adekvata ändringar i lagtexten (se avsnitt 4) och uttalanden i förarbetena som förmår styra rättstillämpningen i den önskade riktningen.⁷⁵

För att någon förändring av rättsläget ska uppstå förutsätts att lagförarbetena på ett tydligt och auktoritativt sätt kan slå fast dels vilken beskrivning av rättsläget som ligger till grund för reformförslagen, dels exakt vilka konkreta ändringar som efterlyses. Premisserna för reformen måste kunna identifieras. Gällande rätt om anställningsskydd vid personliga skäl föreligger i en omfattande praxis från Arbetsdomstolen. Den som vill reformera anställningsskyddet måste förklara på exakt vilka punkter som den befintliga AD-praxisen ska anses vara överspelad för att den begärda förskjutningen av rättsläget ska uppstå.

Av parternas förarbetsuttalanden synes framgå att saklig grund-regeln också i framtiden ska utgöra en *avvägningsnorm* (se avsnitt 3). De aktuella lagmotiven gör övergripande jämförelser och pekar på likheterna hos den ”helhetsbedömning” som gäller idag och den som föreslås för framtiden:

Liksom är fallet med saklig grund ska frågan om sakliga skäl avgöras med utgångspunkt från om det föreligger ett tillräckligt allvarligt brott mot förpliktelse enligt anställningsavtalet eller inte. Det avgörande för frågan om sakliga skäl föreligger är alltså om den anställde på ett allvarligt sätt brutit mot anställningsavtalet och om den anställde insett eller bort inse detta, där frågan om den anställdes insikt är relevant. Avgörandet ska grunda sig på en helhetsbedömning av samtliga relevanta omständigheter.

Vid helhetsbedömningen ska arbetstagarens personliga förhållanden, exempelvis ålder, sjukdom eller funktionsnedsättning, vägas in liksom hur arbetsgivaren har agerat i det enskilda fallet och i arbetsmiljöhänseende. Även bakgrunden och orsaken till de omständigheter som läggs arbetstagaren till last ska beaktas i bedömningen.

Sammanfattningsvis är ingen ändring av gällande rätt avsedd i fråga om vad som enligt denna helhetsbedömning ska anses utgöra ett tillräckligt allvarligt åsidosättande av arbetstagarens förpliktelser enligt anställningsavtalet för att en uppsägning av personliga skäl ska vara motiverad. Bedömningen ska ske utifrån lagförarbeten, hittillsvarande rättspraxis från Arbetsdomstolen och andra rättskällor.⁷⁶

Så långt är alltså fokus på kontinuitet; på vad som *inte avses ändras* i och med reformen och på vilka källor som fortsättningsvis ska vara styrande för bedömningarna. Problemet härvidlag är att endast uttalanden i lagförarbeten i princip inte kan inverka på vilken betydelse som Arbetsdomstolens praxis har för denna bedömning (jfr avsnitt 4). De aktuella skrivningarna ger sken av att frågan om

⁷⁵ Jag har tillsammans med universitetslektorn vid Stockholms universitet Erik Sjödin diskuterat några av dessa punkter på DN-debatt 2021-06-12 ”Nya las kan leda till mer oförutsägbara uppsägningar”; <https://www.dn.se/debatt/nya-las-kan-leda-till-mer-oforutsagbara-uppsagningar/>.

⁷⁶ Ds 2021:17, s. 183, s. 68, lagrådsremissen s. 158.

vilken rättspraxis som är relevant kan avgöras av uttalanden i förarbeten. Eftersom rättspraxis och lagmotiv är på samma nivå i hierarkin av det material som får åberopas i rättslig argumentation är den befintliga rättspraxisen från Arbetsdomstolen relevant oavsett vilka svepande uttalanden som görs i de nu aktuella lagmotiven.

Ett ytterligare problem föreligger i det sätt på vilket parterna beskriver saklig grund-bedömningen enligt gällande rätt; denna fråga beskrivs som att det framförallt handlar om att fokusera på arbetstagarens 'avtalsbrott' och allvaret i detta. Jag instämmer inte i denna beskrivning av det gällande anställningsskyddet, som jag anser i avsevärt högre grad än vad som framgår av parternas beskrivning, samtidigt utgår också från arbetsgivarens agerande och omständigheterna på just den aktuella arbetsplatsen. Parterna skapar osäkerhet om rättsläget när de ger en viss beskrivning av rättsläget och sedan anger att denna ska gälla 'även fortsättningsvis'. Rättskälleläran medger inte att rättsläget förskjuts genom att förarbeten beskriver en omfattande rättspraxis på ett tendentiöst sätt och därpå stadfäster den med kommentar om att den ska gälla även i fortsättningen. Eftersom gällande rätt beskrivs på det sätt som parterna eftersträvar, snarare än som det verkligen är uppstår en förskjutning av rättsläget på detta implicita sätt.

