

Förhandlingarna vid

# Det tjugonionde nordiska juristmötet

i Stockholm

19–21 augusti 1981

Del II

(Bil. 5–17)

Utgivna av den svenska styrelsen

**Norstedts tryckeri 1982**

## **Innehållsförteckning**

Lars Lundgaard: Offentlig ansattes yttringsfrihed og tavshedspligt . . . . .	7
Guðrún Erlendsdóttir: Ægtefællers og fast samboendes formueforhold . . . . .	19
Gunnar Danielson: Arbetsmiljön – ansvarsplacering och sanktioner . . . . .	53
Jesper Lett: Patienters rettigheder . . . . .	73
Oluf Skarpnes: Hverdagslivets tvister – behandling i domstoler eller nemnder . . . . .	93
Jørgen Nørgaard: Problemet med den manglende ejerindflydelse i selvejende institutioner . . . . .	113
Väinö Riihelä: Allemansrätten – skydd och begränsningar . . . . .	129
Dag Victor: Rättsmedvetande och straffvärde . . . . .	149
Torkel Opsahl: Utlendingers rettslige stilling . . . . .	169
Anders Victorin: Äganderätt till lägenhet . . . . .	193
Lars Erik Taxell: Styrelseledamöters rättsliga ansvar . . . . .	221
Erik Boe: Medborgarprotester som juridiskt problem . . . . .	245
Carl Lidbom: Frihet, rättssäkerhet och effektiv samhällsstyrning – ett dilemma för lagstiftaren . . . . .	267

Det 29:e nordiska juristmötet  
Stockholm den 19–21 augusti 1981

Lars Lundgaard

Offentlig ansattes ytringsfrihed  
og tavshedspligt

**Indholdsfortegnelse:**

	Side
I. Indledning	3
II. Emneafgrænsning	4
A. Hvilke ytringer?	4
B. Hvilke offentlig ansatte?	4
III. Grundlovens regel om ytringsfrihed	4
IV. Regler om tavshedspligt og offentlighed i forvaltningen	5
A. Regler om tavshedspligt	5
B. Offentlighedslovgivningen	6
V. Forholdets natur	6
A. Hensynet til den offentlige debat	7
B. Hensynet til den offentlig ansatte som demokratisk menneske	7
C. Hensynet til myndighedens/institutionens/ den politiske beslutningsproces	8
1. Statsforvaltningen	8
2. Kommunalforvaltningen	9
3. Politiske standpunkter og faktiske oplysninger	10
VI. Sanktioner	10

# Offentlig ansattes ytringsfrihed og tavshedspligt

Af amtssocialdirektør LARS LUNDGAARD

## I. Indledning

Skriftlige redegørelser og diskussionsoplæg om større forvaltningsretlige emner som f.eks. "offentlig ansattes ytringsfrihed" rekvireres som oftest hos stats- eller forvaltningsretlige eksperter fra universiteterne. Dette er både forståeligt og fornuftigt. For forskernes/underviserens styrke er bl.a. de tidsmæssige ressourcer til relevante internationale studier af retstilstanden trukket up to date.

Den danske forvaltningsretlige litteratur er netop blevet forøget med et særdeles kvalificeret "bud" på den gældende retstilstand inden for området "vedrørende offentlig ansattes ytringsfrihed" gennem professor, dr. jur. Bent Christensens responsum herom fra 1980 til den danske regering.

Selv om Bent Christensen omtaler såvel stats- som kommunalt ansatte, gør han dog i forbindelse med emneafgrænsningen opmærksom på, at "de kommunalt ansattes forhold kompliceres af, at kommunestyret ikke bygger på lignende – i hvert fald i princippet – klare sondringer, som dem der kendes i statsadministrationen mellem regering og folketing og mellem regering og opposition. Desuden er statsadministrationens forhold bedst oplyst, bl.a. fordi størstedelen af den litteratur om offentlig ansattes forhold, der findes, især har statsens forhold for øje. Det er derfor sandsynligt, at den følgende redegørelse må anvendes med forsigtighed på kommunalt ansatte, også i tilfælde hvor jeg ikke udtrykkeligt understreger forskellene mellem stats- og kommunalt ansatte."

Med den danske kommunalreform i 1970 påbegyndes en politisk decentraliseringsproces med en række opgavelytninger fra staten til amtskommuner og kommuner. Kommunalreformen har vendt op og ned på de offentlig ansattes placering i den politiske proces. Således er størsteparten af de ledende embedsmænd, der sidder nær den politiske beslutningsproces, i dag ansat i amtskommunerne og kommunerne.

Interessen for de forvaltningsretlige problemer, der knytter sig til offentlig ansatte, flytter selvsagt med ud i de decentrale niveauer.

Det er i denne sammenhæng, jeg betragter opfordringen til en amtskom-

munal ansat forvaltningschef om at give et "bud" på problematikken omkring de offentlig ansattes ytringsfrihed.

Henvendelsen hænger formentlig ligeledes sammen med den kendsgerning, at jeg ret aktivt har deltaget i den offentlige socialpolitiske debat.

Denne redegørelse koncentrerer sig kun om gældende ret, hvor denne skønnes at være væsentlig for de mere personligt udformede debatsynspunkter. Der er primært lagt vægt på mere debatskabende bemærkninger og synspunkter, der heller ikke for forfatteren nødvendigvis er ganske afklarede.

## II. Emneafgrænsning

### A. Hvilke ytringer?

Når offentlig ansattes ytringsfrihed analyseres, afgrænses ytringerne som oftest til de ytringer, der har direkte forbindelse med den offentlig ansattes arbejdsområde, og som giver udtryk for et andet standpunkt end den politiske myndigheds eller forvaltningsenhedens.

Denne redegørelse vil da også hovedsageligt holde sig hertil. For den offentlig ansatte er det imidlertid ikke blot ytringen, men lige så meget *ytringens konsekvenser* der har betydning. Redegørelsen vil derfor ligeledes i et vist omfang omhandle andre "farlige" ytringers samspil med sanktionsmulighederne over for offentlig ansatte.

### B. Hvilke offentlig ansatte?

Redegørelsen omfatter principielt alle offentlig ansatte. Der er imidlertid lagt særlig vægt på kommunalt ansattes forhold. Betegnelser som "offentlig ansatte" og "embedsmænd" anvendes udelukkende som sprogvarianter.

## III. Grundlovens regel om ytringsfrihed.

Den danske grundlovs § 77 har følgende ordlyd:

"Enhver er berettiget til på tryk, i skrift og tale at offentliggøre sine tanker, dog under ansvar for domstolene. Censur og andre forebyggende forholdsregler kan ingensinde på ny indføres."

Der er i den danske statsretlige litteratur stort set enighed om, at grundlovens § 77, der omhandler ytringsfrihedsbegrebet, udelukkende beskytter mod forhåndscensur, mens lovgivningen og andre retsfor skrifter kan knytte

efterfølgende sanktioner til offentlige ytringer. Grundloven sikrer den formelle – ikke den materielle – ytringsfrihed.

Man kan muligvis hævde, at grundloven kombineret med legalitetsprincippet stiller særligt kvalificerede krav til de forskrifter, der vil begrænse ytringsfriheden. Men denne konstatering er allerede mindre interessant i denne sammenhæng, fordi retlige afhængighedsforhold, som de forefindes inden for offentlig virksomhed, formentlig selvstændigt og ubegrænset kan indsnævre retten til at udtale sig for den offentlig ansatte.

Der kendes ikke eksempler i dansk retspraksis på, at domstolene har erklæret forskrifter, der begrænser offentlig ansattes ytringer, for grundlovsstridige.

Der er imidlertid næppe tvivl om, at den offentlige debats ofte (fejlagtige) tale om ”grundlovens beskyttelse af ytringsfriheden”, indgår med væsentlig psykologisk styrke i overvejelser om, hvorvidt man skal og bør tolerere offentlig ansattes ytringer.

#### **IV. Regler om tavshedspligt og offentlighed i forvaltningen.**

Reglerne om tavshedspligt er formentlig nært forbundne med lovgivningen om offentlighed i forvaltningen, når tavshedsreglerne vurderes i forhold til diskussionen om lovlige/ulovlige ytringer.

##### **A. Regler om tavshedspligt.**

Offentlig ansatte er underkastet mere eller mindre uklare ytringsbegrænsninger gennem reglerne om tavshedspligt. Disse begrænsninger omfatter typisk ”forhold, som han i medfør af sin stilling bliver bekendt med, og hvis hemmeligholdelse ifølge sagens natur er påkrævet eller bliver ham foreskrevet” (den danske tjenestemandsløvs § 10, stk. 2).

Der er ikke tvivl om, at tavshedspligten afgrænser de lovlige ytringer. Der er næppe heller tvivl om, at det retlige afhængighedsforhold mellem over- og underordnede i en offentlig myndighed giver den overordnede mulighed for at pålægge en underordnet tavshed med henblik på konkrete eller generelle forhold.

Konkrete og/eller generelle påbud om at undlade at ytre sig offentligt (udover hvad der naturligt fremgår af tavshedspligtsreglerne) er, så vidt jeg kan se, almindelige i centraladministrationen, men usædvanlige i den kommunale administration.



Det er min opfattelse, at offentlig ansatte i vidt omfang føler sig usikre over de uklare regler for tavshedspligt, hvorfor sætningen ”du har jo tavshedspligt” formentlig anvendes lige så unuanceret som modsætningen: ”grundloven sikrer offentlig ansatte ytringsfrihed.”.

I vurderingen af, hvad den offentlig ansatte kan ytre sig om, kan man efter min opfattelse hale sig op på noget mere sikker grund, hvis man kombinerer reglerne om tavshedspligt med lovgivningen om offentlighed i forvaltningen.

### **B. Offentlighedslovgivningen.**

Den danske offentlighedslov er en ”minimumslov”, der foreskriver, hvilke dokumenter det offentlige *skal* aflevere. Derudover *kan* myndigheden udlevere mere med respekt af tavshedsreglerne m.v.

Selv om loven i sin form er ”et tilbud” til borgeren, som denne kan tage initiativ til at benytte, hvis han ønsker det, anvendes loven i praksis helt anderledes konstruktivt af efterhånden adskillige politiske udvalg og råd.

Det er ikke længere usædvanligt, at forvaltningschefen efter et udvalgs-møde efter samråd med udvalget/udvalgsformanden udsender samtlige de sagsdokumenter, der har været forelagt på det lukkede møde, som *offentlighedsloven tillader*.

Formålet er dels på det generelle niveau at styrke den offentlige lokale debat. Endvidere ligger der vel en del motivation omkring PR for det politiske arbejde.

Man må antage, at offentlighedsloven i videre omfang end traditionelt antaget regulerer omfanget af de ytringer, offentlig ansatte kan fremkomme med uden at støde mod tavshedspligtsreglerne.

Offentlig ansatte bør i forbindelse med fremsatte ytringer ikke kunne rammes af tavshedspligtsreglerne, hvis ytringerne fremtræder i sagsdokumenter, der lovligt *kan* offentliggøres, uanset om borgeren eller myndigheden har benyttet denne lovgivning.

Der forefindes mig bekendt ingen autoritative afgørelser i Danmark vedrørende ovenstående, men synspunktet støttes af Bent Christensen.

Offentlighedsloven er ikke formuleret således, at den altid fremtræder lysende klar. Den involverer i praksis en række fortolknings- og kompetanceafgrænsninger, men dette bør ikke røkke ved hovedreglen.

## **V. Forholdets natur.**

”Forholdets natur” er den udfyldende, subsidiære retskilde, der får særlig betydning og styrke, hvor regler og afgørelser fremstår vage.

I den danske juridiske litteratur og offentlige debat om offentlig ansattes ytringsfrihed fremhæves som *andre betragtninger* på den ene side hensynet til den offentlige debat, på den anden side hensynet til myndighedens/institutionens/den politiske beslutningsproces.

Hertil vil jeg gerne føje: Hensynet til den offentlig ansatte som medmenneske i et demokrati.

### **A. Hensynet til den offentlige debat.**

Det er vel almindeligt at vurdere hensynet til den offentlige debat således, at den offentlig ansattes deltagelse heri både er en forudsætning for folkestyret og et våben mod magtmisbrug. En bred offentlig debat styrker den samlede argumentationsmasse hen mod ”de rigtige løsninger”.

Ovenstående argumenter for, at offentlig ansatte ikke blot kan men måske endda *har pligt til* at deltage i den offentlige debat inden for deres fagområde, er formentlig velkendte.

### **B. Hensynet til den offentlig ansatte som demokratisk menneske.**

Som én af de offentlig ansatte, der af og til deltager i den offentlige debat inden for mit eget fagområde, er motivationen vel lige dele ”forpligtelse over for det demokratiske samfund man lever i” og ”behovstilfredsstillelse af anden art”.

Den ”demokratiske forpligtelse” opfatter jeg som udtryk for et fundamentalt menneskeligt intellektuelt behov for at forholde sig aktivt og medlevende til det samfund, man lever i.

Man kan hertil hævde, at sådanne ”debatbehov” udmærket kan komme til udtryk på alle andre samfundsområder end lige inden for den offentlig ansattes ekspertise.

Men er det ikke netop inden for det fagområde, hvor man er særligt vidende (og uundgåeligt ofte stærkt engageret), at det føles naturligt at udtrykke sig?

Jo flere skrevne eller uskrevne lokkemidler/sanktioner (avancementsmuligheder m.v.) jo lettere er det vel at få den offentlig ansatte til at undertrykke den ”demokratiske forpligtelse”.

Det er min opfattelse, at det behovspsykologiske element – netop fordi

det ikke er traditionelt juridisk – er undervurderet i debatten om offentlig ansattes ytringsfrihed.

Integreret med ovenstående argumentation kan tilføjes: Formelt er det den politiske ledelse, der er ”ansvarlig” for de offentlige beslutninger m.v. Den offentlig ansatte er politikerens tjener. Det politiske ansvar udøves imidlertid ofte kortsigtet og politisk taktisk uden primære hensyn til langtrækkende samfundsperspektiver. Ledende embedsmænd må derfor uundgåelig opleve en alternativ – ikke formel – ansvarlighed over for kontinuiteten i det offentlige ansvar. Og dette ansvars udtryk i den offentlige debat. Uanset om man politisk synes om dette eller ej.

Hensynet til den offentlige debat og hensynet til ”det demokratiske menneske” glider sammen, når embedsmanden formentlig korrekt ofte opfatter situationen således, at han sidder på et så væsentligt overblik- og vidensmonopol, at han bør formulere sig for en bredere offentlighed end den til enhver tid eksisterende politiske ledelse.

Endvidere har mange samfundsproblemer konsekvenser på tværs af statslige og kommunale myndigheder og hen over sektorsgrænserne, hvilket måske netop kan overskues af embedsmanden.

Den ovenfor nævnte ”behovstilfredsstillelse af anden art” er den prestige, som offentlige ytringer (som megen anden udadvendt virksomhed) ofte medfører. Sådanne behov er næppe entydigt negative. De høre derimod ikke hjemme i argumentationen for en udvidet ytringsfrihed for offentlig ansatte.

### **C. Hensynet til myndighedens/institutionens/den politiske beslutningsproces.**

#### *1. Statsforvaltningen.*

Ministerens muligheder for at føre regeringens politik ud i praksis over for *modstanderne*: Folketinget, oppositionen, organisationerne m.v. har forment den retstilstand, der vel stadig er gældende.

Regeringens embedsmænd må være lydige og loyale og derfor undlade at tale ministeren offentligt imod i politisk relevante/kontroversielle sager. Og formentlig er godt stykke derudover.

Hensynet går forud for hensynet til den offentlige debat og de ansattes ”demokratiske behov”. Hensynet har størst vægt over for medarbejdere i direkte sekretariats- og rådgivningsfunktioner. Men selv om hensynet (og den tillknyttede ”loyalitetsspligt”) udviskes, jo længere nede i hierarkiet man befinder sig, efterleves det i stor stil. Det er sjældent, ministerielle embedsmænd ytrer sig om andet end det, de er beordret til oppefra.

I vurderingen af de negative konsekvenser for de offentlig ansatte statsem-

bedsmænds stærkt indskrænkede ytringsfrihed bør indgå, at samme "kæft, trit og retning" forlanges i organisationerne og hos andre modparter for ministeren.

Den offentlige debat savner de statsansattes ytringer. Og det er vel spørgsmålet, om der i det hierarkiske embedsmandssystem ikke findes dæmpere på de offentlig ansattes lyst og muligheder for at ytre sig inden for deres fagområde, der går betydeligt ud over ministerens ønsker og behov?

Og er det virkelig således, at hensynet til ministerens forvaltningsudøvelse i nutidens demokratiske samfund i den grad legitimerer den totale mundkurv på statsansatte i ministerier og styrelser?

For statsansatte uden for ministerierne, på universiteter, uddannelsesinstitutioner o.lign. er en udstrakt ytringsfrihed så almindelig anerkendt, at den næppe behøver at blive diskuteret her.

## 2. Kommunalforvaltningen.

De ledende embedsmænd i en amtskommune eller kommune er formentlig underlagt samme indskrænkninger i muligheden for offentligt at ytre sig som kollegerne ved staten.

Et politisk udvalg, en udvalgsformand, en borgmester, et amtsråd må i forhold til modparten: Den politiske opposition, organisationerne, andre myndigheder, pressionsgrupper m.v. kunne forlange en loyalitet, der svarer til ministerens. Ledende kommunale embedsmænd tillades næppe at udtale sig stik imod hverken en udvalgsformands eller et politisk udvalg eller amtsrådsflertals politiske overvejelser og beslutninger. Og jo mere politisk "varm" og kontroversiel en sag er, jo stærkere opfattes loyalitetspligten.

Jeg finder principielt intet urimeligt heri. Især ikke hvis modvægten er politisk ansatte embedsmænd. Spørgsmålet er imidlertid, om den usikkerhed, der eksisterer om loyalitetspligtens grænser også får de kommunale embedsmænd til at tie alt for ofte?

I kommunalforvaltningen er der dog trods alt ikke den samme tradition for at tavshedsregulere forholdet mellem politikere og forvaltning eller mellem forvaltningsledelse og medarbejdere. Grænserne mellem det politiske og forvaltningsmæssige er endvidere ofte flytende. Dertil kommer, at det politiske arbejde sjældent involverer samme ideologiske og partipolitiske kampe som i folketinget/statsapparatet. Der er i dagligdagen snarere tale om samarbejde omkring løsning af de af folketinget afgrænsede udfyldende opgaver end politiske stridsspørgsmål. Og den politiske strid — når den endelig er der — går tit på tværs af partigrænserne.

Dette forhold giver også ledende embedsmænd større frihed til at ytre sig.

Fordi de sager, hvor loyalitetspligten trumfer retten til at ytre sig, ikke synes overvældende.

Bortset fra de ledende kommunale embedsmænd og andre med rådgivende funktioner i de konkrete sager forefindes en udstrakt ret til at ytre sig for offentlig ansatte i det kommunale apparat. En ret der næppe anfægtes i praksis af den politiske myndighed.

Også her er sanktionsnettet og hierarkiets indbyggede besværligheder imidlertid i sig selv momenter, der rent faktisk afholder også kommunalt ansatte fra at ytre sig, langt ud over hvad loyalitetspligten og hensynet til de overordnede tilsiger.

### *3. Politiske standpunkter og faktiske oplysninger.*

Specielt i relation til den ledende embedsmands loyalitetspligt over for den politiske beslutningsproces omfatter pligten kritik mod *de politiske standpunkter*.

Afgrænsninger af "politiske standpunkter" er formentlig ikke ganske enkel.

På den ene side må embedsmanden være afskåret fra at indgå i en almindelig offentlig polemik med sine politiske chefer før eller efter den politiske afgørelse qva pågældendes funktion som rådgiver/sekretær.

På den anden side kan f.eks. forvaltningschefen formentlig godt offentligt orientere om faktiske kendsgerninger. Hvis en politisk beslutning er blevet til på baggrund af, at man ikke vil bevilge penge til det eller det formål, fordi man ikke mener, det har nogen effekt, og en journalist forespørger forvaltningschefen for det pågældende område ud om grundlaget for beslutningen, kan denne formentlig godt redegøre for, at der rent faktisk foreligger en forsøgsrapport med det og det indhold. En sådan forsøgsrapport vil med respekt af personlige oplysninger normalt altid være offentlig, såfremt offentlighedsloven anvendes. Forvaltningschefens faktiske oplysninger (ytringer) må anses for at være lovlige.

Om de holder for sanktioner er desværre en anden sag. Det må imidlertid fastholdes, at det er "politiske standpunkter" ikke "faktiske oplysninger" den ledende embedsmand bør tie med.

## **VI. Sanktioner**

Det formelle og uformelle sanktionssystem har i Danmark langt større indflydelse på summen af offentlig ansattes ytringer end den samlede beskrivelse af gældende ret vedrørende "lovlige ytringer". Dette skyldes den

skønsmæssige mulighed for, at den overordnede forvaltningsledelse/politiske ledelse påvirker advancementsmuligheder, forflyttelse samt afskedigelse.

Og de offentlig ansatte betragter det næppe som tilstrækkeligt betryggende, at lovlige ytringer ifølge den juridiske litteratur *ikke alene* må hindre advancement. Det er ej heller tilstrækkelig betryggelse, at en eventuel afsked kombineres med retten til pension. Og så kan man nok så meget tale om et proportionalitetsprincip i dansk ret. Det er de ansattes betragtninger og vurderinger af de overordnedes, hierarkiets åbenhed over for kontroversielle synspunkter, der primært betyder noget.

Det er næppe nogen tilfældighed, at det ofte er embedsmanden, der ikke længere kan avancere, enten fordi han er nået "helt op", eller fordi han er blevet endelig forbigået, der pludselig får lyst til at udnytte retten til at ytre sig offentligt i embedsanliggender.

Jo større faglig og menneskelig kompetence hos chefen/den politiske ledelse jo større tolerance over for anderledes lovlige, offentlige ytringer, der strider mod chefens/den politiske ledelses synspunkter, uden at (indirekte) sanktioner kommer på tale.

Men selv hvor der hos den embedsmand, der ønsker at ytre sig, fornemmes en åbenhed i det overordnede led tages formentlig ingen chancer. For offentlig ansatte er udover behovene for at fungere som "demokratisk menneske" også præget af en social/materialistisk stræben, så behovene for at stige i graderne på den sociale rangstige ofte vejer tungere end den ikke-kompetencegivende adfærd "offentlig debattør mod magthaverne". Medmindre embedsmanden da har ambitioner om på et tidspunkt at flytte over i den politiske lejr.

Det skal imidlertid erkendes, at det er lettere teoretisk at give udtryk for, at det offentlige system til den yderste grænse bør være åben over for de ansattes kontroversielle ytringer end i praksis selv at leve op dertil.

Jeg kan udmærket som forvaltningschef vedkende mig en ærekærhed i jobbet, der også omfatter min fornemmelse for offentlighedens (pressens) vurdering af den indsats, min forvaltning tegner udadtil. Såfremt mine underordnede medarbejdere i pressen gav udtryk for andre kritiske synspunkter, end dem jeg lægger frem som rådgivning over for politikerne, ville jeg måske i pressen bemærke, at "det er kun sundt med en offentlig debat". Samtidig med at jeg må erkende, at situationen let kan være stressende og svær at håndtere, fordi debatten måske rokker ved såvel politikernes som offentlighedens tiltro til mine ledelses-/rådgivningsevner.

Men det er jo netop det, der er et af de væsentlige led i hele debatten. At flest mulige synspunkter kan komme til offentlighedens kendskab.

Jeg drager ovennævnte personlige relationer ind i erkendelse af, at det kan være lettere at skrive teoretisk om offentlig ansattes ytringsfrihed end at praktisere den som chef.

Når sager om embedsmænds lovlige ytringer i relation til sanktionssystemet er få, skyldes det formentlig en uhyre overdreven selvjustits. Fordi kontroversielle ytringer afsagt i forhold til en ledelse, der ikke er så faglig og menneskelig suveræn, som hierarkiets top til enhver tid burde være, formentlig med rette opfattes som hindringer for avancement m.v. Uanset at dette teoretisk set ikke kan lade sig gøre. For i praksis indgår den overordnedes vurdering af den underordnedes loyalitet i bredeste forstand som et vigtigt element i forfremmelsesvurderinger m.v.

Selvjustitsen er ligeledes opmærksom på, at man som ledende embedsmand kan afskediges ud fra skønsmæssige overvejelser omkring samarbejds-evne – herunder den belastning man eventuelt udøver på myndighedens samarbejdsvilkår.

Da jeg for et par år siden offentligt i en dagbladskronik og efterfølgende i TV og radio kritiserede de danske lægers aflønningsforhold i ret skarpe vendinger, modtog amtsrådet i de følgende dage breve fra såvel speciallægerne som de praktiserende lægers organisation, hvori man gjorde opmærksom på, at man betragtede mig som belastende for amtsrådet og min forvaltnings daglige samarbejde med lægerne.

Jeg blev bekræftet i min forhåndsopfattelse af, at man i hvert fald som ledende embedsmand skal sidde sikkert i sadlen, før man vover pelsen i de virkelig kontroversielle sager, selv om der er tale om lovlige ytringer.

Det 29:e nordiska juristmötet  
Stockholm den 19–21 augusti 1981

Guðrún Erlendsdóttir

Ægtefællers og fast samboendes  
formueforhold



	<i>sid.</i>
I. Indledning .....	3
II. Emnets fordeling .....	4
III. Ægtefællers formueforhold. Nugældende regler .....	5
1. <i>Gifteeje</i> .....	5
2. <i>Gældsansvar</i> .....	5
3. <i>Særeje</i> .....	6
4. <i>Gaver mellem ægtefæller indbyrdes</i> .....	7
5. <i>Halvdelingsprincippet</i> .....	7
6. <i>Sameje</i> .....	8
IV. Bör halvdelingsprincippet afskaffes? .....	10
1. <i>Videre afvigelser fra halvdelingsprincippet</i> .....	11
2. <i>Særregler for bolig og indbo</i> .....	13
3. <i>Ægtepagter</i> .....	14
4. <i>Bosondring</i> .....	15
5. <i>Skæringstidspunkt</i> .....	15
6. <i>Udlæg ved skifte</i> .....	15
V. Fast samboende .....	16
1. <i>Definition</i> .....	17
2. <i>Antal tilfælde af fast samboende</i> .....	17
3. <i>Fast samboendes formueforhold</i> .....	18
4. <i>Avtaler</i> .....	20
5. <i>Formueskifte – sameje</i> .....	22
6. <i>Domme vedrørende sameje</i> .....	24
VI. De nordiske landes samarbejde m.m. .....	26
1. <i>Den danske redegørelse</i> .....	27
2. <i>Den norske redegørelse</i> .....	28
VII. Er lovsætning for fast samboende nødvendig? .....	29
VIII. Slutning .....	31

# Ægtefællers og fast samboendes formueforhold

av docent GUÐRÚN ERLÉNDSDÓTTIR

## I. Indledning

De nordiske lande har i lang tid haft nært samarbejde ved lovgivning om familieretslige anliggender. Ved den første nordiske jurist kongress der blev holdt i Köbenhavn 1872, blev de grundprincipper fremsat vedrørende ægtefællers formueforhold, som endnu i dag er gyldige.

Nordiske samarbejdskomitéer om revision af familieretslige love, der begyndte sit arbejde 1909, formede de regler, hvis hovedtræk gælder endnu i alle de nordiske lande.

Disse regler bygger på det grundprincip, at hver ægtefælle for sig, skal være mest muligt selvstændig i ægteskabet, have bestemmelsesret over sit gifteeje, og kun bære ansvar overfor sine egne forpligtelser, men det sammenhold der skabes af ægteskabet reflekterer sig i ægtefællernes gensidige forsorgspligter, og i halvdelingsprincippet af gifteejet ved ophör af ægteskabet.

I årene mellem 1920–30 trådte love om ægtefællers formueforhold i kraft i alle de nordiske lande, med disse grundprincipper som basis.<sup>1</sup> For knap 30 år siden, eller på den 20. nordiske jurist kongress i Oslo, var et af diskussionsemnerne ”Er en ændring i lovene om ægtefællers formueforhold påkrævet?”<sup>2</sup>

I diskussionerne der fandt sted, var det den almindelige mening, at erfaringen af lovene var ret god, og at der ikke var anledning til gennemgribende ændringer.<sup>3</sup>

Nu er der gået omkring 60 år siden lovene om ægtefællers formueforhold trådte i kraft. Ganske vist har visse forandringer i de fleste love fundet sted, men der er dog ikke tale om nogle ændringer af grundprincipper. De sidste

1 Sverige: Giftermålsbalken, 11. juni 1920.

Island: Lov om ægtepars rettigheder og pligter, 20. Juni 1923.

Danmark: Lov om ægteskabets retsvirkninger, 18. marts 1925.

Norge: Lov om ektefellers formueforhold, 20. maj 1927.

Finland: Åktenskapslag, 13. juni 1929.

2 Forhandlingerne på det 20. nordiske juristmöde 1954, s. 5–60.

3 Forhandlingerne på det 20. nordiske juristmöde 1954, s. 169–208.

årtiers udvikling giver anledning til at standse et øjeblik, og overveje om lovene har bestået sin prøve gennem årene.

Man må bemærke, at det ikke er ganske pludseligt at interesse for dette spørgsmål vågner i dag.

Der har været stor interesse for familieanliggender og familieretslovgivning i de sidste år. Nordiske ægteskabsudvalg har haft lovene om ægtefællers formueforhold til revision de sidste år.

Diskussionerne om kønnes ligeberettigelse har resulteret i kritik af ægteskabslovene, idet mange mener, at de vedligeholder den gamle ordning om kvindens underordnede samfundsstilling. I særdeleshed er kritikken rettet mod reglerne om forsorg og halvdelingsprincippet.

Overmåde omfattende ændringer har fundet sted i samfundet, siden lovene trådte i kraft for omkring 60 år siden, og det er nok at påpege kvindens ændrede samfundsstilling, familiens forandrede rolle, det stadig voksende antal af skilsmisser, og sidst men ikke mindst, den store forøgelse af dem der bor sammen i ugift stand.

Det er derfor aktuelt at optage her på dette sted diskussionen om ægtefællers og fast samboendes formueforhold, med hensyn til de samfundsforandringer der har fundet sted.

## II. Emnets fordeling

Det er langt fra, at jeg i denne udredning vil komme frem med en universal løsning af de problemer der hersker omkring ægtefællers, og fast samboendes formueforhold.

Min udredning deler jeg i hovedtræk i to dele. Den ene handler om ægtefællers formueforhold, den anden om fast samboendes formueforhold. Denne fordeling hentyder straks til, at jeg anser at de samme regler om formueforhold ikke bør gælde for disse to grupper.

Jeg vil ikke detaljere de gældende regler for ægtefællers formueforhold, men nøjes med at henvise om dette emne til Sigrid Beckmans redegørelse fra den 20. jurist kongress i Oslo 1954. Jeg vil dog gøre rede for de ændringer i ægtefællers formueforhold, som jeg har kendskab til, og ligeledes for de ændringer, som jeg anser for ønskelige, og de ideer der er fremkommet i de nordiske lande i den retning.

I afsnittet om fast samboendes formueforhold vil jeg kortfattet beskrive de regler som gælder der, og forklare den retslige udvikling i de sidste år, og hvilke slutninger man kan drage deraf.

### III. Ægtefællers formueforhold. Nugældende regler

#### 1. Gifteje

Ordningen om gifteeje er det almindelige arrangement vedrørende ægtefællers formueforhold i de nordiske lande. Selvom ordningen ikke kaldes ved de samme navne i de nordiske lande, er meningen dog den samme.<sup>4</sup>

Med gifteeje menes de ejendele som ægtefællen lægger til boet ved ægteskabets ophav, eller erhverver senere, indtil formueforholdets slutning. Fortjeneste af sådan eje, og det der kommer ind i dets sted, bliver også gifteeje.

Den generelle regel er, at ægtefællen har selvbestemmelsesret over sit gifteeje.

Der sættes dog begrænsning for denne selvbestemmelsesret, begrundet på hensyn til den anden ægtefælle, eller familien i helhed, og de viser sig i, at den anden ægtefælles samtykke påkræves ved salg eller pantsætning af fast ejendom som familien bor i, eller er benyttet ved den ene ægtefælles, eller begges næringsdrift (Danmark, Island, Norge). I Sverige og Finland påkræves samtykke for al fast ejendom.

Endvidere påkræves samtykke for salg eller pantsætning af lösöre, hvis den indbefattes i ægtefællernes fælles hjem, til den anden ægtefælles nødvendige arbejdsredskaber, eller benyttes til börns behov.

Forskellige regler gælder om formen for samtykke. I Danmark og Island kræves ikke skriftligt samtykke om fast ejendom, men i de andre lande er det påkrævet.

Disse regler der påkræver ægtefællens samtykke til visse foranstaltninger er samfundsmæssige beskyttelsesregler. Det er naturligt at ægtepar har samråd om disponeringen af disse ejendomme, der er af vigtighed for hele familien. Det er betydningsfuldt for den af ægtefællerne der ikke er ejeren, hvorledes der disponeres over ejendommen, idet vedkommende har gifteret til den, og ret til sin del ved boskiftet.<sup>5</sup>

#### 2. Gældsansvar

Hovedregelen er den, at hver ægtefælle for sig kun har ansvar overfor de forpligtelser der påhviler vedkommende, men ikke ansvar for den anden ægtefælles gæld.

<sup>4</sup> Danmark: Formuefællesskab, Norge: Felleseje, Sverige: Giftoförettsgodt.

Finland: Egendom utan giftoförettsgodt, Island: Gifteje (ljúskapareign).

<sup>5</sup> Se Ármann Snævarr: Forelæsnings om familieretslove III, s. 375-6.

Fra denne hovedregel er der afvigelser, når det drejer sig om nødvendige omkostninger til hjemmets forsorg, eller børnenes behov, og i Danmark, Island og Norge, ligeledes til hustruens særbehov. Er der tale om denne art af udgifter, spiller det ikke rolle hvem af ægtefællerne afgør kontrakten, begge ægtefæller er i forening ansvarlige.

Denne undtagelse fra hovedregelen om gældsansvar stammer fra ægteparrets økonomiske fællesskab, mens regelen om hustruens særbehov er i modsætning til det ligeberettigelsessynspunkt, som lovene anses at begrundes på, og baseres på en ældre ordning om kønnenes rollefordeling.

### 3. Særeje

Grundprincippet for ægtefællers selvstændighed vedrørende særrådighed og særansvar for gæld, har til følge, at ægtefæller kan gøre kontrakt med hinanden.

Ifølge lovene kan ægtefæller ved ægtepagt enes om at en ejendom bliver særeje, foruden, at ifølge lovene kan tredjemand, (giver eller testator) bestemme at en gave, eller arv bliver modtagerens særeje. Særeje kan endvidere skabes ved bestemmelser i andre love.<sup>6</sup> Værdier der kommer i stedet for særeje, bliver ligeledes særeje, men fortjenste af særeje bliver gifteeje, hvis ikke ægtepagten bestemmer anderledes.

Der er ingen forskel på særeje og gifteeje med hensyn til gældsansvar. Hver ægtefælle for sig bærer ansvar for sin gæld, med alle sine ejendele, hvadenten der er tale om særeje eller gifteeje. Der er ingen begrænsning for en ægtefælles disponeringsrettigheder af sit særeje.

Hovedforskellen mellem særeje og gifteeje fremkommer ved boskifte, idet særeje holdes udenfor skifte, og den anden ægtefælle får ingen del i særejeværdier ved skilsmisse.

Forskellige regler gælder for særeje ifølge ægtepagt i de forskellige lande.

I Norge blev en lovforandring vedtaget 1937, således at en speciel ægtepagtsform blev tilladt (skilsmisseægtepagt), dvs. ægtepar fik tilladelse til at gøre en ejendel til særeje, men særejet blev til gifteeje ved en af ægtefællernes død. En tilsvarende lovændring blev vedtaget i Island med lov nr. 10/1962. Sådan en bestemmelse findes ikke i de andre landes love.

<sup>6</sup> Paragraf 18, Lov nr. 8/1962, paragraf 30 Lov nr. 73/1972.