En kärnpunkt i den här aspekten av parternas reformförslag – det vill säga fokus på arbetstagarens 'avtalsbrott' – undergrävs dessutom av uttalanden som görs i omedelbar anslutning till detta ändringsförslag. Här framhåller parterna följande i promemorian och lagrådsremissen:

Inom ramen för helhetsbedömningen kvarstår det principiella kravet på vidtagande av mindre ingripande åtgärder som tidigare uppställts rörande saklig grund i form av personliga skäl och som utvecklats i förarbeten och rättspraxis. Med mindre ingripande åtgärder avses exempelvis stödjande åtgärder, tillrättavisningar, varning om att anställningen är i fara och omplacering.⁷⁷

Dessa utgångspunkter fokuserar alltså inte på arbetstagarens agerande utan istället återigen på arbetsgivarens agerande och omkringliggande faktorer på arbetsplatsen. Att beakta hur motparten arbetsgivaren agerat i syfte att få arbetstagaren att avstå från att begå 'avtalsbrott' och på olika sätt hindra denna att bryta mot anställningsavtalet står i kontrast till den avtalsrättsliga bedömning som parterna efterlyser strax ovan i sitt förslag. I en mer tydligt avtalsrättsligt präglad prövning bedöms parternas agerande i relation till varandra isolerat och som om de var på armlängds avstånd. Även om en skyldighet möjligen kan finnas för en part att utöva sina avtalsbaserade rättigheter på ett sådant sätt att motpartens prestation underlättas (det vill säga lojalitetsplikt⁷⁸) kan denna kontraktsrättsliga

⁷⁷ Ds 2021:17, s. 184, lagrådsremissen s. 159.

⁷⁸ Jfr Ds 2002:56 Hållfast arbetsrätt – för ett föränderligt arbetsliv, s. 285–430, s. 481–484, Jori Munukka, Kontraktuell lojalitetsplikt, 2007 (diss.), *passim*, Niklas Selberg & Erik Sjödin, Anställningsavtal, lojalitetsplikt och mänskliga fri- och rättigheter. Ny rättspraxis om yttrande-

princip inte dras så långt att den skulle kunna anses inbegripa en skyldighet att hindra motparten arbetstagaren från att begå avtalsbrott. Motsägelsen ligger i att å ena sidan föreskrivs en omläggning till avtalsrättsligt orienterad bedömning som ska fokusera på *arbetstagarens agerande*, å andra sidan föreskrivs samtidigt att den befintliga rättspraxisen, som i sammanhanget framhåller betydelsen av *arbetsgivarens agerande*, även fortsättningsvis ska vara vägledande.

Parternas reformförslag innehåller i förarbetena också en begäran om förskjutning av rättsläget:

I förhållande till den rättstillämpning som sker i dag kan det hittills sagda antas medföra en ökad fokusering på frågan om arbetstagaren har gjort sig skyldig till ett tillräckligt allvarligt åsidosättande av sina skyldigheter enligt anställningsavtalet och vad han eller hon har insett om detta där frågan om arbetstagarens insikt är relevant. Den ändrade inriktningen på prövningen som detta innebär skapar ökad förutsebarhet och stämmer överens med det övergripande syftet med lagändringen.⁷⁹

En grundläggande motsägelse i parternas förslag utgörs av att den omdiskuterade helhetsbedömning som sker vid tillämpningen av gällande rätt samtidigt både ska vara oförändrad och förändrad.

Arbetstagarparten/käranden kommer i domstol ha intresse av att lägga upp sin processföring på ett sådant sätt att de äldre principerna ska få maximalt genomslag i avgörandet och försöka utverka att det händelseförlopp arbetsgivaren åberopar i uppsägningsärendet ska bedömas med stöd av det äldre rättsliga materialet. Arbetsgivaren kommer ha intresse av att försöka undergräva betydelsen av de formuleringar i de nya förarbetena som talar om ett oförändrat rättsläge och framhålla de som talar om en omläggning.

frihet på Internet ur arbetsrättslig synvinkel – i offentlig respektive privat anställning, JT 2012–13 s. 846–877.