#### 4. Gaver mellem ægtefæller indbyrdes

Selvom hovedregelen er forhandlingsfrihed mellem ægtefæller, gælder dog særlige regler om gaver mellem ægtefæller indbyrdes. Sådanne gaver har ofte et skær af uvirkelighed over sig, og der er fare for proforma overførsel, for at få en ejendel sat udenfor kreditorers rækkevidde.

I Finland er indbyrdes gaver mellem ægtefæller forbudt, undtagen de sædvanlige lejlighedsgaver.

I de andre nordiske lande er det påkrævet at en ægtepagt bliver gjort vedrørende gaver mellem ægtefæller, undtagen ved de sædvanlige lejlighedsgaver, forsorgssikring (Danmark, Island, Norge), og overførsel af halvdelen af den enes nettofortjenste til den anden. I alle lovene er der særlige regler til beskyttelse af kreditorer.

#### 5. Halvdelingsprincippet

En ægtefælles rettigheder over den anden ægtefælles gifteeje, viser sig i halvdelingsprincippet, men det indbefatter, at hver ægtefælles netto gifteeje deles ligeligt ved boskifte. Denne regel hviler på gammelt grundlag, og er først og fremmest en beskyttelsesregel for den svagere ægtefælle.

I alle landene gælder afvigelser fra halvdelingsprincippet når skifte finder sted på grund af annullering af ægteskab (regler om annullering blev afskaffet i de svenske ægteskabslove 1973).

I de islandske love er afvigelsen således, at ved skifte på grund af annullering af ægteskab, får hver ægtefælle den udelte værdi af gifteejet, der svarer til hvad vedkommende bragte ind i boet ved ægteskabets ophav, og til hvad der senere blev indlagt i det, med gaver eller arv, og ligeledes med de værdier som vedkommende overførte fra særeje til gifteeje.<sup>7</sup>

I alle lovene er der endvidere bestemmelser der tillader en ægtefælle, ved skilsmisse, at undtage fra boskifte forskellige personlige artikler, nødvendigt bohave og arbejdsredskaber.

Halvdelingsprincippet passer godt ved boskifte, der finder sted, efter at ægteskabet har bestået i lang tid. Det passer derimod ikke så godt når skifte finder sted efter et kortvarigt ægteskab. Derfor er der fremkommet regler der tillader videre afvigelser under specielle forhold.

<sup>7</sup> Jfr. paragraf 27 Lov nr. 60/1972.

I 1937 blev norske love ændret, således at dommeren kan bestemme når der er grund til, at skifte finder sted ifølge de regler der gælder for skifte ved annullering (såkaldt restitutionprincip). Dette passer hovedsagelig, hvis ægteskabet har været kortvarigt og den ene ægtefælle har medbragt hoveddelen af boet.

En lignende regel, dog ikke så omfattende, blev indsat i den danske skiftelov 1963 (skævdeling)<sup>8</sup>, og i islandsk love året 1972.<sup>9</sup> Svensk lovændring i samme retning blev vedtaget 1973.

Som allerede bemærket er hovedforskellen mellem særeje og gifteeje den, at særeje ikke indbefattes i boskifte. I dansk lov om ophav og slutning af ægteskab fra 1969, blev der indsat en bestemmelse der tillader ved skilsmisse at tildømme en ægtefælle erstatning fra særeje, hvis specielle omstændigheder anbefaler så. Dette er en retfærdighedsregel, som passer bedst hvis ægteskabet har bestået i lang tid, og er sat ind, for at sikre at den ægtefælle der ikke er særejer, ikke bliver forfordelt. Lignende bestemmelser blev vedtaget i norske love 1970.

Halvdelingsprincippet træder selvfølgelig også i kraft, når boskifte finder sted ved den ene ægtefælles død. I Danmark, Norge og Island, sørges der godt for den efterlevende ægtefælle. Vedkommende har for eksempel tilladelse til at sidde i uskift bo, er den afdödes arving ifølge arveloven, og i Danmark og Island endvidere pligtarving. Der er også særlige regler i boskiftelovene, der giver den efterlevende ægtefælle ret til udlæg til sig i omfattende grad. Det er også ret, at minde om den regel i norske og islandske love, der tillader ægtefæller at gøre en ejendel til særeje med ægtepagt, således at den bliver gifteeje ved død.

I Sverige og Finland kan halvdelingsprincippet være ubelejligt for den efterlevende ægtefælle, i de tilfælde hvor den afdöde har børn, idet den efterlevende ikke har arveret, når den afdöde har børn.<sup>9a</sup>

#### 6.: Sameje

I de nordiske ægteskabslove er der ikke bestemmelser om sameje. Den generelle regel om ægtefællers formueforhold er gifteejendommen, som allerede bemærket, og der er tilladt at gøre en ejendel til særeje ved en ægtepagt.

<sup>8</sup> Paragraf 56. danske love nr. 156/1969 (Ægteskabsloven).

<sup>9</sup> Paragraf 57. Lov nr. 60/1972.

<sup>9a</sup> Jfr. dog for svensk rets vedkommende reglerne i 13 kap. 12 § giftermålsbalken.

I Danmark og Island findes der ikke generelle love om sameje. Begrebet benyttes om det tilfælde, hvor to eller flere ejer en artikel tilsammen, og kan kun i forening disponere over den. Hvis andet ikke er bestemt, er der sandsynlighed for, at halvdelingsprincippet bliver praktiseret ved samejets ophævelse. Ingen af ejerne har prioritet til overtagelse af ejendelen, således at den må sælges på auktion, hvis begge vil beholde den for sig.

Sameje kan etableres med en særlig kontrakt, og sådan en kontrakt kan ægtefæller ligeledes gøre.<sup>10</sup> Specielt sameje kan derfor så sandelig formes i et ægteskab, og ejendomsandele må derfor vurderes som gifteeje eller særeje, efter forholdene.<sup>11</sup> Kontrakt om sameje har begrænset betydning i ægteskaber, hvor gifteejeordningen råder. Hvis der er tale om sameje, må begge ægtefællerne dog stå sammen om disponeringen af samejet.

I Sverige findes der love om sameje fra 1904, og i Norge blev love om sameje vedtaget 1965. Disse love er hovedsagelig af formueretlig karakter, men har været benyttet vedrørende ægteskaber (og fast samboendes forhold).

Norske domstole har i de sidste år haft stærk tendens til at tildømme sameje mellem ægtefæller.

”Husmoder” dommen fra 1975 (NRT 1975:220) slog det fast, at ved fortolkning af paragraf 50 i den norske skiftelov (”brakt inn i fællesiet”), må husmoderens arbejde i hjemmet vurderes. Retten til, ved skifte, at få udlagt til sig efter vurdering, har i hovedtræk været begrænset til eget gifteeje, hvad dog ofte er urimeligt overfor den ægtefælle der intet ejer. I ovennævnte dom havde ægtefællerne købt et hus, og ægtemanden alene udredt penge og arbejde til köbet. Hustruen udredte intet til köbet, men passede hjemmet og ægteparrets tre små børn. Ved skilsmissen forlangte ægtemanden at få huset udlagt til sig, men højesteret nægtede. Tre dommere mente, at ægteparret var i fællesskab kommet i besiddelse af huset, og hensyn måtte derfor tages til den hjemmegående ægtefælle. To dommere mente, at det var ligefrem uretfærdigt at manden skulle få huset. Mange diskussioner har fundet sted om denne dom, og det er uvist, hvilke konsekvenser den generelt kan have for ægtefællers formueforhold.<sup>12</sup> Blev følgerne muligvis de, at alt hvad ægteparret erhvervede i ægteskabet blev til deres sameje, således at begge måtte tage del i forhandlinger om det? I hvilke forholdsprocenter burde samejet være? Hvorledes, hvis der var fuldstændig særejeordning mellem

10 Gaukur Jörundsson: Ejendomsret s. 20–21. Betænkning nr. 915, 1980, s. 102.

11 Jfr. Ármann Snævarr: Forelæsninger om familieretslove III s. 354.

12 Se Peter Lödrup: Lov og Ret 1975, s. 437–438.



ægtefællerne, var så den hjemmegående ægtefælles arbejde uden betydning? Svar på alle disse spørgsmål er ikke fremkommet endnu. Man kan også henvise til dommen i NRT 1978: 871, hvor ægtemandens kreditorer gjorde udlæg i hus og auto, der var hustruens særeje ifølge ægtepagt. Ægtemanden havde ingen ejendom, men havde højere indtægter end hustruen. Højesteret mente, at når der var tale om en fast ejendom, erhvervet til familiens fælles brug, måtte ægtefællernes forholdsprocent i ejendommen vurderes, men ikke udelukkende holde sig til bogstavsformen. Hvis man anså, at huset og autoen var ægteparrets sameje, kunne ægtemandens kreditorer kun gøre udlæg i hans andel.

Dette blev fortolket på den måde, at hvis det havde været hustruens kreditorer, der krævede udlæg, havde de også måttet respektere ægtemandens medejendomsret.<sup>13</sup>

#### **IV. Bör halvdelingsprincippet afskaffes?**

Jeg har her foroven berørt hovedtrækkene i lovene om ægtefællers formueforhold og de vigtigste ændringer der er blevet gjort på dem. Det der nu er for hånden, er at undersøge om det er aktuelt at gøre flere ændringer på lovene, og da særdeles, om det kunne være rigtigt helt at gå bort fra halvdelingsprincippet, over i særejeordning.

Som det blev bemærket i indledningen, har samfundet gennemgået store ændringer siden lovene om ægtefællers formueforhold trådte i kraft for ca. 60 år siden. Lovene var et stort skridt i retning af ligeberettigelse, idet de byggede på selvbestemmelsesret og selvskyldsansvar for hver ægtefælle for sig. Den hjemmegående ægtefælle har dog ikke opnået den selvstændighed som lovene regnede med, fordi vedkommende var sjældent i position til at erhverve noget gifteeje, og havde derfor ikke bestemmelsesret over nogen ejendom.

Lovene bygger dog ikke alene på ægtefællernes selvstændighed, men tager hensyn til det økonomiske sammenhold der som regel er en følge af ægteskab. Det sker med reglerne om forsorg og halvdelingsprincippet. I diskussionen i de sidste år om ligestilling mellem kønnene har man lagt hovedvægt på at ligestilling først bliver aktuel når kvinden er blevet økonomisk selvstændig på lige fod med manden. Forsorsreglerne mellem ægtepar har

<sup>13</sup> Betænkning nr. 915, 1980 s. 117.

været under stor kritik og er blevet skyldt for at vedligeholde kvinders uselvstændighed. Særejeregler i ægteskab er mest passende for disse ideer.

Jeg må vedkende at jeg finder disse tanker tiltrækkende. Idealet må være, at hvert enkelt menneske kan forsørge sig selv, og at forsorgspligter mellem ægtefæller bliver afskaffet, og kun bundet ved børnene. Vedrørende ejendomsordningen, kan der være tale om en fuldkommen særejeordning, eller, hvad sandsynligvis er mere realistisk, kun de ejendele man kommer med ind i ægteskabet, eller får i arv eller som gave. Men selvom ligeberettigelse er vedtaget i de nordiske lande, er resultatet ikke blevet det, at kvinder står ligestillet med mænd økonomisk set. Man må se kendsgerningerne sådan som de er i dag i øjnene.

Endnu i dag er der en stor gruppe kvinder, der ingen erhversuddannelse har, og har kun arbejdet i hjemmet, og desuden har kvinder lavere løn end mænd. Lovgivningen må derfor endnu i dag tage hensyn til denne gruppe. Forsorsregelen og halvdelingsprincippet er derfor endnu i sin fulde ret, selvom idealet er fuldkommen økonomisk selvstændighed for hver enkelt ægtefælle for sig.

I denne forbindelse må man påpege at det er ikke almindeligt at ægtefæller forandrer ejendomme til særeje med ægtepagt, tiltrods for, at lovene tillader det, som det fremkommer i Sigrid Beckmans redegørelse i Oslo 1954,<sup>14</sup> og ifølge de oplysninger jeg har, er der ikke sket nogen nævneværdig forøgelse siden. Dette kan tyde på, at man finder sig generelt i halvdelingsprincippet, der jo står på gammelkendt grund, og er almindelig kendt.

### *1. Videre afvigelser fra halvdelingsprincippet*

Da halvdelingsprincippet blev indført i lovene, var der kun meget få skilsmisser, og regelen var relevant, når et bo blev skiftet, efter et langvarigt ægteskab, og man kan sige at princippet tager sigte på det. Princippet passer derimod ikke så godt, når skifte finder sted efter et kort ægteskab, men netop her er der vedtaget afvigelser fra halvdelingsprincippet, under forhold, som foroven beskrevet.

De nordiske ægteskabsudvalg har nu lovene om ægtefællers formueforhold til revision. Tiltrods for nogen meningsforskel hos komitéerne, er der dog tilsyneladende den generelle anskuelse, at halvdelingsprincippet bør

14 Forhandl. på det 20. nordiske juristmøde 1954, s. 11.

vedligeholdes som hovedregel, men ret omfattende afvigelser fra den dog tillades,<sup>15</sup> og man kan sige, at hovedmeningsforskellen ligger i hvordan sådanne afvigelser skal bestemmes.

Det finske ægteskabsudvalg har anbefalet i sin betænkning, at en ægtefælles andel i den andens gifteeje skal vokse i forhold til ægteskabets varighed. Forøgelsen skal være 5 % årlig, således at efter 10 års ægteskab har ægtefællen ret til halvdelen af den anden ægtefælles netto gifteeje.<sup>16</sup> Udvalget har endvidere fremsat et forslag der går ud på, at ved skifte bør man anse fast ejendom, erhvervet under ægteskabet til familiens beboelse, som ægtefællernes sameje.

Disse tanker er ikke nye. På jurist kongressen i Oslo 1954 kom Åke Malmström frem med et lignende forslag,<sup>17</sup> og motiverede det på den måde, at når et ægteskab slutter med skilsmisse efter en kort periode (indenfor 10 år), var der ikke så stærk en grund for den ene ægtefælles gifteejeret over den andens ejendom.

Det svenske ægteskabsudvalg er nået til et lignende resultat som finnerne, og mener at det er rigtigt at vedligeholde halveringsprincippet som hovedregel, men hvis ægteskabet afsluttes med skilsmisse indenfor 10 år, ville der kun være tale om proportionelt skifte, således, at gifteejeretten forøges årligt, indtil halveringsprincippet er opnået efter 10 års ægteskab. Hvis ægteparret har boet sammen for ægteskabet og har læet barn, beregnes 10 års perioden fra barnets fødsel.<sup>18</sup> Desforuden anbefaler svenskerne en tilladelse til afvigelse fra halvdelingsprincippet under særlige forhold. Det svenske udvalg har endvidere fremsat forslag om, at visse ejendomme, for eksempel bolig og indbo, bliver ægteparrets sameje, og begrundet det på den måde, at ægtefællers økonomiske samstilling gør det ofte meget vanskeligt at vurdere hvilken af ægtefællerne er ejeren af en bestemt artikel.

I de norske love har der længe bestået en regel, der tillader omfattende afvigelser fra halvdelingsprincippet. Norske domstole har endvidere, som ovenfor sagt, i udstrakt grad fastslået, at ejendele er ægtefællernes sameje. Det norske udvalgs ideer går i den retning, at man bør i alle tilfælde anse bolig og indbo erhvervet under ægteskabet, for at være ægtefællernes absolutte sameje.

15 Betænkning nr. 716, 1974.

Komitébetänkande 1976: 29.

Lars Tottie: TIR 1977.

Westling: TIR 1977 og 1980.

16 Komitébetänkande 1976: 29 s. 82.

17 Forhandl. på det 20. nordiske juristmöte s. 195–196.

18 Lars Tottie: TIR 1977, s. 654.

Det danske udvalg har i sin betænkning<sup>19</sup> anbefalet mere omfattende afvigelsesregler end lovene tillader i øjeblikket. Danske domstole har ikke så ofte tildømt sameje mellem ægtefæller, der er jo ikke så stor nødvendighed for samejekonstruktionen i ægteskaber med fællesejeordning, foruden at man kan sige, at det er i modsætning til den selvstændighedsånd som lovene om ægtefællers formueforhold bygger på.

Visse vanskeligheder viser sig, hvis samejeregelen skal vedtages ved lov. Skal den kun nå til bolig og indbo, eller skal den strække sig længere, og nå for eksempel til kapitalopsparing?

Det islandske ægteskabsudvalg har forslag svarende til de danske. Den anbefaler lovvedtagelse, der tillader afvigelse fra halvdelingsprincippet og bestemmelserne om skifte af særeje, hvis skifte ellers tydeligvis ville blive uretfærdigt for den ene af ægtefællerne, i særdeleshed når hensyn tages til ægteparrets formueforhold og ægteskabets varighed. Denne afvigelse vil i særdeleshed blive benyttet hvis den ene af ægtefællerne har indbragt i boet betydelig mere end den anden ved gitemålet, eller senere arvet, eller fået som gave. Endvidere er det foreslået at afvigelser fra halvdelingsprincippet tillades når den ene ægtefælle har med arbejde, bistand til familiens forsorg, eller på anden måde væsentlig bidraget til forøgelse af den formue der tilfalder den anden ægtefælle, eller har på anden måde været medvirkende i at forøge den anden ægtefælles formue. Hvis en af ægtefællerne har forringet sit fælleseje med utilbørlig adfærd, og det har resulteret i forringelse af den formuepart som den anden ægtefælle har krav på, kan afvigelse fra halvdelingsprincippet også finde sted. Det er anbefalet at disse regler endvidere kan benyttes til fordel for ægtefællens arvinger, hvis hensynet til dem anbefaler det i særlig grad.

## *2. Særregler for bolig og indbo*

Som ovenfor beskrevet har finner, nordmænd og svenskere fremkommet med forslag om, at bolig og indbo bliver et ægtepars sameje.

Disse er sikkert de værdier der er de vigtigste for enhver familie, og der er en tvingende nødvendighed for beskyttelsesregler. Men her vil jeg påpege, at vi allerede har særregler om bolig og indbo, hvor disponeringen af disse ejendomme er betinget af den anden ægtefælles samtykke, og det er derfor et spørgsmål om, hvorvidt flere beskyttelsesregler er påkrævet. Som allerede

<sup>19</sup> Betænkning nr. 716, 1974, s. 65–66.

sagt her foroven, er der kun minimal forskel på reglene som de er i dag og samejeordningen, for så vidt som det vedkommer disponeringsret og skifte. Vedrørende gældsansvar er der derimod en stor forskel.

Det forslag er også sat frem, at bolig og indbo ikke skal stå generelt til fyldestgørelse for kreditorer, undtagen for direkt påhvilende gæld.

Man kan ganske bestemt sige, at der er en tiltrækkende tanke bag det norske samejeforslag, at en hjemmegående ægtefælle får en aktiv ret over ejendommen, så længe ægteskabet står vedlige men ikke kun når det kommer til skifte på grund af skilsmisse. Alligevel mener jeg, at det strider imod den ligestillingsudvikling der har fundet sted, at lovbeskytte en regel om at visse artikler er ægtefællers sameje, uden hensyn til hver enkelts økonomiske bidrag. Ved betingelsen om, at også den anden ægtefælles samtykke skal forefindes ved disponeringen af særeje (dvs. bolig og indbo), som det islandske såvel som det danske udvalg anbefaler, synes jeg, at tilstrækkeligt er gjort til familiens beskyttelse.

### 3. Ægtepagter

Som allerede beskrevet har alle de nordiske lande i deres love, tilladelse for ægtefæller, til at gøre en ejendel til særeje ved ægtepagt, og ligeledes kan tredjemand gøre en ejendel til modtagerens særeje.

I Norge og Island er der endvidere bestemmelser om såkaldt "skilsmisse-særeje", der indbefatter, at særeje bliver gifteeje ved død. Sådant en bestemmelse er en stor forbedring, idet det kan være meget ubehageligt for den efterlevende ægtefælle, hvis der kun er særeje i boet. Det må dog erindres at denne bestemmelse kun når til særeje ifølge ægtepagt, men når ikke til særeje ifølge tredjemands bestemmelse. Jeg vil henvise til paragraf 56 i den danske lov om etablering og afslutning af ægteskab, der bestemmer, at ved skilsmisse kan den ægtefælle der har særeje, blive dømt til at udrede til den anden en sum der sikrer at vedkommende ikke bliver stillet urimeligt ringe økonomisk efter skilsmissen. Denne paragraf gælder ikke ved skifte efter den ene ægtefælles død. Der er fremkommet forslag om, at man bør tillade ægtefæller endnu flere veje til ægtepagter, som for eksempel, at tillade den efterlevende ægtefælle at sidde i uskift bo med særeje, og at gøre tidsbegrænsede ægtepagter. Endvidere burde man give muligheder for at ægtefæller kan med ægtepagt ændre tredjemands bestemmelser med hensyn til særeje, hvis vigtige grunde taler for det, og da med myndighedernes samtykke. Det islandske ægteskabsudvalg har forslag der går i denne retning.

Jeg mener, at man bör i selve lovene bestemme de valgmuligheder ægtepar har, og at de må ikke være for mange. Jeg anser det endvidere ret, at registrering af ægtepagter bör vedblivende være en betingelse for gyldighed, ikke alene overfor tredjemand, men også mellem ægtefællerne indbyrdes.

Ved lovændringer er det nødvendig at sørge for, at ægtepagter der er gjort i eet af landene, også er gyldige i de andre lande, idet man må tage hensyn til den store tilflytning af mennesker fra det ene nordiske land til det andet.

#### 4. *Bosondring*

I de gældende love (undtagen Finland) er der bestemmelser, der tillader en ægtefælle at forlange ophør af økonomisk fællesskab mens ægteskabet endnu består, hvis visse betingelser er for hånden. Denne bestemmelse er kun blevet brugt i ganske få tilfælde i alle landene, og i Island er det en fuldstændig undtagelse hvis den bliver brugt. Det er derfor min anskuelse, at det bör tages i betragtning, om denne bestemmelse ikke skulle afskaffes.

#### 5. *Skæringstidspunkt*

I Norge blev en regel etableret i 1937, der bestemmer at alt hvad en ægtefælle erhverver efter at skilsmissekravet er fremsat, eller efter afslutning af fællesboskab på grund af uenighed, blev vedkommendes særeje, og på samme måde kom gæld, som den ene ægtefælle satte sig i efter dette øjeblik, ikke ind i skiftet.

Jeg synes at det er til en stor fordel, at have sådan et skæringstidspunkt for formueskiftet, og det islandske udvalg anbefaler dette.

#### 6. *Udlæg ved skifte*

Hovedregelen ved udlæg ved skifte er, at det er bundet ved eget gifteeje, således, at hvis begge ægtefællerne gör krav om udlæg til sig på samme artikel, har den ægtefælle försteret som ejer den.

Den danske lov blev ændret 1963 (paragraf 70 a., i skifteloven), således, at man kunne udlægge til en ægtefælle, en fast ejendom, der udelukkende eller hovedsagelig blev benyttet som familiebolig, selvom det var den anden

ægtefælles ejendom, men den betingelse blev sat, at det var af stor nødvendighed for ægtefællen, af hensyn til familiehusholdning. Det samme gælder om arbejdsforetagende og lösöre, der er benyttet til arbejdsdrift, og indbo, som er benyttet i familiens fælles hjem.

Det islandske ægteskabsudvalg har anbefalet tilsvarende forslag og endvidere, at skifteretten kan beordre ægtefælle eller arvinger, at udleje til den ene ægtefælle en lejlighed der er i en fast ejendom tilhørende den anden ægtefælle.

Her foroven har jeg beskrevet de hovedanskuelser der er fremkommet vedrørende ændringer af lovene om ægtefællers formueforhold.

Det er langt fra, at det har været muligt at give en tömmende redegørelse for alle disse ideer, foruden at ikke alle detaljer er blevet berört. Det er tilsyneladende ikke meget der adskiller de forskellige landes tanker, selvom det er indlysende, at de ikke helt falder i den samme farvej. Tiltrods for at det er ønskeligt, at have så lig en lovgivning som muligt i de nordiske lande, er det dog ikke nödvendigt at have de samme love, men man må tage hensyn til de nationale forhold i hvert land for sig, og forsöge at löse forhåndenværende problemer.

## **V. Fast samboende, (ægteskabslignende samliv)**

De nordiske ægteskabslove har det præg, at ægteskab er den eneste anerkendte samlivsform mellem mand og kvinde. Vielse må lovmæssigt finde sted, for at forbindelse mellem mand og kvinde kan få den retslige stilling, som ægteskabslovene bygger på.

För i tiden, da man anså ægteskabet som en evig forbindelse mellem mand og kvinde, og arbejdsfordelingen mellem könnene var absolut, var det let at finde et skarpt skel mellem ægteskab og samboskab.

Ægteskab som institution er blevet meget svagere i de sidste år, som fölge af det förögede antal skilsmisser, kvindens ændrede samfundsstilling, og det svulmende antal af fast samboende, som gör det stadig vanskeligere at skelne mellem ægteskab og fast samboskab.

Familieretslovene må beses i nært sammenhæng med de sociale ændringer der er sket i löbet af de sidste årtier. Det er derfor realistisk, når der tales om ægtefællers formueforhold, også at tage op til diskussion de vanskeligheder der vedrörer fast samboendes formueforhold.

Jeg skal i det fölgende gøre rede for de regler der gælder om fast sam-

boendes formueforhold, og de ideer der er fremkommet i denne forbindelse, og til slut, hvorvidt, og i hvilken målestok bestemte regler desangående burde bestemmes ved lov.

### *1. Definition*

Den første vanskelighed man tørner imod, når der er tale om fast samboende er hvor tilfældene er overmåde forskellige, både med hensyn til samboets varighed og dets hensigt. Det er derfor meget vanskeligt at definere hvilken art samboskab burde have retslig indflydelse. Der er store bevisvanskeligheder om, hvornår samboskab begyndte, og hvornår det sluttede, idet vi ikke her har med at gøre en formfast kontrakt, vielse, eller skilsmissetiladelse, eller dom.

Der findes ingen generelle regler om, hvad man mener, når der tales om fast samboende. I daglig tale er det en mand og en kvinde, der bor sammen som ægtepar. I de lovbestemmelser der binder retslig indflydelse til fast samboende, har man gået ud fra fælles bolig, økonomisk sammenhold, samboets varighed, fælles børn, og meddelelse eller registrering af samboskabet.<sup>20</sup>

Det er ikke muligt en gang for alle at begrænse de sambosformer, som retslig indflydelse kan knyttes til. Det er dog klart, at man må kræve fælles bolig og visse økonomiske fællesforhold, og almindeligvis regne med minimal varighed.

### *2. Antallet af fast samboende*

I sin betænkning nr. 915, 1980 (Samliv uden ægteskab) gør det danske ægteskapsudvalg rede for sine undersøgelser, der er blevet gjort vedrørende antallet af dem der er fast samboende. Det viser sig deri, at i Finland er 8 % af alle dem der bor sammen ugifte (ifølge undersøgelser der blev gjort 1977–78), i Norge 5 % (undersøgelse gjort 1977), i Sverige 15 % (undersøgelse gjort 1974), og i Danmark 13 % (undersøgelse gjort 1978–79,<sup>21</sup>). I Island har en undersøgelse af fast samboskab ikke fundet sted, men den

20 Paragr. 51 i socialforsikringslovene nr. 67/1971. (begge ugifte, to års samboskab, eller fælles barn, eller ventende et barn), paragr. 8 barnelovene nr. 9/1981 (meddelelse til nationalregisteret).

21 Betænkning nr. 915, 1980, s. 33–38.



nationalökonomiske beretning, peger hen på en forøgelse af fast sambo-skab.<sup>22</sup>

Den danske beretning viser, at antallet af fast samboende er stærkt forøget i løbet af de sidste 5 år (1974 var 8 % fast samboende), og at et betydeligt antal havde boet sammen i 5 år, eller længere.

Den norske undersøgelse viser, at fast samboskab er almindeligere blandt unge mennesker end ældre, og at et forholdsvis stort antal ender i ægteskab. Grundene til at folk ikke gifter sig var mangfoldige, en ret stor flok talte om prøveægteskab og andre ville ikke underkaste sig ægteskabets retsforhold.<sup>23</sup>

En svensk undersøgelse viser, at 99 % af dem der gifter sig i dag har boet sammen i ugift stand.<sup>24</sup>

### 3. Fast samboendes formueforhold

Hovedregelen vedrørende fast samboendes formueforhold er, at de samboende er stillede som to enkelte individer, således at deres formueforhold må løses ifølge formuerettens grundprincipper.

Man har afslået muligheden af at benytte ægteskabslovene generelt overfor fast samboende, og domstole, i det mindste i Danmark og Island, har været meget forsigtige i at benytte analogi, endog om samboendes indbyrdes forbindelse. Vedrørende formueskifte gælder derfor den generelle regel, at hver enkelt for sig tager hvad vedkommende bragte ind i samboet og er kommet i besiddelse af senere. (Jeg skal senere heri gøre rede for domspraksis der er fremkommet vedrørende formueskifte ved samboskabets ophør.)

Der er ingen indbyrdes forsorgspligt mellem fast samboende, og det er ikke muligt at dømme den ene til at udrede til den anden underholdsbidrag ved samboets ophør. Man må dog påpege, at domstole har idømt samboende til at udrede erstatning på grund af tabet af forsørger.<sup>25</sup>

Man må påpege i denne forbindelse, at der er sket en ændring i udredelse af underholdsbidrag mellem ægtefæller efter skilsmisse i løbet af de sidste år og udredning af sådan et underholdsbidrag er meget indskrænket, i det mindste til ubegrænset tid. I Island har det altid været en fuldkommen undtagelse at påkende betaling af underholdsbidrag efter skilsmisse.

22 Statistisk Bureau report nr. 10, 1980.

23 NOU 1980: 50, s. 12–15.

24 SOU 1978: 55, s. 59 og 145.

25 Jfr. Hrd. 1949: 214 og Hrd. 1957: 158 (Lavere erstatning blev tildømt, end ville være sket, hvis der havde været tale om ægteskab).

I Sverige blev der i 1978 vedtaget en lov om "underhåll till barn och frånskilda"<sup>26</sup>. Denne lov tager hensyn til samboende. Fast samboende kan blive forsorgspligtig overfor den andens barn, men det er dog en betingelse at de har et fælles barn. Loven afskaffede endvidere den regel at underholdsbidrag ophørte automatisk hvis modtageren giftede sig igen. Ifølge loven er det kun en af de punkter der kommer til overvejelse ved vurderingen af om udredelse skal ophøre, om vedkommende er blevet gift igen, eller indgået i fast samboskab.<sup>27</sup>

Der er ingen lovbestemt arveret mellem fast samboende, og derfor heller ikke ret til at hensidde i uskift bo. Arveret mellem fast samboende må derfor begrundes på testamente.

Som samfundsudviklingen har været de sidste år, er det vanskeligt at få en oversigt over familiens retslige stilling, uden at regne med offentlige retsregler, hovedsagelig på sociale-, forsikrings- og skattefelter.

I de tilfælde hvor lovgiveren lægger ansvar på ægtefæller, som ellers ville påhvile det offentlige, har lovgiver og domstole haft tilbøjelighed til at lægge disse pligter ligeledes på fast samboende. Der er mange tilfælde om dette, for eksempel i lovene om socialforsikring.

Man kan sige at sociallovgivningen har haft betydelig indflydelse på, at fast samboende har fået anerkendelse, og forbedret de fast samboendes retslige stilling.

I islandsk lovgivning om socialforsikring fra 1943, fremkom det princip, at fast samboende skulle nyde de samme rettigheder som ægtefæller. Ifølge paragraf 51 i lov nr. 67/1971 om socialforsikring skal fast samboende nyde de samme rettigheder som ægtefæller til erstatning fra socialforsikringen, hvis begge parter er ugifte, samboet har været i 2 år, eller de samboende har fået et fælles barn, eller venter et barn.

I en nylig ændring af islandsk lov om statsansattes pensionfond (lov nr. 98/1980), hedder det, at hvis et fondsmedlem afgår ved døden, uden at efterlade sig en ægtefælle, har fondet tilladelse til at udrede ægtefællepension til den fast samboende, som har passet den afdødes hjem i en årrække, dog ikke en kortere periode end fem år.

I den islandske huslejelov fra 1979, findes der regler om den efterlevende samboers ret til at beholde lejeretten. I den danske lejelov fra 1979, har en samboer, der har boet sammen med den afdøde lejer i mindst 2 år, ret til at fortsætte lejen.

<sup>26</sup> SOU 1977: 37, prop. 1978/79: 12, LU 1978/79: 9, SFS 1978: 853 och 854.  
<sup>27</sup> Äktenskap eller samboende (Agell, Forsman og Ingebrand), s. 40.

I 1973 blev der i Sverige vedtaget en lov om fast samboendes fælles bolig. Ved samboskabets slutning kan den af parterne der har mest brug for boligen overtage den andens lejeret, men det er en betingelse at de samboende har fået et barn sammen, hvis ikke, må ganske særlige omstændigheder forefindes.

I Norge og Finland er der ingen bestemmelser om fast samboendes rettigheder over lejebolig.

Jeg har peget på ganske få eksempler, hvor lovgiveren forbinder visse rettigheder ved samboskab, og man kan nævne mange flere, der kommer ind på fast samboendes formueforhold, men jeg tror at jeg må begrænse mig til formueforhold mellem fast samboende indbyrdes, og da specielt formueskifte på grund af samboets afbrydelse, men netop der kommer de fleste vanskeligheder frem.

För end jeg kommer ind på dette emne, vil jeg dog henlede opmærksomheden på den nye islandske barnelov (lov nr. 9/1981), der træder i kraft 1. januar 1982. Der siger, at det svarer til faderskabsanerkendelse hvis et barns moder, og manden som hun siger er faderen, boede sammen ved barnets fødsel, ifølge folkeregisteret eller andre uomtvistelige oplysninger. Det samme gælder hvis de senere hen optager samboskab. I loven er der endvidere bestemmelser om børns omsorg (forældremyndighed). Hvis et barns forældre bor sammen, har de fælles omsorgspligt for barnet, uden hensyn til om de er gift eller ej. Ved samboskabets ophör må man senere hen tage stilling til, hvem af forældrene får omsorg over barnet, på samme måde, som det sker ved separation og skilsmisse. Vedrørende disse punkter har lovgiveren ligestillet ægteskab og fast sambo, her tænkes der kun på barnets behov, og dets forbindelse med den ene af forældrene.

#### 4. *Avtaler*

Der er forhandlingsfrihed mellem fast samboende, som mellem andre, hvorfor avtaler mellem dem har i alle hovedtræk samme gyldighed som avtaler mellem ægtefæller. I ægteskabslovene er der forskellige bestemmelser til beskyttelse af ægtefællers kreditorer, såvel som til den svageres beskyttelse, og man kan sige, at tilsvarende synspunkter gælder for avtaler mellem fastboende. Den samme risiko for proforma gerninger mellem fastboende forefindes som mellem ægtefæller, og der er endvidere fare for at den stærkere part i samboskabet får den svagere til at gøre en ufordelagtig kontrakt.

I de sidste år har man skrevet meget om gyldigheden af avtaler mellem fast samboende.<sup>28</sup>

Avtaler mellem ægtefæller, der går ud på, at den enes fremtidige ejendele eller indtægter bliver vederlagsfrit den andens ejendom, erklæres ugyldige i ægteskabsloven. Det anses at man ikke kan have sådan en indsigt ind i fremtiden, at man kan give askald på ret over fremtidige ejendele. Det samme synspunkt mener jeg er gældende mellem ugifte, om fremtidens ejendele.