⁷⁹ Lagrådsremissen s. 159, Ds 2021:17, s. 184, s. 68 f. I parternas förslag i promemorian finns även följande mening före sista meningen: ”Rena sociala hänsyn som inte har att göra med ålder, sjukdom, funktionsnedsättning eller liknande och som saknar samband med hur arbetsgivaren har agerat i arbetsmiljöhänseende och dylikt ska inte längre beaktas.” Parternas tal om ’rena sociala hänsyn’ har, menar jag, svagt stöd i den befintliga anställningsskyddspraxisen. Det är i alla händelser oklart vad som avses med denna skrivning och vad man anser att domstolen har beaktat i sin helhetsbedömning, som den inte ska få beakta i framtiden. Det som det liggande förslaget vill avskaffa är en bedömning som inte sker i någon högre utsträckning vid tillämpningen av gällande rätt. Det är på denna punkt svårt att förutspå vad effekterna skulle bli av lagförslaget. Sannolikt är att den av parterna eftersträfvade förutsägbarheten inte skulle gagnas. Det är nu en öppen fråga hur denna strykning i lagrådsremissen jämfört med promemorian ska tolkas: är det meningen att sådana rena sociala hänsyn nu ska tas, eller har departementschefen endast kommit att ansluta sig till en uppfattning om att sådana hänsyn idag *de facto* inte tas. Strykningen kan tas till intäkt för att rena sociala hänsyn efter lagändringen har starkare ställning än någonsin tidigare i tillämpningen av LAS. Den tolkningen utgår då från att lagstiftaren agerade utifrån ett antagande om att rena sociala hänsyn brukade tas i rättstillämpningen. Jfr diskussionen i Niklas Selberg, När arbetsrätten går före demokratin, Dagens arena 2021-08-24, <https://www.dagensarena.se/essa/nar-arbetsratten-gar-fore-demokratin/>.

Sammanfattningsvis är parternas reformförslag delvis i strid med grundläggande principer för rättslig argumentering. Det är inte möjligt att med stöd av uttalanden i förarbeten förfoga över ett rättsläge som lagts fast i rättspraxis. Dessutom kommer förslaget inte att förverkliga den eftersträvade förutsägbarheten, eftersom det är internt motsägelsefullt.

7. Det nedärvda systemet för rättsbildning på arbetsmarknaden förändras

Anställningsskydd i form av en generalklausul tillika avvägningsnorm som tillämpas av en specialdomstol med partsnominerade ledamöter i domarsätet är en central aspekt av den svenska arbetsmarknadsmodellen.⁸⁰ Generalklausuler (eller skönsregler) ger uttryckligen rättstillämparen en betydande frihet vid ställningstagande till både regelns tillämplighet (rättsfakta) och rättsföljd: Stig Strömholm går så långt som att karaktärisera dessa regler som ”innehållstomma”.⁸¹ I rättsvetenskapen framhålls att när lagstiftaren använder denna regleringsteknik utgör det en form av delegation av lagstiftningsmakt till domstolarna.⁸²

Varje materiell precisering av saklig grund-regeln från lagstiftarens sida framstår således i och för sig som i viss mån systemfrämmande. Antagandena i parternas förslag om att tröskeln för saklig grund vid uppsägning på grund av personliga skäl ligger för högt, länkar debatten om anställningsskyddet till frågor om Arbetsdomstolen och dess roll och funktion i den svenska modellen för arbetsmarknadsrelationer. Eftersom det materiella anställningsskyddet vid uppsägning på grund av personliga skäl idag framförallt föreligger i Arbetsdomstolens praxis – de ursprungliga förarbetena⁸³ innehåller endast allmänna

⁸⁰ Niklas Selberg & Erik Sjödin, Stridsåtgärder i Högsta domstolen, JT 2016–17 s. 906–937, des., Om behörig domstol och civilrättsliga sanktioner för stridsåtgärder på arbetsmarknaden. Replik till Jan Kleineman om NJA 2015 s. 899, SvJT 2019 s. 482–500, des., EU-rätten skulle gagnas av en arbetsrättslig avdelning i EU-domstolen, Europarättslig tidskrift 2015 s. 415–424, des., Är det så svårt att leka tre? Något om konkurrerande kollektivavtal med anledning av AD 2020 nr 66, SvJT 2021 s. 607.