Almindeligvis anses det, at fast samboende ikke kan gøre en generel aftale om at alle regler om ægtefællers formueforhold skal gælde for fællesejet, jfr. dommen i UfR 1979: 808, hvor det blev nægtet at tinglyse sådan en almen aftale som begrænsning af disponeringsretten over en fast ejendom. Det må vurderes ifølge formuerettens almene regler, hvorvidt en aftale er gyldig mellem parterne indbyrdes og i forbindelse med omverdenen. Det anses heller ikke muligt at fast samboende kan gøre aftale på den måde, at deres indbyrdes forsorg skulle følge ægteskabsloven. I det mindste kan de ikke forpligte det offentlige med deres aftale, til at afgive kendelse vedrørende deres forsorg.<sup>29</sup>

Fast samboendes almene avtaler, gjort mens alt er lykke og fryd, om pengeudbetalinger, hvis samboskabet opløses, vil også anses for ugyldige, hvilket er i overensstemmelse med de bestemmelser fra de ældre ægteskabslove, der siger, at et løfte om erstatning for et endnu ikke sket ophør af forlovelse, er ugyldigt.<sup>30</sup>

Der er derfor stor tvivl om hvor omfattende avtaler fast samboende kan gøre.

Avtaler som fast samboende gør vedrørende deres formueforhold, når man står overfor en afbrydelse af samboskabet, er alment gyldige. På samme måde kan fast samboende gøre en begrænset aftale om pengebetalinger, hvis samboskabet afbrydes, for eksempel med det for øje, at den ene part betaler til den anden, til at afslutte studier.

Der synes ikke nogen hindring for, at fast samboende forhandler om fordeling af deres ejendele ved samboets ophør. Dette har ingen indflydelse på disponeringsret eller gældsansvar, mens samboskabet består.

28 F. eks. Inger Margrete Pedersen: Papirløse samlivsforhold 1976.

Kirsti Bull: Avtaler mellem ugifte samboende. TfR 1979, og Det papirløse ekteskab, Jussens venner 1976.

Bertil Bengtsson: Äktenskapliktande samlivsforhold. 1973.

Helge J. Thue: Avtalt samliv 1977 og Avtaler mellom ugifte samboende. TfR 1979.

29 Inger Margrete Pedersen, s. 108-109.

30 Jfr. Paragraf 6, Love nr. 39/1921.

Avtale om, at alt, eller en del af det som fast samboende erhverver, skal være deres sameje, har derimod større betydning for kreditorer, idet ejendomsretten overføres straks, mens samboskabet består.

De ideer er fremkommet, at sådanne avtaler mellem fast samboende, (det er, at alt hvad parterne erhverver i samboskabet bliver deres sameje), er gyldige, idet deres hensigt er, at beskytte den svagere part i samboskabet.<sup>31</sup> Selvfølgelig må bona fide tredjemands rettigheder respekteres. Dette kunne ske ved tinglysning, eller registrering, hvis det drejer sig om fast ejendom, eller ejendele der ifølge lov bør registreres. Ellers ville det blive svært at sikre tredjemands ret. Dette sker i grunden kun ved artikelens udlevering, og bevis er vanskeligt, hvis ejendelen er i fast samboendes fælleshjem. Kreditorer har således ikke samme beskyttelse, som de har overfor ægtefæller (registrering (tinglysning) af ægtepagt).

Det må bemærkes, at fast samboende kan ikke forpligte hinanden, uden at have bemyndigelse eller anden særlig retsbasis. Ægteskabslovenes regler om ægtefællers fælles ansvar for omkostninger ved familie- og barneforsorg, gælder ikke for fast samboende. I de tilfælde hvor den ene part har i længere tid taget varer ud på den andens regning, og han betalt uden bemærkninger, anses det almindeligvis at vedkommende er ansvarlig, idet man her støtter sig til de almene regler om fuldmagt.

I det hele taget er det tilsyneladende meget sjældent at fast samboende gør avtaler med hinanden vedrørende deres formueforhold.<sup>32</sup>

##### 5. *Formueskifte – Sameje*

Fast samboendes retslige stilling er usikker på mange felter. Domstolene har i de senere år taget stilling til visse dele af deres formueopgør (særdeles i Norge), men stor uvished gælder dog på mange punkter ved ophør af samboskab.

Hovedregelen vedrørende ejendele er, at hvad hver for sig ejer og køber for sine egne penge, er dennes ejendom. Dette er det samme i ægteskab. Men i ægteskabet spiller dette ikke så stor en rolle, på grund af fællesjeretten og halvdelingsprincippet ved skifte. I fast samboskab, hvor der ikke findes nogen ret til andel i den andens ejendom, er det af stor vigtighed. Det er derfor ikke urimeligt, når begge parter har indtægter og kun tilfældet be-

31 Kirsti Bull: TFR 1979 s. 282.

32 Kirsti Bull: TFR 1979.

stemmer hvem af dem betaler for familiens fornødenheder, og hvem lægger kapital til indkøb af artikler, at regne sådanne artikler som sameje.

I ægteskab der bygger på et fuldkomment særejegrundlag, er forholdene lignende dem hos fast samboende. Her foroven blev der talt om den ændring der blev gjort på den danske ægteskabslov i 1969 (paragraf 56) om formueskifte i særejeendoms-ægteskaber. Denne paragraf har haft stor betydning for ægtefæller med særeje, således at en eller anden retfærdighedsregel har tydeligvis vist sig nødvendig, endog hvor ægtefæller har gjort kontrakt om, at der ikke skal være fælleseje i ægteskabet.<sup>33</sup>

Man kan sige at det samme synspunkt fremkommer ved ophør af samskab. Derfor er tankerne om sameje kommet frem.

Det var ikke før end i slutningen af halvtredserne at domstole begyndte at benytte samejekonstruktioner i deres domme, og de nordiske landes domstole er gået hver sin vej.

Før i tiden, og endnu den dag i dag i Island, har man prøvet på at rette det misforhold der kan fremkomme ved samskabs ophør, på den måde at tildømme den ene samboende, (kvinden), vederlag for hendes arbejde i hjemmet under samskabet. Af de islandske domme kan man ikke se, at en arbejdskontrakt er blevet gjort mellem parterne, der ligger til grund for sådanne betalinger.

Det er ret at henvise til en svensk dom (NJA 1975:298), der handler om kravet om løn for arbejde til hjemmets fordel. En kvinde på 34 år flyttede ind til en mand på 70 år og de boede sammen i 10 år, indtil hans død. Da forlangte kvinden betaling for sit arbejde i hjemmet, men hun havde blandt andet sørget for manden under hans sygdom i nogle år. Högsta domstolen mente at man kunne tildømme betaling for fuldført arbejde, selvom kontrakt derom var ikke blevet gjort, hvis arbejdet var af sådan en art, at man normalt betalte for det. Undtagelser forefandtes fra denne regel, for eksempel kunne børn, der sørger for deres forældre ikke gøre krav om betaling. En samboers arbejde for sin samboer var ikke af sådan en art, at det var muligt at gøre krav efterpå om erstatning. Man måtte anse sådan et arbejde for at være til fordel for begge, akkurat som i ægteskab.

Den samstilling der formes mellem fast samboende taler imod at en af parterne kommer frem med en regning for præsterede tjenesteydelser ved samskabs ophør. Samskabet bygger i det hele taget på den forudsætning at begge parter bidrager til samskabet, uden at komme frem med regninger ved

33 Inger Margrete Pedersen, s. 80.

dets ophör. I enkelte tilfælde drejer det sig dog om lån, der kan tilbagebetales efter almene regler.

#### 6. *Domme om sameje*

I islandske domme er der gjort meget strenge krav til bevis på at ejendele der er erhvervet i fast samboskab bliver anerkendt som parternes sameje. Dette blev dog anset i en dom fra 1967,<sup>34</sup> og i en højesteretsdom fra 1978 (side 895), hvor formueskifte mellem fast samboende, der havde boet sammen i 4 år, blev taget i betragtning. Her mente een af dommerne dog, at retslige begrundinger påviste, at kvinden burde få del i den formuedannelse der fandt sted mens samboet varede. I en højesteretsdom fra 4. februar 1981, der handlede om formueskifte mellem fast samboende, der havde boet sammen i 2 år, blev kvinden tildømt pengeydelse for hendes del i formuedannelsen. Foruden dette har det ikke været anerkendt i islandske domme, at sameje skabes gennem sambosperioden.<sup>35</sup>

I Sverige har man haft tilbøjelighed til at anse, at bolig og indbo er sameje ved samboets afslutning, men praksis giver dog ikke klare skel derom. Her er der ikke tale om sameje i formuemæssig forståelse, dette er kun en regel i forbindelse med skifte.

To svenske hovrättsdomme SvJT 1974: 71 og 1977: 2 handlede begge om ægtefæller der var separerede (hemskillnad), men vedblev at bo sammen. En ejendom blev købt, der ifølge separationsdommen var dens særeje der købte den, således at forholdene var tilsvarende til dem der forefindes hos fast samboende. Det blev anset at sameje kunne formes hvis ejendommen blev købt til fælles brug, og den part, der ikke købte, havde gjort købet muligt med sin finansielle hjælp, enten med egne indtægter, eller arbejde i hjemmet, og endelig, måtte ingen kontrakt forefindes mellem parterne, om at köbereren af en ejendom alene skulle anses som ejer.

I Danmark er flere domme blevet dømt vedrørende samboskabs ophör. Mange af dem beskrives i Inger Margrete Pedersens bog, *Papirløse samlivsforhold*, s. 83–94, og i *Betænkning 915*, 1980 s. 104–112. Som der fremkommer er dommene forskellige og viser tydeligt at samboskabets form er yderst varierende. Af dommene kan man råde, at der er tilbøjelighed til at vedkende sameje af indbo, hvis begge parter har haft indtægter og samboskabet

34 Hrd. 1967: 631.

35 Hrd. 1963: 41, Hrd. 1964: 834.

ikke har været kortvarigt. I alle domstiltfældene har begge parter haft nogen indtægt, og tilsyneladende er der ikke taget stilling til, om sameje kunne skabes, hvis den ene part er hjemmegående, og endvidere synes arbejde i hjemmet at være vurderet på forskellig vis i dommene.

Det er ret at gøre opmærksom på, at skifteret i Danmark har taget fast samboendes bo til skifte, når det har været vanskeligt at adskille parternes ejendele, således, at når mange ejendele er blandet sammen, forefindes et bo, der kan afsluttes hos skifteretten ifølge skiftelovens paragraf 82.<sup>36</sup>

I norsk ret er det ikke muligt at lade fast samboendes bo blive skiftet i skifteretten, og heller ikke i Island, hvor en højesteretsdom blev afsagt 1980 (s. 1489), hvor man ikke ville anerkende, at paragraf 90 i den islandske skifteretslov (der behandler om skifte i andre boer end dødsbo), kan benyttes ved afslutning af fast samboendes formueforhold.

I Norge har domstolene anerkendt sameje i mangfoldige tilfælde, både hvor begge parter har haft indtægter, der er gået til indkøb af artikler, uden mulighed for at bevise ejendomsprocenten for hver part for sig, og ligeledes hvor den ene part benytter sine indtægter til hjemmets omkostninger, men den anden part benytter sine indtægter til investering, i særdeleshed hvis der er tale om artikler til fælles brug (bolig, indbo). Endog i de tilfælde hvor kun den ene part har indtægter, men den anden er hjemmegående, er sameje blevet anerkendt, i overensstemmelse med "husmoder" dommen. I dom i Rt. 1978: 1352 behandles fast samboskab. Der synes grundlaget at være, at det er muligt at benytte samme synspunkter for samboskab og ægteskab, vedrørende den hjemmegående kvindes arbejde. Det menes dog, at samboskabet må være varigt, og at parternes økonomiske samstilling er tilstede, for at sameje kan skabes. De domme der har tildømt sameje i ægteskab har begrænset samejet, til fælles bolig og indbo. Hvis der er tale om fast samboskab, anses det for tænkeligt, at sameje skabes i hele boet, ikke kun i enkelte artikler.<sup>37</sup> Sameje har også været anset til at indbefatte artikler der blev erhvervet forud for samboskabet, hvis de i virkeligheden er blevet blandet sammen med andre ejendele. I førnævnte dom (Rt. 1978: 1352) mente Højesteret, at sameje også var skabt om artikler fra før samboet, idet de havde blandet sig sammen med andre ejendele. Dommen handlede om ophør af samboskab på grund af den ene parts død, og Højesteret fremkom med den principudtalelse, at paragraf 63 i norsk skiftelov (om den efterle-

36 UfR 1953: 182, UfR 1959: 793.

37 Jon Lyng: Lov og Rett 1980.



vende ægtefælles ret til udlægning til sig), også kunne efter omstændighederne benyttes om den efterlevende i samboskabet.

Ifølge den norske praksis virker sameje også mens samboskabet består, og ikke kun som en skifteregulering. Vedrørende parternes andel i samejet, synes praksis gå langt i den retning, at anse parterne ligestillede som samejere.<sup>38</sup>

Ovennævnte domme viser, at domstole i de nordiske lande, ser forskelligt på formueskifte ved samboskabs ophør, og at fast samboendes økonomiske retsstilling er usikker.

Til trods for at hovedregelen er, at fast samboende har selvstændigt formueforhold, kan forskellige retsregler forårsage at omfattende økonomisk samstilling skabes mellem dem. Selvom parterne ikke har gjort nogen aftale om deres fælles formueforhold, kan det have betydning ifølge formuerettens generelle regler, at de faktisk havde fælles formueforhold. Dette må vurderes i hvert enkelt tilfælde. Hensyn må tages til, om den ene part har afgivet noget til den andens ejendomsforøgelse, og der kunne opstå spørgsmål om, hvorvidt den ene part kan have erstatningskrav eller berigelseskrav på den anden. Omstændighederne kan selvfølgelig også være således, at begge parter har bidraget økonomisk til købet af en artikel, således at der bliver tale om sameje ifølge formuerettens almene bestemmelser.

Forestillingen om at hjemmegående sambospartner bliver en virksom samejer af alle ejendele der skabes i samboet, synes jeg går temmelig langt.

## **VI. De nordiske landes samarbejde m.m.**

I de nordiske lande har fast samboendes problemer været til omtale de senere år. De direktiver som det svenske ægteskabsudvalg fik 1969, gik ud på at en ny ægteskabslov burde være neutral overfor andre sambosformer. Ægteskabet burde have forsterket indenfor familieretten, men man skulle forsøge ikke at lade slige bestemmelser være i ægteskabsloven, der førte til vanskeligheder for dem der levede sammen i ugift stand. Hensigten med ægteskabsloven skulle være at løse reelle problemer, og reglerne burde formes på sådan en måde, at alle kunne følge dem. På den måde kunne ægteskabet, som det almene sambosform, vedligeholdes for det overvældende flertals vedkommende.

38 NOU 1980: 50, s. 21.

Et af diskussionsemnerne i den 27. nordiske jurist kongress der blev holdt i Reykjavik 1975, var den papirløse familie, og indlederne var Inger Margrete Pedersen og Kirsti Bull. Resultatet af diskussionerne var, at det var ikke ret, at have komplet ligestilling mellem disse to sambosformer. Omfattende diskussioner fandt sted, om hvilke kriterier burde benyttes for samboskabet (bestemt årrække, børn, registrering), og man mente at det måtte undersøges i hvert enkelt sammenhæng for sig, og kunne være variabelt, efter det felt der var tale om.

Hovedreferenten var modsat samejeordningen, og fremlagde en lovskitse, som begrundedes på, at man kan dømme den ene part til at betale den anden en pengesum ved skiftet, for at sikre at denne ikke kommer til at blive åbenbart urimeligt stillet økonomisk.<sup>39</sup>

Korreferenten var derimod en tilhænger af samejeordningen.<sup>40</sup>

Om sommeren 1979 blev der holdt en international kongress i Uppsala om "Family Living in a Changing Society", hvor fast samboskab og dets problemer blev ivrigt diskuteret, og de vanskeligheder det har til følge. Det lod ikke til, at der var nogen international tilbøjelighed til at fremkomme med en omfangsrig lovgivning om fast samboskab.<sup>41</sup>

Nordisk Råd har behandlet nødvendigheden af at sætte regler om fast samboskab på sine møder 1976, 1978 og 1979. En betænkning til ministerrådet om nordisk samarbejde blev vedtaget om dette emne, der havde som mål, at finde så lig en løsning i alle landene som muligt.

De nordiske ægteskabsudvalg har haft fast samboendes anliggender til behandling, og redegørelser er blevet udgivet om denne sag i Danmark og Norge.<sup>42</sup> Disse redegørelser er meget omfattende, og jeg vil ganske kortfattet beskrive de resultater man kom til, med henblik på en påkrævet lovgivning om fast samboendes formueforhold.

### *1. Det danske ægteskabsudvalg*

Ægteskabsudvalget anbefaler ikke at man lovfæster regler om fast samboendes formueforhold mens alt er fryd og gammen hos dem, men mener at det er nødvendigt at beskytte den part der står forfordelt tilbage, ved

39 Forhandl. på det 27. nordiske jurismöte 1975, s. 356–362.

40 Forhandl. på det 27. nordiske jurismöte 1975, s. 363–369.

41 Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies, 1980.

42 Betænkning nr. 915, 1980, Samliv uden ægteskab.

NOU 1980: 50, Samliv uten vigsel.

samboskabets ophör. Det er endvidere vigtigt at samboendes formueskifte kan komme ind under skifteret. Følgende forslag kom frem, som tillæg til skiftelovens paragraf 82:

a) "Opløses et samliv mellem to personer, kan skifteretten foretage deling af deres formue."

b) "Ved opløsning af et samliv mellem to personer, kan skifteretten pålægge den ene part at yde den anden et beløb, for at sikre, at denne ikke stilles åbenbart urimeligt (væsentlig ringere end stemmende med billighed), navnlig når hensyn tages til parternes økonomiske forhold og samlivets varighed. Hensyn kan også tages til den indsats, den pågældende har ydet til det fælles hjem, gennem arbejde, bidrag til det fælles underhold, afsavn, eller på anden måde."

Disse bestemmelser er ikke kun indskrænket til fast samboende, men tager dog først og fremmest sigte på deres formueforhold.

Udvalget er enig om at man bör ikke ved lov vedtage arveret mellem samboende. Halvdelen af udvalget mener at billighedsregelen beskrevet her ovenfor (b), burde komme ind i billedet, når samboskab ophörer ved den ene parts död, men den anden halvdel er det modsat. Udvalget er enig om, at den efterlevende samboer ikke bör have ret til at få udlagt til sig efter vurdering af den afdödes ejendele.