⁸¹ Stig Strömholm, Max Lyles & Filippo Valguarnera, Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära, 6 uppl., 2020, s. 183.

⁸² Stefan Grundmann, General Standards and Principles, Clauses Générales, and Generalklauseln in European Contract Law – A Survey, i Stefan Grundmann och Denis Mazeaud (red.), General Clauses and Standards in European Contract Law. Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification, 2006, s. 1–19. Stig Strömholm, Max Lyles & Filippo Valguarnera, Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära, 6 uppl., 2020, s. 183, s. 262–267.

⁸³ Ds In 1971:1 Den äldre arbetskraftens anställningstrygghet. Promemoria upprättad inom inrikesdepartementet, prop. 1971:107 med förslag till lag om anställningsskydd för vissa arbetstagare, m.m., SOU 1973:7 Trygghet i anställningen. Betänkande avgivet av Utredningen rörande ökad anställningstrygghet och vidgad behörighet för arbetsdomstolen, prop. 1973:129

principiellt hållna riktlinjer – träffar parternas missnöje med saklig grund-regeln Arbetsdomstolens rättstillämpning.

Lagstiftarens hittillsvarande utgångspunkt för anställningsskyddslagen är att ”vad som skall anses utgöra saklig grund är beroende av utvecklingen och ändringar i rådande värderingar”.⁸⁴ I förarbetena till LAS slås vidare fast att det inte var ”möjligt och inte heller lämpligt att precisera” saklig grund-begreppet i lagtext. Bakgrunden till denna position var att

uppsägningsfallen inbördes [är] alltför olika och förhållandena på arbetsplatserna alltför skiftande. Behovet att kunna ta hänsyn till de särskilda omständigheterna i varje enskilt fall talar emot att man försöker på förhand ange hur fall av ett visst slag eller tillhörande en viss grupp skall bedömas.⁸⁵

Eftersom arbetsmarknaden sedan 1973/1981 tagit avgörande steg i riktning mot en ökad – och alltså ökad – specialisering och mångfald vad gäller verksamhet, yrken, organisatoriska former med mera, har denna utgångspunkt snarast blivit mer aktuell av tidens gång och dagens mångfacetterade arbetsliv.

Eftersom de partsnominerade ledamöterna kan bilda majoritet⁸⁶ och fälla avgörandet då Arbetsdomstolen dömer i anställningsskyddsmål träffar kritik mot Arbetsdomstolens rättstillämpning i förlängningen parternas medverkan i rättsbildningen på arbetsmarknaden – något som alltså är en hörnsten i den svenska arbetsmarknadsmodellen som ju parterna säger sig vilja värna.

Kravet på saklig grund för uppsägning på grund av personliga skäl får uppfattas inte endast som en generalklausul och avvägningsnorm (se avsnitt 3), utan framförallt som en delegation från lagstiftarens sida till parterna att genom deras medverkan i dömandet i Arbetsdomstolen lämna avgörande bidrag till rättsbildningen på arbetsmarknaden. Arbetsrättskommittén uttalade på sin tid – med instämmande från lagstiftaren⁸⁷ – att innebörden av allmänna rättssatser såsom saklig grund för uppsägning ”inte [är] en gång för alla given”, och fortsatte om Arbetsdomstolens rättstillämpning kring den här typen av regler:

Utrymmet för skälighetsöverväganden och hänsyn till förändrade värderingar på arbetsmarknaden är inte sällan stort. Det väsentliga är emellertid att AD redan till följd av reglernas egen konstruktion har utrymme för att i sin tillämpning uppfylla de syften som ligger bakom reglerna liksom att väga in sådana nytillkommande värderingar som finnes bära beaktas. Domstolens praxis kan

med förslag till lag om anställningsskydd, m.m., Ds A 1981:6 Anställningsskydd. Promemoria sammanställd inom arbetsmarknadsdepartementet på grundval av anställningsskyddskommitténs (A 1977:01) arbete, prop. 1981/82:71 om ny anställningsskyddslag m.m.

⁸⁴ Prop. 1973:129, s. 122, prop. 1981/82:71, s. 64.

⁸⁵ Prop. 1973:129, s. 120, prop. 1981/82:71, s. 64.

⁸⁶ 3 kap. 6 § lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister.

⁸⁷ Prop. 1975/76:105, bil. 1, s. 319 f. Jfr SOU 1982:60 MBL i utveckling. Betänkande av nya arbetsrättskommittén.

påverkas genom utformningen av reglerna och av de anvisningar rörande tillämpningen som i samband därmed ges; något ytterligare medel för sådan påverkan behövs inte.⁸⁸

Att parterna medverkar till att i lagstiftning och förarbeten styra (till exempel som nu sänka tröskeln) och precisera saklig grund-begreppet minskar parternas möjlighet att påverka rättsbildningen på arbetsmarknaden genom att medverka i dömandet i Arbetsdomstolen. Det är svårt att uppfatta parternas förslag som något annat än som ett uttryck för misstroende mot specialdomstolen på arbetsmarknaden och att parternas medverkan i rättstillämpningen inte uppskattas lika mycket som tidigare. Idag förefaller parterna prioritera att påverka arbetsmarknadsregleringen genom att agera som lagstiftare, snarare än att verka som rättstillämpare. Parternas bidrag till regleringen av arbetsmarknaden förflyttas således delvis. Ambitionen att styra rättstillämpningen som uttrycks i de nya LAS-förarbetena ökar likheterna mellan den arbetsrättsliga saklig grund-/skälregeln och lagregeln om uppsägning av bostadshyresavtal i vilken ges ett antal specificerade uppsägningsgrunder.⁸⁹ I viss utsträckning begär parterna i sitt förslag att lagstiftaren återtar den normgivningsmakt som delegerats till Arbetsdomstolen.

Parternas önskan att reformera saklig grund-regeln vid uppsägning på grund av personliga skäl framstår som överraskande mot bakgrund av den höga grad av enighet som föreligger mellan de olika kategorierna av ledamöter i Arbetsdomstolens domar på anställningsskyddets område. En översikt över de senaste 83 refererade domarna⁹⁰ i vilka avvägningsskäl i saklig grund-regeln tillämpats från åren 2000–2020 ger följande bild.⁹¹ 72 av 83 avgöranden var enhälliga. Av de 11 dissenserna var 5 från ledamöter nominerade av arbetstagersidan⁹², 4 från ledamöter nominerade av arbetsgivar sidan⁹³, 1 från en ledamot nominerad av arbetstagersidan och 1 tillfällig ersättare för en övrig ledamot⁹⁴ samt 1 från en ledamot som utsetts bland personer som ej kan anses företräda arbetsgivar- eller arbetstagarintressen⁹⁵. Till detta kommer 2 särskilda yttranden, varav 1 från

⁸⁸ SOU 1975:1 Demokrati på arbetsplatsen. Förslag till ny lagstiftning om förhandlingsrätt och kollektivavtal. Betänkande avgi vet av arbetsrättskommittén, s. 588.

⁸⁹ 12 kap. 42 § jordabalken (1970:994).

⁹⁰ Således AD 2020:23, 58, AD 2019:2, 39, AD 2018:28, AD 2017:3, 14, 37, AD 2016:74, AD 2015: 9, 12, AD 2014: 3, 41, 49, 50, 85, 26, 82, AD 2013:65, AD 2012:25, 30, AD 2011:20, 26, 36, 41, AD 2010:3, 10, 62, 79, 18, AD 2009:41, 53, 30, 36, 67, 96, AD 2008:2, 20, 90, AD 2007:12, 33, 95, AD 2006:11, 13, 57, 69, 73, 83, 90, 109, 112, 118, 121, 127, AD 2005:72, 85, 105, 115, AD 2004:30, AD 2003:45, 81, 70, AD 2002:26, 32, 44, 51, 58, 18, AD 2001:1, 2, 12, 59, 60, 70, 92, 94, 106, 3, AD 2000:35, 111, 17, 64, 76.

⁹¹ Detta är min bearbetning av Arbetsdomstolens dombok. Jag har uteslutit mål om avskedande trots att saklig grund-regeln kan tillämpas i dem. Fokus på avvägningsskäl har uteslutit punktförbud för uppsägning. Jag har inte heller nyanserat för rätts- respektive sakfrågor.

⁹² AD 2019 nr 2, AD 2009 nr 53, AD 2006 nr 69, AD 2005 nr 85, AD 2001 nr 106.

⁹³ AD 2013:65, AD 2008 nr 90, AD 2009 nr 30, AD 2002 nr 44.

⁹⁴ AD 2001 nr 70.