Det danske ækteskabsudvalg har i sin forrige redegörelse nr. 4, om betingelserne for separation og skilsmisse (719/1974), foreslået at den regel bliver vedtaget ved lov, at forpligtelsen til at udrede underholdsbidrag til forhenværende ægtefælle afskaffes, hvis den part der har retten, indstifter fast samboskab, nöjagtig som den bortfalder hvis vedkommende indgår ægteskab.

Flertallet i udvalget vil ændre arvelovene, således at en arving kan forlange skifte, hvis den efterlevende ægtefælle, siddende i uskift bo, har boet i fast samboskab i to år.

Flertallet i udvalget foreslår endvidere at ministeren får foröget hjemmel til at reducere arveskatten, til fordel for fast samboende.

## 2. *Det norske ægteskabsudvalg*

Ægteskabsudvalget var enig om ikke at anbefale omfattende lovgivning om fast samboskab, men en mere begrænset lovgivning på de felter, hvor nödvendigheden for love har vist sig i særdeles grad, men hensigten er først

og fremmest at beskytte den svagere part i samboet, og børnene. Desforuden må man stole på formuerettens generelle regler, deriblandt reglerne om sameje og den domspraksis der findes vedrørende sameje mellem samboende. Udvalget foreslår at bestemmelsen i ægteskabslovene om bortfældning af underholdsbidrag, hvis den ægtefælle der nyder det, gifter sig igen, bliver ændret med disse ord:

”Det samme gjelder dersom den berettigede har bodd og levd sammen med en person av motsatt kjønn i minst ett år.”

Udvalget foreslår endvidere, at tilladelsen til at hensesidde i uskift bo bortfalder, ikke kun hvis den der lever længere gifter sig igen, men også hvis vedkommende indstifter samboskab, og har boet i det mindste i eet år med en person af modsat kön.

Udvalget anbefaler at love bliver vedtaget om samboendes ret til fælles bolig ved samboskabets ophör, hvadenten det sker ved död, eller af anden årsag. Lovene skal kun gælde når de samboende har et barn, eller venter et barn, eller når samboet har bestået i mindst tre år.

Udvalget gör ingen forslag om at vedtage arveret ved lov for samboende.

De svenske og finske ægteskabsudvalgs redegörelse er ikke for hånden, men det menes, at der er betydelig interesse for at löse fast samboendes formueforhold på grundlag af samejekonstruktionen.<sup>43</sup>

Det islandske ægteskabsudvalg har kun behandlet fast samboendes problemer meget lidt, og er ikke rede til at fremkomme med forslag om deres lösning.

## VII. Er love om fast samboendes formueforhold nödvendige?

Der er delte meninger om hvorvidt regler om fast samboendes formueforhold burde vedtages ved lov.

De der er modstandere af samboskab af moralske eller religiöse grunde mener, at man ved lovsætning om samboskab indrömmer det som noget önskvärdigt, flere ville vælge sig den sambosform, folk som ellers ville være gået ind i ægteskab, og det ville derfor reducere ægteskabets styrke som social institution.

43 NOU 1980: 50 s. 29 og 47.

Mange mener at lovgiveren burde tage så lidt notits som muligt af samboskab. Det skulle ikke være nødvendigt at fremsætte regler mellem voksne selvstændige mennesker, der selv har valgt sin form for samboskab.

Så er der andre der mener, at der burde være en lovformelig ligeberettigelse mellem gifte og ugifte der bor sammen. Her er der tale om to sambosformer der betjener samme samfundsmæssige funktion, i særdeleshed når parterne har børn sammen.

Efter min mening er ægteskab den enkleste løsning, og den bedste til at opbygge rammen om familielivet, og sikre den enkeltes tryghed, både følelsesmæssigt og økonomisk. Regler om ægteskab bør derfor være i forhold til den ændrede sociale indstilling i samfundet, således at mennesker foretrækker det fremfor samboskab.

Jeg anser det for udelukket at lade ægteskabslovenes regler nå over fast samboende. Ægteskabet er en kontrakt mellem to individer, der får övrighedens bekræftelse. Ved denne kontrakt anerkender ægtefællerne det retsforhold som ægteskabslovene beskriver. Fast samboende deltager ikke i sådan en kontrakt, og hvis ægteskabets retsvirkninger skulle også nå til samboende, ville det sandsynligvis være i modsætning til paragraf 16 i de Forenede Nationers Menneskerettighedserklæring, der handler om de vorde ægtefællers samtykke for giftermålet.

Jeg er også modfalden speciel lovgivning for samboskab. Ved det er der blandt andet fare for at samboskab bliver anset som et slags andenklassens ægteskab.

Det der taler imod lovgivning er, at den er slet ikke nødvendig, og har flere ulemper end fordele. Som allerede bemærket er det meget svært at komme til resultat om, hvilken form for samboskab burde have retsvirkninger, og samboskabsformerne er overordentlig forskellige. En betydelig del af dem der bor sammen i ugift stand, indgår senere hen ægteskab. Man må heller ikke glemme dem, der bevidst har valgt samboform med det for öje at undgå ægteskabets retslige følger. Lovregler ville derfor kun have indflydelse på en forholdsvis lille del af samboende, og jeg mener at det ikke er rigtigt at lovfæste regler som kun et fåtal af dem de skal nå til sympatiserer med.

Bör lovgiveren da ingen notits tage af samboende? Nej, det kan jeg ikke gå med til. Man kan ikke se bort fra, at en betydelig del af de samboende, bor sammen i længere tid, og kun en ganske lille del af dem har forsökt at löse formueproblemerne ved kontrakt eller testamente. Der kan derfor opstå store vanskeligheder når sådan et sambo skal afsluttes efter lang tid, så der vågner det spørgsmål, om det ikke var rigtigt at vedtage love om et begræn-

set felt, der bygger på ægteskabslovens interessesamstilling og beskyttelses-synspunkter, for at forhindre en uretfærdig forfordeling ved formueskifte.

Her kommer hovedsagelig to veje i betragtning. På den ene side at vedtage ved lov, at de ejendele der skabes i samboet og er mente til fælles brug, bliver begges sameje, og skiftes i overensstemmelse dermed, og på den anden side at vedtage love der tillader at dømme den ene part til at udrede til den anden, en sum for at forhindre at denne bliver forfordelt ved skiftet.

Jeg holder mig mere til det senere alternativ, og mener at dermed kan man forhindre et uretfærdigt resultat af formueskifte mellem samboende. Vedrørende det forrige alternativ (sameje), mener jeg der er fare for, at denne regel ikke er elastisk nok, og absolut ikke retfærdig i alle tilfælde.

Jeg anser det også for nødvendigt at ændre skiftelovene således, at skifteretten kan skifte samboendes bo.

Endvidere mener jeg at det ikke bør være mere økonomisk fordelagtigt for mennesker at bo sammen i ugift stand, end gift, så det er derfor ret at ændre de regler der giver sådan et resultat. Jeg mener derfor at retten til underholdsbidrag fra forhenværende ægtefælle skal bortfalde, hvis retshaveren er i fast samboskab, såvel som den længere levendes ret til hensiddent i uskift bo. Det er ret at lade de samme regler gælde i disse tilfælde, hvadenten ægteskab indgås, eller fast sambo sker, idet tilsvarende synspunkter gælder.

## VIII. Slutning

Jeg har her foroven kommet noget ind på de gældende regler om ægtefællers og fast samboendes formueforhold, og berørt de vigtigste punkter der er fremkommet vedrørende ændringer i disse anliggender. Det ville være til stor fordel, at få nærmere diskussioner frem om de forskellige faktorer, og her har jeg hovedsagelig efterfølgende i tanker:

1. Skal videre afvigelsesregler fra halvdelingsprincippet vedtages ved lov, og hvis så, skal det være domstolenes vurdering, eller skal en særskilt proportionel delingsregel lovfæstes, hvis ægteskab ophører indenfor 10 år?

2. Er videre beskyttelsesregler nødvendige vedrørende bolig og indbo? Er det rigtigt at lovfæste regler om, at disse ejendele bliver et ægtepars sameje? Skal sådan et sameje være virksomt i selve ægteskabet, eller kun ved skifte?

3. Skal en særskilt lov vedtages om samboendes formueforhold? Hvis så, skal så alt hvad parterne erhverver mens samboskabet består, være sameje, eller kun de ejendele, der er mente til fælles brug? Eller er det nok kun at have en billighedsregel, der kommer i betragtning ved skiftet?

4. Skal samboskabet have til følge, på samme måde som ægteskab, afskaffelse af visse rettigheder, såsom retten til at sidde i uskift bo, og underholdsbidrag fra den forhenværende ægtefælle?

Omfattende diskussioner om ægtepars og samboendes formueforhold er under de herværende omstændigheder til stort gavn for dem der har dem under behandling, idet alle de nordiske lande forbereder i øjeblikket lovgivning vedrørende disse problemer.

Det ville sandelig være glædeligt hvis det var muligt at gå fremad på den bane der blev markeret ved århundredets begyndelse, og opnå så omfattende en enighed som muligt, om de familieretslove, der for tiden er under forberedelse.

## KILDEFORTEGNELSE

- Agell, Anders/Forsman, Gösta/Ingebrand, Göran*: Äktenskap eller samboende, Stockholm 1980.
- Andrup, Henrik*: Samliv og Samsfund, Aalborg 1979.
- Armann Snævarr*: Forelæsninger om familieretslov III, Reykjavik 1972.
- Bengtsson, Bertil*: Äktenskapsliknande Samlivsforhold, 1973. Om Äktenskapsliknande Samliv, Nordisk Gjenklang, Oslo 1969.
- Borum, O. A.*: Könsrolledebatten og Ægteskabslovgivningen, Nordisk Gjenklang, Oslo 1969.
- Bull, Kirsti*: Avtaler mellom ugifte samboende, Tidsskrift for Rettsvitenskap (TfR) 1979.
- Eekelaar, John M./Katz, Sanford N.*: Marriage and Cohabitation in Contemporary Societies, Butterworths, Toronto 1980.
- Gard, Torjus*: I hvilken utstrekning er en ektefelles arbeid i hjemmet relevant ved fortolkningen af uttrykket "brakt inn i felleseiet"? , Lov og Rett 1974.
- Gaukur Jörundsson*: Ejendomsret I og II, duplikering, Reykjavik, 1978–80.
- Högtun, Gustav*: Papirlöst ekteskap, Lov og Rett 1974.
- Lyng, Jon*: Oppløsning av samliv uten vigsel, Lov og Rett 1980.
- Lödorp, Peter*: Familierett i utvikling, Lov og Rett 1975.
- Pedersen, Inger Margrete*: Papirløse samlivsforhold, København 1976.
- Smidt, Poul*: Papirlöst ægteskab, København 1976.
- Stagetorn, Merete*: Deling af ægtefællers og samlevers fælles formue ved separation, skilsmisse, samlivsophævelse og död, København 1979.
- Sundberg, Jacob W. F.*: Recent Changes in Swedish Family Law, The American Journal of Comparative Law, Vol. XXIII, No. 1 1975.
- Thue, Helge J.*: Papirlöst ekteskap, Lov og Rett 1974. Avtalt samliv, 1977, Avtaler mellom ugifte samboende – et tilsvar, TfR 1979, Hvilke krav bör kunne stilles til en ny ekteskapslovgivning, Jussens Venner 1979.
- Tottie, Lars*: Bodelning efter äktenskapsskillnad, TfR 1977.
- Westling, Achilles*: Förslag til nytt bodelningssystem vid äktenskapsskillnad, TfR 1977. Än ett ord om bodelning efter äktenskapsskillnad, TfR 1980.
- Forhandlingerne på det 20. nordiske juristmöte i Oslo 1954:  
Behövs ändringar i gällande regler om äkta makars förmögenhetsförhållanden?
- Forhandlingarna på det 21. Nordiska juristmötet i Helsingfors 1957:  
Bör lagstiftningen om äktenskapsskillnad reformeras, og Efterlevande makes rättsställning.
- Forhandlingerne på det 27. nordiske juristmöde i Reykjavik 1975:  
Den papirløse familie.
- Betænkning nr. 716, 1974:3 Formueordningen, afgivet af ægteskabsudvalget af 1969, København 1974.
- Betænkning nr. 720, 1974:5 Samliv og ægteskab (udarbejdet af Inger Margrete Pedersen), København 1974.
- Betænkning nr. 726, 1974:6 Ægteskabet i statistisk og sociologisk belysning, København 1974.
- Betænkning nr. 915, 1980:8 Samliv og ægteskab I, København 1980.



NOU 1980: 50 (Norges offentlige utredninger): Samliv uten vigsel, Oslo 1980.

SOU 1977: 37 (Statens offentliga utredningar): Underhåll till barn och frånskilda,  
Delbetänkande av familjelagssakkunniga, Stockholm, 1977.

SOU 1978: 55: Att sambo och gifta sig, rapport utgiven av familjelagssakkunniga,  
Stockholm 1978.

Det 29:e nordiska juristmötet  
Stockholm den 19–21 augusti 1981

Gunnar Danielson:

Arbetsmiljön –  
ansvarsplacering och sanktioner

# Arbetsmiljön – ansvarsplacering och sanktioner

Av generaldirektör GUNNAR DANIELSON

## Inledning

Så länge mänsklig kultur har funnits har arbete bedrivits. Sakerligen har man också långt tillbaka i tiden varit medveten om att arbetet för det dagliga brödet också kunde innehålla risker för liv och hälsa. Det är dock först vid industrialismens genombrott vid slutet av 1800-talet som vi möter ordnat arbetarskydd i Norden. Samhället träder in för att genom lagstiftning och tillsyn genom särskilt utsedda myndigheter vaka över säkerheten i arbetslivet.

Under det senaste decenniet har vi fått uppleva ett intresse för arbetsmiljön som aldrig förut. På ett sätt som inte tidigare var känt eller anat har arbetslivets villkor kommit att inta en plats i det allmänna medvetandet. Många faktorer har bidragit härtil. Av väsentlig betydelse har varit ökade kunskaper och ökad medvetenhet om miljöns betydelse för vår hälsa och vårt välbefinnande. I takt med den allmänna ekonomiska och sociala utvecklingen skapades förutsättningar för större insatser på detta område. Demokratiseringssträvandena gav ökad näring åt de fackliga organisationernas prioritering av arbetsmiljöfrågorna. Politikerna fann området intressant och reformer angelägna.

Det har varit en senkommen väckelse. I många fall ett smärtsamt uppvaknande. Mitt i välfärden fann vi att människor som genom sitt arbete bar upp vår tillvaro riskerade hälsa och säkerhet på ett sätt som inte kunde godtas i ett i ordens rätta mening socialt utvecklat samhälle. Vi arbetar i dag under förhållanden som i väsentliga avseenden ter sig överlägset bättre än vad föregående generationer fått utstå. Ändå upplever vi riskerna och olägenheterna i arbetet närmare och påtagligare än någonsin.

Det nordiska samarbetet på arbetarskyddsområdet har gamla traditioner. Av ålder har tyngdpunkten legat på samverkan mellan tillsynsmyndigheter och forskningsinstitutioner. Under det reformklimat som utvecklades under 1970-talet utökades insatserna på politisk nivå. Under Nordiska ministerrådet bildades år 1973 en särskild ämbetsmannakommitté för arbetsmiljöfrågor. Den innehåller representanter för departement och centrala tillsyns-

och forskningsorgan. Inom ramen för ministerrådets och Nordiska rådets verksamhet har utarbetats nordiska samarbetsprogram på arbetsmiljöområdet. Det senaste antogs innevarande år. Programmet innehåller allmänna riktlinjer för samarbetet mellan de nordiska länderna. Inom ramen för programmet bedrivs ett antal gemensamma projekt som rör forskning, normgivning, utbildning och annat av gemensamt nordiskt intresse. Man syftar därvid till ett bättre utnyttjande av de resurser som finns och ökad harmonisering länderna emellan. Även de fackliga organisationerna har engagerat sig i ett samarbete rörande arbetsmiljöfrågor.

Den intensiva aktiviteten på arbetsmiljöområdet under det senaste decenniet har lett fram till ny lagstiftning i alla de nordiska länderna. I Danmark antogs en lag om arbetsmiljön år 1975. I Norge beslöts år 1977 en lag om arbetarskydd och arbetsmiljö m.m. Båda dessa lagar trädde i kraft den 1 juli 1977. I Sverige antogs 1977 en arbetsmiljölagen som trädde i kraft den 1 juli 1978. Den hade föregåtts av en etapp med viktiga ändringar av den gamla arbetarskyddslagen år 1974 som ett första steg i reformarbetet. Finland har visserligen kvar lagen om skydd i arbete sedan år 1958 men den har undergått förändringar under 1970-talet. Vid sidan om lagen har också tillkommit bl.a. nya lagar om arbetarskyddsförvaltningen och tillsyn över arbetarskyddet. En kommitté har också lagt fram förslag till ny lag om arbetarskydd som dock ännu inte genomförts. Den allra färskaste lagstiftningen har Island. Den nya isländska arbetsmiljölagen antogs år 1980 och trädde i kraft med ingången av 1981.

De nya nordiska arbetsmiljölagarna har tillkommit under inverkan av nära kontakter mellan de olika länderna. De ger därför i väsentliga stycken uttryck för liknande målsättningar och förete även i övrigt stora likheter. Karakteristiskt för alla lagarna är att de är rambetonade. Uppbyggnaden av tillsynen är likartad med en central förvaltningsmyndighet och lokalt förankrad yrkesinspektion. Ansvarsförhållandena är i stort likartat reglerade. Men det finns också olikheter beroende på skiftande traditioner och rättssystem i övrigt. När det gäller sanktionssystem är överensstämmelserna stora när det gäller förvaltningsmyndigheternas befogenheter. Genomgående finns möjligheter att utfärda de förelägganden och förbud som behövs för att lagstiftningen skall efterlevas. Föreläggande och förbud kan enligt den finska och svenska lagen alternativt förenas med vite. En delvis likartad påföljd enligt den norska lagen betecknas tvångsmulkt. Finsk och svensk lag innehåller dessutom bestämmelser om tvångsutförande på arbetsgivarens bekostnad. Olikheter finns däremot på det rent straffrättsliga fältet. Här skall i korthet omnämnas några.