⁹⁵ AD 2002 nr 58.

ledamöter nominerade av arbetstagsarsidan⁹⁶ och 1 från ledamöter nominerade av arbetsgivarsidan⁹⁷. I 1 dom förekommer en skiljaktig motivering från ledamöter nominerade av arbetstagsarsidan⁹⁸. Denna genomgång anser jag kan tas till intäkt för att den rådande tolkningen av saklig grund-regeln är väl förankrad inte endast i rättskällorna utan också på ömse sidor av arbetsmarknaden. Parterna borde kunna ta avstamp i denna hittillsvarande höga grad av enighet de uppvisat i den konkreta tillämpningen av saklig grund-regeln. I Arbetsdomstolen har parterna kunnat hitta ett gemensamt synsätt på vilka ageranden från arbetstagesarsida som ska föranleda att anställningsavtalet får sägas upp. Här hade domstolens ledamöter kunnat fortsätta på den inslagna vägen och gemensamt modernisera saklig grund-regeln i rättstillämpningen och förskjuta rättsläget genom prejudikatbildningen. Helt säkert hade Arbetsdomstolens ordförande och övriga ledamöter inte lagt hinder i vägen för detta. Sammanfattningsvis framstår mot ovanstående bakgrund parternas åtgärd att föra in anställningsskyddet vid uppsägning på grund av personliga skäl i diskussionen om 'modernisering' av LAS som överraskande.

8. Vem kan och bör reformera anställningsskyddet vid uppsägning på grund av personliga skäl?

Gällande anställningsskyddsregler är en omfångsrik och komplex rättslig materia – lärare i arbetsrätt har en svår uppgift och den som ska tillämpa reglerna måste ha överblick över ett vidsträckt rättsligt fält.⁹⁹ Anställningsskyddet är en avsevärd inskränkning i arbetsgivarens maktställning och självfallet är det viktigt att debatten om anställningsskyddet fortsätter – inte minst om arbetsgivarnas kostnader vid tvist om anställningen¹⁰⁰ – och att alla argument för och emot olika lösningar presenteras och diskuteras utförligt.

⁹⁶ AD 2009 nr 36.

⁹⁷ AD 2006 nr 11.

⁹⁸ AD 2008 nr 20.

⁹⁹ Jag ger min syn på dessa regler i Niklas Selberg, *Arbetsgivarbegreppet och arbetsrättsligt ansvar i komplexa arbetsorganisationer. En studie av anställningsskydd, diskriminering och arbetsmiljö*, 2017 (diss.), s. 85–228, och i Niklas Selberg, *Flexibla regler, fragmenterade anställda: Den diskursiva och formella konstruktionen av det flexibla arbetslivet*, i Rebecca Selberg & Paula Mulinari (red.), *Arbete. Intersektionella perspektiv*, 2011, s. 245–261.

¹⁰⁰ Jfr Jonas Malmberg, *Anställningen under tvist*, i Mia Rönmar & Jenny Julén Votinius (utg.), *Festskrift till Ann Numhauser-Henning*, 2017, s. 447–458, SOU 2012:62 *Uppsägningstvister. En översyn av regelverket kring tvister i samband med uppsägning av arbetstagare*.

Behovet av vad Mats Glavå kallat avmytifiering av anställningsskyddet framstår emellertid alltjämt som stort.¹⁰¹ Det har dock inte saknats heltäckande och utförligt analyserade och motiverade förslag för hur anställningsskyddet både kan förstås och förändras¹⁰² – här finns en rik, men underskattad, källa att ösa ur för den fortsatta debatten.

Sammanfattningsvis framstår i mina ögon de idag gällande bedömningsgrunderna om saklig grund för uppsägning med stöd av LAS-förarbetena och Arbetsdomstolens rättspraxis som nyanserade och välavvägda. Andra bedömare kan dock ha goda argument för andra ståndpunkter härvidlag, och dessutom kan reformer av LAS kombineras med andra reformer, till exempel avseende utbildningsmöjligheter och omställning. Vad som emellertid inte kan accepteras är genomförandet av reformförslag som utgår från en undermålig beskrivning av rättsläget och som genom att vara internt motsägelsefulla riskerar att inverka destruktivt dels på det arbetsrättsliga regelsystemet som sådant, dels på goda förutsättningar för rättstillämpningen.

Lagstiftaren överväger i det här analyserade ärendet att genomföra något som inte bara skulle skapa den oreda som kan följa av osäkerhet om rättsläget ifråga om saklig grund för uppsägning, utan också rucka på rollfördelningen för rättsbildningen på arbetsmarknaden. I det aktuella lagstiftningsärendet utgör arbetsmarknadsparterna (några av dem) de facto lagstiftaren, och denna ovanliga maktposition används för att på ett i princip otillåtet sätt försöka utverka direktiv till Arbetsdomstolen. Det aktuella lagstiftningsärendet har potential att få konsekvenser på systemnivå för arbetsrättens vidkommande: att omvandla parternas roll från att ingå kollektivavtal till att skriva lag och förarbeten och att inskränka Arbetsdomstolens utrymme i rättstillämpningen. En följd av det aktuella lagstiftningsärendet kan bli att möjligheterna minskar för Arbetsdomstolen att i rättstillämpningen hantera luckor i – till exempel som man gjorde genom bastubadarprincipen (avsnitt 3) – och brister som kan ha uppstått i den arbetsrättsliga lagstiftningen, eftersom domstolens handlingsutrymme nu ifrågasätts så tydligt.¹⁰³

Det råder enighet om att Arbetsdomstolens praxis har varit viktig för att precisera den enskilda anställningsrätten.¹⁰⁴ Anställningsskyddstvister har tvingat Arbetsdomstolen att ta ställning till vilka grundläggande förpliktelser

¹⁰¹ Mats Glavå, 30 år med anställningsskydd – och med myter. En kritisk reflektion över anställningsskyddets utveckling, i Birgitta Nyström, Annamaria Westregård & Hans-Heinrich Vogel (red.), *Liber Amicorum Reinhold Fahlbeck*, 2015, s. 209–229.

¹⁰² Mats Glavå, *Vägval för anställningsskyddet*, 2018, Ds 2002:56 Hållfast arbetsrätt – för ett föränderligt arbetsliv.

¹⁰³ Jfr diskussionen om rollfördelningen mellan lagstiftaren och rättstillämparen på förmögenhetsrättens område i Stefan Lindskog, *Betalning. Om kongruent infriande av penningkulder och andra betalningsrättsliga frågor*, 2 uppl., 2018, s. 48 f.

¹⁰⁴ Reinhold Fahlbeck, *Tankar om arbetsdomstolen – hädiska och andra*, i Birgitta Nyström (red.), *Den svenska arbetsrätten i ett nytt Europa. Vänbok till Sten Edlund*, 1993, s. 95–115.

som följer av anställningsavtalet.¹⁰⁵ Ett rikt – nyanserat och omfattande och välargumenterat – rättsligt material om anställningsförhållandet har det gällande saklig grund-begreppet att tacka för sin tillkomst. Sannolikt hade detta material varit mindre fylligt om tröskeln för saklig grund vid uppsägning varit lägre – och det är svårt att sia om vilken källa som i det läget skulle ha tagit Arbetsdomstolens roll i rättsbildningen på den svenska arbetsmarknaden och i den svenska modellen.

Den som vill sänka tröskeln i saklig grund-begreppet och riktat sig till lagstiftaren med detta önskemål har enligt min mening vänt sig åt fel håll. Den allmänt hållna saklig grund-regeln (se avsnitt 3) tillsammans med det faktum att domstolarna har en fristående roll¹⁰⁶ i relation till lagstiftaren innebär att det är enklare för personer som är intressenter/stakeholders i arbetsmarknadsfrågor och exempelvis rättsvetenskapliga forskare än för lagstiftaren att förskjuta rättstillämpningen av en generalklausul. Medan lagstiftaren måste ändra ordentligt i själva lagens lydelse och hantera en rad följdproblem (se avsnitt 5) står det fritt för alla och envar att med goda argument förklara för Arbetsdomstolen att den har anledning att lägga om sin praxis i något visst avseende. Arbetsdomstolen är fullt berättigad att ta intryck av välgrundad kritik mot sin rättstillämpning och för framtiden lägga om denna i vad som visats vara en mer gynnsam riktning.¹⁰⁷ Om lagstiftaren ska uppnå samma slutresultat krävs omsorgsfulla ändringar i anställningsskyddslagen. Den som anser att Arbetsdomstolens rättstillämpning lagt tröskeln för saklig grund-begreppet på fel ställe och att det härvidlag ställs för höga krav på arbetsgivare bör utveckla analyser och argument som övertygar Arbetsdomstolen om det berättigade i denna kritik och att rättsläget därför ska förskjutas i rättstillämpningen. Jag är övertygad om att Arbetsdomstolen, helt i enlighet med lagstiftarens uttryckliga förväntan, skulle vara beredd att låta goda argument ligga till grund för en förskjutning av rättsläget i en riktning som alla parter kan acceptera eller rentav instämma i för framtiden.