Den danska och norska lagen innehåller föreskrifter om straff vid oaktsam eller uppsåtlig överträdelse av lagen eller tillämpningsföreskrift. Den danska lagen är här helt generell i sin syftning, medan den norska riktar sig mot innehavare av verksamhet, arbetsgivare eller den som i hans ställe leder verksamheten och arbetstagare. Enligt den norska lagen gäller en speciell bevisregel som skärper aktsamhetsnormen. På samma linje är en dansk bestämmelse om bötesansvar för arbetsgivare i vissa fall oavsett oaktsamhet eller uppsåt. För sanktionssystemet i den svenska lagen är däremot utmärkande att straffansvar i regel förutsätter överträdelse av förbud eller föreläggande som meddelats i det enskilda fallet. En strävan har sålunda varit att förlägga prövningen av om visst förfarande strider mot arbetsmiljölagstiftningen i första hand hos yrkesinspektionen. Arbetsarkyddsstyrelsen kan dock på vissa områden meddela direkt straffsanktionerade föreskrifter. Enligt de svenska motiven skall i tillämpningsföreskrifterna – vare sig de är direkt straffsanktionerade eller inte – preciseras vilka kategorier av skyddsansvariga som avses.

Skillnaderna mellan det danska och norska samt det svenska systemet bör delvis ses mot bakgrunden av att olika regler gäller om åklagarnas åtalsplikt i de skilda länderna. Det kan tilläggas att de svenska motiven lägger stor vikt vid att brottsbalken ger vidsträckta möjligheter att kräva ut straffansvar vid allvarliga missförhållanden i arbetsmiljön.

Frågan om arbetsgivaransvarets placering är komplicerad. I den danska lagen finns en särskild bestämmelse att arbetsgivare kan genom skriftligt avtal överföra straffrättsligt ansvar till kvalificerade överordnade. Enligt de svenska motiven – som i och för sig tillåter delegering – skall oklarheter i fråga om ansvarsfördelningen falla inom företagsledningens ansvar. Den norska lagen föreskriver bötesansvar för juridisk person om ställföreträdare överträtt arbetsmiljölagstiftningen, även om ställföreträdare inte kan straffas. Också de danska och isländska lagarna innehåller bestämmelser om bötesansvar för juridisk peson. Motsvarande bestämmelser saknas i övriga länders lagstiftning.

Rubriken för föreliggande diskussionsämne kan ge upphov till olika uttysningar beroende på hur brett man vill uppfatta orden ansvarsplacering och sanktioner. För egen del vill jag i det följande lägga in en mycket vid begreppstolkning. Detta är nödvändigt om man skall kunna få en heltäckande uppfattning om hur rättssystemet fungerar. Det gynnar också en nordisk debatt av frågorna.

Tyvärr medger inte utrymmet att jag här går in på en närmare analys av likheter och olikheter i de nordiska ländernas system. I stället kommer jag

att utgå från svenska förhållanden. Detta gör jag dock i förvisningen att flertalet av de problem jag kommer att beröra är av allmängiltig karaktär och lätt låter sig projiceras på de andra ländernas förhållanden.

### **Den svenska arbetsmiljölagen**

Som en bakgrund till den vidare diskussionen skall här först lämnas en översiktlig redogörelse för grunddragen av den svenska arbetsmiljölagen.

Den svenska arbetsmiljölagen gäller i princip allt yrkesmässigt arbete. Framför allt avses anställningsförhållanden. Men även egenföretagare täcks delvis av lagens föreskrifter liksom arbetsgivaren själv när han utför arbete i företaget. Under normala fredsförhållanden är lagen tillämplig inom försvaret och civilförsvaret. Värnpliktiga likställs därvid i de flesta hänseenden med arbetstagar. Detsamma gäller elever i olika slag av studieinrättningar från och med grundskolans årskurs 7 liksom de som utför anvisat arbete under vård i anstalt.

Ett grundläggande krav beträffande arbetsmiljöns beskaffenhet är att den skall vara tillfredsställande med hänsyn till arbetets natur och den sociala och tekniska utvecklingen. Vidare skall arbetet anpassas till människans fysiska och psykiska förutsättningar. I den allsidiga bedömningen av arbetet som skall ske inbegrips även arbetets uppläggning och organisation. Vissa ytterligare preciseringar ges i lagen. På det hela taget är det emellertid en utpräglad ramlag. Befogenheterna att närmare uttyda lagens innehåll har — efter regeringens bemyndigande — lagts på arbetarskyddsstyrelsen.

Arbetarskyddsstyrelsen kan med stöd av lagen föreskriva att arbetsprocess, arbetsmetod eller anläggning avsedd för verksamhet av visst slag får användas endast efter tillstånd eller att viss teknisk anordning får användas eller avlämnas för att tas i bruk först efter godkännande i särskild ordning. I fråga om ämne som kan föranleda olycksfall eller ohälsa kan arbetarskyddsstyrelsen likaledes kräva godkännande före användningen. Styrelsen kan även föreskriva att särskilt villkor skall gälla vid användningen av sådant ämne. Styrelsen kan i ytterligare ett antal i lagen angivna hänseenden utfärda föreskrifter. Styrelsen kan också föreskriva förbud att använda arbetsmetod, arbetsprocess, teknisk anordning eller ämne som kan vålla fara.

Det kapitel i arbetsmiljölagen som behandlar vem som har ansvaret för arbetsmiljön inleds med en bestämmelse om att arbetsgivare och arbetstagar är skyldiga att samverka för att åstadkomma en god arbetsmiljö. Huvudansvaret för arbetsmiljön skall dock ligga på arbetsgivaren. Denne

skall enligt lagen vidta alla de åtgärder som behövs för att förebygga att de anställda utsätts för ohälsa eller olycksfall i arbetet. Även de anställda åläggs dock ett skyddsansvar. De skall följa givna föreskrifter och använda skyddsanordningar. De skall också iaktta den försiktighet i övrigt som behövs för att förebygga olycksfall. I akuta farosituationer skall de upphöra med arbetet för att rådgöra med arbetsledare eller skyddsombud. Den anställde är enligt uttrycklig bestämmelse fri från att ersätta ekonomiska eller andra skador som kan uppstå på grund av att arbetet upphör.

Om två eller flera företag samtidigt bedriver arbete på samma ställe, skall de samarbeta för att åstadkomma säkra arbetsförhållanden. Byggherrar har ett obligatoriskt samordningsansvar men kan överlåta ansvaret till någon av dem som bedriver verksamhet på det aktuella arbetsstället. Samma regler om obligatoriskt samordningsansvar gäller också för den arbetsgivare som råder över ett fast driftställe.

I lagen föreskrivs att den som tillverkar, importerar, säljer eller hyr ut maskin eller annan teknisk anordning skall se till att den erbjuder betryggande säkerhet mot ohälsa och olycksfall. Den som installerar en sådan anordning skall se till att behövliga skyddsanordningar uppsätts och att i övrigt erforderliga skyddsåtgärder vidtas. Vidare skall den som tillverkar, importerar eller överlåter ett farligt ämne vidta de åtgärder som behövs för att hindra eller motverka att ämnet vid avsedd användning innebär risk från skyddsynpunkt. Som farligt ämne betecknas alla kemiska ämnen eller produkter som på grund av sina egenskaper och avsett användningssätt kan vara hälsofarliga eller medföra olycksfallsrisker i arbetet.

Den som råder över ett arbetsställe har ett skyddsansvar även gentemot dem som mera tillfälligt arbetar där utan att vara anställda hos honom, t.ex. i samband med varudistribution. Även den som hyr ut lokal eller markområde för arbete eller såsom personalutrymme har skyddsansvar mot arbetstagarna på platsen.

I arbetsmiljölagen ägnas stor uppmärksamhet åt organisationen av skyddsarbetet vid ett arbetsställe. Det slås fast att arbetsgivare och arbetstagarer skall bedriva en på lämpligt sätt organiserad skyddsverksamhet. Stor vikt läggs vid de anställdas möjligheter att utöva inflytande över arbetsförhållandena. På arbetsplatser med minst fem anställda skall finnas skyddsombud utsedda bland de anställda för att företräda dessa i skyddsfrågor. Även på arbetsplatser med färre anställda kan utses skyddsombud om det behövs. Men för små arbetsplatser finns också ett system med s.k. regionala skyddsombud. Yrkesinspektionen kan nämligen för sådana arbetsplatser medge att fackliga avdelningar utser skyddsombud som inte är anställda på

arbetsplatsen. Vanligen utses därvid fackliga funktionärer.

På arbetsplatser med minst 50 anställda eller på mindre arbetsplatser där de anställda begär det skall finnas en skyddskommitté. Den är sammansatt av representanter för arbetsgivare och arbetstagare. Enligt de arbetsmiljöavtal som reglerar förhållandena på området har arbetstagarna majoritet i kommittéerna. Skyddskommittén har uppgifter som ger den en central ställning inom den lokala skyddsverksamheten.

Tillsynsmyndigheter enligt arbetsmiljölagen är arbetarskyddsstyrelsen och, under styrelsens överinseende och ledning, yrkesinspektionen. Arbetarskyddsstyrelsen leds av en lekmannastyrelse som bl.a. innehåller representanter för parterna på arbetsmarknaden. Generaldirektören är ordförande.

Yrkesinspektionen är organiserad på 19 distrikt. I varje distrikt finns en yrkesinspektionsnämnd. Den består av distriktschefen och ett antal ledamöter som utses efter förslag av arbetsmarknadsparterna, lika många för vardera sidan.

Om yrkesinspektionen vid sin tillsynsverksamhet eller på annat sätt får reda på att en arbetsgivare bryter mot lagen eller föreskrifter som arbetarskyddsstyrelsen utfärdat med stöd av lagen skall inspektionen se till att bristerna rättas till. I allmänhet får arbetsgivaren då en skriftlig uppmaning att rätta till förhållandena inom en viss angiven tid. Gör han inte detta kan yrkesinspektionen utfärda ett föreläggande (t.ex. att förbättra ventilationen) eller ett förbud (t.ex. mot att använda en viss maskin). Vid akut fara kan inspektionen föreskriva att dess beslut skall lända till efterrättelse omedelbart. Yrkesinspektionen kan i förbudet eller föreläggandet också utsätta vite med ett belopp som den finner skäligt. Rättar sig inte arbetsgivaren efter föreläggandet eller förbudet kan vitet dömas ut av domstol sedan allmänne åklagaren fört talan där. Har yrkesinspektionen inte bestämt något vite, kan arbetsgivaren åtalas och dömas till böter eller fängelse.

För att säkerställa ett förbud som yrkesinspektionen utfärdat kan den meddela beslut om försegling eller annan avstängning av anläggning, utrymme eller anordning. Beslutet verkställs genom inspektionens försorg. Efterlevnaden av ett förbud garanteras också av att ett skyddsombud har rätt att stoppa ett arbete som sker i strid mot förbudet.

Direkt straffsanktionerade bestämmelser finns i arbetsmiljölagen endast i begränsad utsträckning. De brott det gäller är otillåten användning av minderårig i arbete och visst oriktigt uppgiftslämnande. I samtliga fall rör det sig om böter. Detsamma gäller den som utan giltigt skäl borttager skyddsanordning eller sätter sådan ur bruk. Däremot finns det vidsträckta möjligheter för arbetarskyddsstyrelsen att förse sina föreskrifter med direkt



straffsanktion. Det kan därvid även bli fråga om fängelse i högst ett år. Det tyngst vägande påtryckningsmedlet är dock föreläggande och förbud riktat mot arbetsgivaren.

Gemensamt för samtliga straffbestämmelser är att det krävs uppsåt eller oaktsamhet för att straff skall inträda.

Om i samband med brott anordning eller ämne använts i strid mot förbud som tillsynsmyndighet utfärdat skall egendomen eller dess värde förverkas om inte denna rättsverkan är uppenbart obillig.

Vid sidan av bestämmelserna i arbetsmiljölagstiftningen kan det bli aktuellt att tillämpa bestämmelser i brottsbalken när en olycka eller en yrkesjukdom inträffat som en följd av missförhållanden i arbetsmiljön. Det gäller främst reglerna om vållande till annans död, vållande av kroppsskada eller sjukdom och framkallande av fara för annan. Bestämmelserna om allmänfarlig vårdslöshet och spridande av gift kan också tänkas komma i fråga. Har t.ex. skyddsanordningar varit otillräckliga eller obefintliga eller har brister förekommit i skyddsinstruktioner eller planering av arbetet kan förfarandet falla under straffbestämmelserna i brottsbalken. Även underlåtenhet att vidta åtgärd kan vara straffbar i de fall underlåtenheten ter sig lika straffvärd som en positiv handling. Av stor vikt vid bedömningarna i dessa fall är om någon regel som arbetarskyddsstyrelsen har meddelat om arbetsmiljöns beskaffenhet blivit åsidosatt.

### **Arbetsgivaransvarets placering**

Huvudansvaret för arbetsmiljöns beskaffenhet vilar som tidigare framhållits på arbetsgivaren. Med arbetsgivaren avses därvid denne personligen, vederbörande styrelse eller i den offentliga förvaltningen den som är ansvarig enligt instruktion, arbetsordning eller liknande. Också den som företräder arbetsgivaren kan ha ansvar som arbetsgivare.

Normalt utgör det i det dagliga livet inget problem att identifiera bäraren av arbetsgivareansvaret. Inom ett företag brukar det inte råda några oklarheter om vem som formellt företräder företaget. Jag bortser i detta sammanhang från frågan på vilken nivå i en verksamhet som ansvaret ligger liksom från de svårigheter som kan uppkomma genom att exempelvis flera bolag med inbördes relationer av oklart slag finns med i bilden. Inte heller de myndigheter som svarar för tillsynen över arbetsmiljölagstiftningen behöver normalt tveka. De oklarheter som kan uppstå får redas ut i varje fall för sig med utgångspunkten att nå det reella ansvaret så nära som möjligt. Ett

problemområde som i sig skulle kunna fordra en analys som skulle spränga ramen för denna framställning är vissa fall med entreprenader och inhyrningar av maskiner med förare och liknande arrangemang. Här måste huvudregeln vara att placera ansvaret hos den som har möjlighet att i verkligheten påverka förhållandena.

I en del fall kan det bli fråga om att fördela ansvar för arbetsmiljön på flera. För vissa situationer ger lagen såsom framgår av den tidigare redogörelsen direkta anvisningar. Exempelvis gäller detta det obligatoriska samordningsansvar som åvilar arbetsgivare som råder över ett fast driftställe.

Gäller det rättsliga ingripanden enligt arbetarskyddslagstiftningen är det vanligen inte några problem när det gäller att fastslå mot vem ett föreläggande eller förbud skall riktas. Är arbetsgivaren en juridisk person riktas åtgärden mot den juridiske personen och delgivning sker enligt vanliga förvaltningsrättsliga grunder. Ett vitesföreläggande kan också riktas mot den juridiska personen som arbetsgivare. Även mot kommun och landsting kan vitesföreläggande riktas. Däremot kan man enligt praxis inte förelägga staten vite.

När det gäller straffansvaret är det en helt annan situation. Straff kan i svensk rätt bara ådömas enskild fysisk person. Det finns i vissa andra länders lagstiftningar exempel på att man kan döma ut straff även mot juridiska personer. Detta förekommer inte i det svenska rättssystemet över huvud taget. Det gäller där alltid att finna ut vilken fysisk person som skall vara straffansvarig. Detta gäller även i de fall arbetsgivaren är exempelvis ett bolag.

Fram till 1974 då den dåvarande arbetarskyddslagen ändrades gällde ett rent strikt arbetsgivaransvar. Det stod i lagen att det var arbetsgivaren som var ansvarig. Vem denne var bestämdes på rent formella grunder. I ett ensamföretag var det ägaren, i ett bolag verkställande direktören o.s.v. I ett statligt verk var det generaldirektören eller motsvarande befattningshavare. Systemet kompletterades med regler om arbetsföreståndare i statlig och kommunal verksamhet och om möjlighet att få arbetarskyddsstyrelsens godkännande av arbetsföreståndare i annan verksamhet. Arbetsföreståndare hade ansvaret för överträdelse av direkt straffsanktionerade bestämmelser i arbetarskyddslagstiftningen. Man behövde sedan aldrig fundera över att bevisa om vederbörande varit försumlig i något hänseende. Det räckte med att bevisa att det förelåg en överträdelse, alltså skulle arbetsgivaren eller arbetsföreståndaren dömas.

Hela detta system ändrades med de nya regler som i dag gäller. Arbetsföreståndaren försvann. Den straffskyldige identifierades med ”den

som brustit” i straffbestämmelserna. För att straff skulle inträda krävdes uppsåt eller oaktsamhet. Av motiveringen framgår att ansvaret skulle kunna ligga på olika personer beroende på vilken överträdelse som begåtts. De gamla bestämmelserna, menade man, var för stela och slog snett i många fall. Mera flexibla bestämmelser skulle göra det möjligt att i varje enskilt fall lägga ansvaret just där det hörde hemma.

Med de nya bestämmelserna avsågs att vidga möjligheterna att flytta över och delegera beslutsfattande i arbetsmiljöfrågor. För att en delegering skall få betydelse i straffrättsligt hänseende krävs att med delegering av ansvaret följer tillräckliga beslutsbefogenheter och ekonomiska resurser. Det förutsetts också att den till vilken delegering skett har erforderlig erfarenhet och tillräckligt kunnande för uppgiften.

Det straffrättsliga ansvaret avgörs alltså med hänsyn till i varje särskilt fall föreliggande situation och med beaktande av det reella inflytandet över beslut och åtgärder. Om arbetarskyddet eftersatts i fall då delegering skett kan alltså företags- och verksledning under vissa förutsättningar vara fria från ansvar. Härvid bör bedömas om ledningen vid val av person, genom bristande tillsyn eller på annat sätt varit försumlig. Oklarheter i fråga om ansvarsfördelningen faller alltid tillbaka på ledningens ansvar.

I sammanhanget kan förtjänas att omnämnas att även en enskild arbetstagare som inte är förman kan bli straffansvarig under förutsättning att han fått ordentliga instruktioner om arbetet, erforderliga redskap och tillräckligt med tid för arbetet och man inte gett honom större arbetsuppgift än han kunnat klara av. Normalt torde dock i sådana situationer ansvaret falla på förmannen för att han inte kontrollerat ordentligt eller på annat sätt brustit i arbetsledningen.