9. Avslutningsvis

Sammanfattningsvis är parternas ändringsförslag om anställningsskyddet vid uppsägning på grund av personliga skäl på en och samma gång både otillåtet och verkningslöst. Rättskälleläran och grundläggande normer för rättslig argumentation hindrar att lagregeln om saklig grund för uppsägning förändras på det

¹⁰⁵ Kent Källström & Jonas Malmberg, *Anställningsförhållandet. Inledning till den individuella arbetsrätten*, 5 uppl., 2019, s. 67.

¹⁰⁶ Jfr 11 kap. RF.

¹⁰⁷ Jfr möjligheterna till plenum i Arbetsdomstolen; 3 kap. 9 § lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister.

sätt som nu föreslås, det vill säga rent faktiskt endast genom förarbetsuttalanden. Att styra rättstillämpningen genom förarbetsuttalanden utgör ett exempel på otillåten lagstiftning genom motiv. Om rättsläget vid uppsägning på grund av personliga skäl ska ändras – åt något håll – kan detta inte ske med mindre än att lagstiftaren beslutar om en tydlig ändring i lagtexten. Något sådant förslag föreligger inte i dagsläget. Förarbetsuttalanden är inte bindande och har lägre rättslig rang än lagstiftning och därför blir det nuvarande förslaget verkningslöst – och därför bör det inte heller genomföras.

För att anställningsskyddet vid uppsägning på grund av personliga skäl ska ändras krävs att en annan term ersätter dagens 'saklig' och ordentliga förarbetsuttalanden. De liggande förarbetena till parternas reformförslag är av flera skäl problematiska; de försöker i strid med rättskälsläran ändra på ett rättsläge som följer av rättspraxis, de ger inte en god beskrivning av de bedömningar som man vill ska fortsätta gälla, de ger inte en precis beskrivning av vad som ska ändras och de är internt motsägelsefulla.

Det är tydligt att det liggande lagförslaget behöver omarbetas. Att lagförslag förändras till det bättre i remissrundan och efter lagrådsgranskning hör naturligtvis till vanligheterna. Problemet med det liggande förslaget är att det utgör resultatet av en förhandling mellan arbetsmarknadens parter. När regeringen nu måste genomföra ändringar av det liggande förslaget finns en risk att någon av parterna uppfattar dessa förändringar som partiska eller som att de skiftar förslagets riktning på ett betydande sätt och därför blir missnöjd. Det är svårt att tänka sig att parterna kan involveras i skrivandet av det förslag som ska underställas riksdagens beslut.¹⁰⁸

Att parternas reformförslag utgör ett oförklarat angrepp på Arbetsdomstolens roll i den svenska modellen för arbetsmarknadsrelationer är problematiskt.

Parternas förslag skulle göra en redan komplicerad regel mer komplicerad – och rättsläget skulle dessutom bli oklart och förutsägbarheten i systemet mindre. Den efterlysta förskjutningen av rättsläget ger således ett resultat som är tvärt emot vad som efterlysts i parternas förarbeten – fler och längre tvister innebär ju ökade kostnader för arbetsgivare och arbetstagare.

I den föreliggande artikeln har jag visat att parternas liggande förslag om att reformera LAS såvitt gäller anställningsskydd vid uppsägning på grund av personliga skäl av flera anledningar inte bör genomföras; eftersom det inte föreskrivs tillräckliga lagändringar blir förbudet mot lagstiftning genom motiv tillämpligt. Vidare, särskilda förutsättningar gäller för lagstiftaren att utverka förskjutningar av rättsläget när detta är förankrat i rättssystemet genom en lagstadgad avvägningsnorm och en omfattande mängd rättspraxis. Dessa förutsättningar måste nu beaktas i den fortsatta beredningen av LAS-reformerna och i framtida debatter om behov av lagändringar på arbetsrättens område. Mitt

¹⁰⁸ I 4 kap. 4 § RF föreskrivs att de som får väcka förslag i riksdagen är regeringen och riksdagsledamöter.

bidrag här har varit att framhålla betydelsen av att reformförslag för arbetsrättsens vidkommande håller sig inom övergripande rättsliga och konstitutionella ramar. Dessutom pekar jag på att idag är avvikelser från den nedärvda och väl-etablerade 'svenska modellen' för arbetsmarknadsrelationer en komplicerad process som kräver noggranna och utförliga åtgärder för att få avsedda effekter.