Införandet av det nuvarande regelsystemet har inneburit ett närmande till de principer som i övrigt är förhärskande på specialstraffrättens område i Sverige. De har också i praktiken inneburit ett närmande till de principer som gäller för tillämpningen av brottsbalkens bestämmelser – vållande till annans död etc. – i anslutning till händelser som utspelas i arbetsmiljö.

Systemet kräver en många gånger ingående analys av de faktorer som bildar underlag för den straffvärda handlingen. Därmed skapas emellertid förutsättningar för att den i verkligheten ansvarige nås av straffet. På så sätt bör också straffbudet kunna få den förebyggande effekt som bör eftersträvas. Denna förebyggande effekt ter sig särskilt angelägen inom ramen för arbetarskyddslagstiftningen som till hela sin natur syftar till att förebygga. Klart är att en rätt tillämpning ställer stora krav på både kunnande och insatser från de rättsvårdande myndigheternas sida. Härtill återkommer jag i ett senare avsnitt.

Jag tänker inte att här gå närmare in på skadeståndsansvaret. Detta har för övrigt i arbetsmiljösammanhang fått en minskande betydelse i Sverige. Det är en följd av den utbyggnad av den offentliga arbetsskadeförsäkringen som skett och de tilläggsavtal som träffats mellan arbetsmarknadens parter. Här bör dock framhållas att enligt den nya svenska skadeståndslagen drabbar skadeståndsansvaret nästan aldrig en enskild arbetstagare. Detta gäller såväl statlig som privat verksamhet. Det skall föreligga synnerliga skäl för att en arbetstagare skall bli personligen ansvarig för en skada.

Vid bedömningen av om synnerliga skäl föreligger för att en anställd skall bli skadeståndsskyldig skall hänsyn tas till handlingens beskaffenhet, arbetstagarens ställning och den skadelidandes intresse. Med handlingens beskaffenhet menas att en arbetstagare skall behandlas strängare om han gjort sig skyldig till en mera anmärkningsvärd vårdslöshet. Inte ens om det är fråga om grov vårdslöshet är det dock självklart att arbetstagaren blir betraktad som vållande. Om arbetstagaren tillhör driftledningen eller ånjuter särskilt förtroende kan man räkna med att han blir föremål för strängare bedömning. Man kan också ta hänsyn till det inflytande han i realiteten haft på arbetets utförande. Han kan exempelvis ha särskild sakkunskap eller långvarig erfarenhet av tillverknings- eller produktionsmetoden och därför varit den bestämmande i förhållande till arbetsgivaren.

### **Sanktionssystemets utformning**

Arbetsmiljölagstiftningen täcker de mest skiftande verksamheter i samhället. Målet är att säkerställa en god arbetsmiljö till gagn för hälsa, säkerhet och trivsel för alla som är verksamma i arbetslivet. Vad som är en god arbetsmiljö är inte lätt att allmängiltigt definiera. Våra kunskaper om risker och hälsofaror förändras och ökar ständigt. Möjligheterna att leva upp till de krav som kan ställas skiftar från ett område till ett annat av samhällslivet. Fysiska såväl som psykiska faktorer skall vägas in. Under senaste decenniet har diskussionen ofta rört sig om de s.k. psykosociala faktorerna, oklart definierade. Relationer människor emellan spelar roll. Tekniska, medicinska, ekonomiska och många andra saker måste vägas in. Över huvud taget är det ett komplicerat och ofta svårstyrbart samspel av en mängd företeelser som skapar vad vi med ett enda enkelt ord betecknar som arbetsmiljön. Mot denna bakgrund får man betrakta det speciella rätts- och organisations-system som byggts upp för att vinna målet så långt det går.

Ett karakteristiskt drag är att arbetsmiljölagstiftningen mycket nära rör

förhållandet mellan parterna i arbetslivet. Det är en arbetsrättslig lagstiftning med de möjligheter till motsättningar som ryms i att det är två parter som står mot varandra och att exempelvis medinflytandeproblematiken klart framträder. Trots detta har dock den ömsesidiga förståelsen hittills varit betydande. Detta är glädjande med hänsyn inte minst till att ett gott klimat mellan parterna i sig befrämjar det goda klimat på arbetsplatserna som eftersträvas.

Arbetsmiljölagstiftningen är också en social lagstiftning. Den skall verka för att de i arbetslivet verksamma inte kommer till skada till liv eller hälsa. Den kompletterar de övriga åtgärder samhället sätter in för att värna om vår hälsa och vårt välbefinnande.

Mot bakgrund bl.a. av vad som nu skisserats har huvudansvaret för förverkligande av målsättningar lagts på dem som är verksamma ute i arbetslivet. Skyddsarbetet skall bedrivas ute på arbetsplatserna av dem som är verksamma där. En särskild säkerhetsorganisation är förutsatt i lagstiftningen. Samhället, myndigheterna – i första hand yrkesinspektionen – kommer in som rådgivare, vägledare, normbildare och kontrollant i vissa delar. Med hänsyn till verklighetens skiftande karaktär kan den fulla uttydningen av de regler och föreskrifter som finns många gånger ske först ute på arbetsplatsen.

Bristande kunskaper om risker i olika hänseenden och hur de skall bemästras är vanligt förekommande trots allt som gjorts och görs för att utforska och upplysa. Förändringar i verksamheten riktar uppmärksamheten mot problem som tidigare inte funnits. Myndigheternas uppgifter blir att se till att frågorna får sin rätta lösning och att övertyga de inblandade om nödvändigheten att följa vissa handlingsmönster. De myndighetsanvisningar och föreskrifter som finns blir här till hjälp och stöd.

I de handlingsmönster som arbetsmiljölagstiftningen drar upp spelar samhällsinslag genom kriminalisering och straffåtgärder en relativt underordnad roll. Den särskilda samhällsorganismen som byggts upp syftar främst till att nå målet andra vägar. I den preventiva verksamheten satsas också stora och ökande resurser på en utbyggnad av en effektiv företagshälsovård. Forskning, utbildning och information i olika former spelar en framträdande roll. Offentlig provning och kontroll av maskiner och andra tekniska anordningar ägnas stor uppmärksamhet. I den mån trots alla andra bemödanden samhällsorganismen tvångsåtgärder blir nödvändiga användes i första hand förvaltningsrättsliga medel i form av föreläggande och förbud genom tillsynsmyndigheternas försorg.

Föreläggande och förbud från yrkesinspektionen bildar grundpelarna i

sanktionssystemet och har i denna egenskap stora förtjänster. Jag skall här beröra en del av dem.

När man tillgriper föreläggande eller förbud kan man inrikta sig direkt på de konkreta förändringar av arbetsmiljön som är eftersträvansvärda. Åtgärderna är framåtsyftande, leder till faktiska förändringar. Straffprocessen innebär till skillnad däremot ofta blott och bart ett konstaterande av att fel och försummelse har förelegat vid en viss tidpunkt. Många gånger är det komplicerade förhållanden som måste utvärderas för att man skall nå fram till riktiga bedömningar. Det är då en fördel att man i det enskilda fallet innan åtgärden sätts in får tillfälle till en grundlig genomgång av sakkunniga personer. Samverkan kan ske med den lokala skyddsorganisationen i företaget. Lösningarna kan förankras där och hos företagsledningen. Prioriteringar kan göras mellan olika förbättringsåtgärder. Dessa kan sättas in i ett vidare sammanhang. Detta är viktigt inte minst med tanke på de ekonomiska rimlighetsbedömningar som måste till och samspela med andra insatser.

De krav som kan ställas genom förelägganden och förbud kan vara utomordentligt långtgående och hårtslående i de fall det behövs. I själva verket finns det utomordentligt vida gränser för de effekter som kan utlösas. Ett ingripande kan ju innebära i praktiken nedläggning av en verksamhet eller ett företag. En sådan påföljd är i de allra flesta fall betydligt mera avskräckande än ett eventuellt straff. För riktigheten i de beslut som fattas har man sökt skapa garantier genom att beslut om föreläggande eller förbud normalt fattas i yrkesinspektionsnämnderna. I dessa ingår förutom arbetsmiljöexpertis representanter för arbetsmarknadens parter.

Straffprocessen kan komma in i den mån ett föreläggande eller ett förbud inte efterlevs. Då kan det bli fråga om straff som döms ut efter normal process med medverkan av åklagare och domstol. Men rättsutredningen blir då i regel av enkel beskaffenhet. Det gäller här inte att gå in på en allmän bedömning av bristerna i arbetsmiljön. Vad som skall konstateras är blott och bart om de förhoppningsvis klart och entydigt formulerade påbuden i yrkesinspektionens beslut har följts eller ej.

En särskild påtryckningsmöjlighet som tillkommit genom lagändringar under 1970-talet är vitesföreläggandet. Härigenom har man fått en ekonomisk sanktionsmöjlighet av helt andra dimensioner än vad som ligger inom räckvidden för ett vanligt bötesstraff. Vitesinstitutet har också den förtjäns- ten att det kan användas även mot arbetsgivare som är juridisk person. Därigenom täpper man till den lucka som ibland påtalas när det gäller möjligheterna att med straff nå företag som är juridiska personer. Bland annat mot denna bakgrund ser jag i dag inte anledning eftersträva att införa

särskilda straffformer riktade mot juridiska personer i arbetsmiljöangelägenheter. En hel och full satsning på de sanktionsmöjligheter och övriga handlingsvägar som redan finns ter sig av flera synpunkter mera rationell och verkningfull.

Yrkesinspektionens beslut i frågor som nu nämnts kan också säkerställas genom andra åtgärder av rent förvaltningsmässig art. Underlåter någon att vidta åtgärder som ålagts honom enligt ett föreläggande kan yrkesinspektionen förordna om rättelse på hans bekostnad. Beslut om förbud kan säkerställas genom att yrkesinspektionen föranstaltar om försegling eller annan avstängning av anläggning, utrymme eller anordning. En alldeles speciell möjlighet att förverkliga innehållet i ett beslut av yrkesinspektionen om förbud ligger också i arbetsmiljölagens bestämmelser om att ett skyddsombud äger avbryta arbete som bedrivs i strid mot förbudet.

När man diskuterar sanktionssystemet inom arbetsmiljölagstiftningen får man inte glömma den tämligen unika anordningen som ligger i skyddsombudets stoppningsrätt. Om ett arbete innebär omedelbar och allvarlig fara för arbetstagares liv eller hälsa kan ett skyddsombud avbryta arbetet i avbidan på yrkesinspektionens ställningstagande. Förutsättningen är också att rättelse inte genast kan nås genom hänvändelse till arbetsgivaren. Denna bestämmelser har stor betydelse när det gäller akuta farosituationer. För närvarande förekommer det varje år cirka 100 sådana fall som rapporteras till yrkesinspektionen för ställningstagande. Hur många fall därutöver det finns där skyddsombud ingriper men rättelse sker genom arbetsgivaren utan hänvändelse till yrkesinspektionen finns det inga uppgifter på. Antalet torde vara ganska betydande. De farhågor som uttalas då stoppningsrätten infördes 1974 att befogenheterna skulle missbrukas av skyddsombuden har inte besannats i någon vidare mån.

Vad som anförts i det föregående innebär inte att man på arbetsmiljörådet kan avvara direkt straffsanktionerade bestämmelser. De möjligheter som i och med den nya lagstiftningen gavs arbetarskyddsstyrelsen att i ökad utsträckning utfärda direkt straffsanktionerade föreskrifter var säkerligen väl motiverade och kommer också att utnyttjas. Viktigt är emellertid att möjligheterna används på ett sådant sätt att systemet totalt sett verkar i riktning att nå största effekt i form av reella förbättringar av arbetsmiljön med bästa användning av de resurser som står till buds. Rättesnöret bör därvid enligt min mening vara att inom sanktionssystemet lägga huvudvikten vid den form av direkt ingripande som ligger i förelägganden och förbud från yrkesinspektionen. Dessa kan då nära kopplas till inspektionens rådgivande och förebyggande verksamhet.

Mot bakgrund av vad nu sagts bör till en början stor vikt läggas vid att endast knyta straffbud till klara och lätt definierbara gärningsbeskrivningar. Några mer eller mindre dunkelt formulerade försumlighetsrekvisit bör inte accepteras när det gäller beskrivningen av den straffvärda handlingen. Låt vara att oaktamsbedömningen kommer in när det gäller att avgöra om överträdelsen som sådan skett av oaktamhet eller uppsåtligen. Med denna utgångspunkt blir det i stor utsträckning fråga om straffbeläggning av gärningar av ordningskaraktär av typen underlåtenhet att göra anmälningar till myndigheter, att utföra läkarundersökningar, att göra mätningar av luftföroreningar och liknande. Förbud av olika slag kan också vara ändamålsenligt att förena med straffsanktioner. Ett vidgat fält i framtiden där straffpåföljder kan föreskrivas är krav på officiell provning av maskiner och anordningar av olika slag.

Målet bör allmänt sett vara straffbud som är lätt och direkt begripliga för dem de är avsedda för och som inte kräver några alltför omfattande brottsutredningar vid ifrågasatta överträdelser. På detta sätt kan man förvänta sig en snabb lagföring. Detta är väsentligt om man skall se till påbudens preventiva syfte. Man undviker också att tillsynsmyndigheternas likaväl som polisens, åklagarnas och domstolarnas resurser tas i anspråk på ett oproportionerligt sätt. Det är väl inte heller förvånande om jag för egen del vill understryka det angelägna i att yrkesinspektionens krafter i första hand används för konstruktivt direkt förebyggande arbete. Yrkesinspektionen bör inte alltför mycket tas i anspråk för att hjälpa till med att klarlägga lagöverträdelser i det förgångna med måhända ringa betydelse i nuet och för framtiden.

Vid sidan av de specialstraffrättsliga reglerna i arbetsmiljölagstiftningen bildar de allmänna straffreglerna i brottsbalken i viss mån ett komplement till arbetsmiljölagstiftningens sanktionssystem. Dessa regler har också inom ramen för den ökade aktiviteten på arbetsmiljöområdet under senare år tilldragit sig allt större uppmärksamhet när det gäller händelser som timat i arbetslivet. Genom en nyligen genomförd lagändring har också kravet på angivelse som förutsättning för åtal för vållande av kroppsskada som inte är grov, tagits bort ur brottsbalken.

När det gäller bedömning av gärningar enligt brottsbalken är det att konstatera att arbetsmiljölagstiftningen med alla dess förgreningar och anslutande författningsområden ger en bra vägledning. Självfallet är också den uppbyggda tillsynsorganisationen av god hjälp. Yrkesinspektionen bidrar vid bedömningarna under utredningens gång. Arbetarskyddsstyrelsen får ofta avge yttranden till åklagare och domstolar. Jag vill här betona det



angelägna i att själva brottvärderingen läggs på polis- och åklagarmyndigheterna när ett ifrågasatt brott utreds. Yrkesinspektionen skall kunna hjälpa till med tekniskt och i viss utsträckning också ett juridiskt underlag men utvärderingen skall ligga på andra. Tillsynsorganen skall göra värderingar på grundval av den lagstiftning de är satta att tillämpa. De andra rättsvårdande organen gör bedömningarna inom sitt område.

### **Jurister behövs i arbetet för en bättre arbetsmiljö**

Utvecklingen under det senaste decenniet har inneburit utbyggnad av lagstiftningen på arbetsmiljöområdet i klar riktning mot kraftfullare ingripanden och större befogenheter för tillsynsmyndigheterna. I Sverige utövar arbetarskyddsstyrelsen en betydande lagstiftningsfunktion genom sin föreskriftsverksamhet. Detta innebär att arbetet i styrelsen i stora delar liknar det som traditionellt är mönstret när offentliga författningar kommer till. Där ingår en utredningsfas med särskilda arbetsgrupper där parterna på arbetsmarknaden är med, remissförfarande och med ledning av detta sammanställning av slutligt underlag för styrelsens beslut. En föreskrift av styrelsen kan inte överklagas. Styrelsen har dock rätt att självmant underställa regeringen en föreskrift innan den utfärdas. Något sådant fall har ännu inte inträffat.

Mot bakgrund av den utveckling som varit har styrelsens centrala organisation förstärkts med en lagbyrå. Det är också denna som främst biträder med kontakterna med utomstående rättsvårdande myndigheter. Den handlägger också i samverkan med de tekniska byråerna besvärssärenden från yrkesinspektionen.

Yrkesinspektionen har att fatta beslut med utomordentligt stor räckvidd för dem som berörs. Det är därför viktigt att de avgöranden som sker är väl underbyggda i rättsligt hänseende. Detta kräver god sakkunskap och gott omdöme i rättsfrågor. Mot denna bakgrund har sedan 1974 byggts upp en organisation med jurister vid yrkesinspektionen. I dag har samtliga 19 yrkesinspektionsdistrikt minst en juristjänst. Enligt min mening finns behov av ytterligare förstärkningar på detta område.

Arbetsmarknadens parter har ett stort inflytande över arbetsmiljöfrågorna och administrationen av tillsynsverksamheten sker i nära samarbete med dem. Det är därför glädjande att kunna konstatera att man på såväl arbetsgivarsidan som arbetstagersidan har stor förståelse för behovet av jurister inom tillsynsverksamheten. Arbetsgivarsidan kanske mest betonar

synpunkten att ingripandenas många gånger allvarliga karaktär för den arbetsgivare som berörs kräver noggrann bedömning ur rättssäkerhetssynpunkt. Arbetstagsarsidan kanske finner angelägnare betona vikten av att yrkesinspektionens beslut blir rättsriktiga så att de står sig vid en fortsatt hantering i rättsmaskineriet och därmed får den effekt som avsetts.

Ett problem när det gäller rekrytering av jurister till området är att den juristutbildning som ges dagens nytillkommande jurister ger mycket lite insikter i arbetsmiljölagstiftningen och dess tillämpning. Styrelsen får därför utbilda de nyanställda från grunden på detta område. I viss utsträckning får styrelsen också – med de både för- och nackdelar som detta innebär – fungera som utbildare av jurister som sedan söker sig till andra arbetsuppgifter inom näringsliv och organisationer. En väg mot bättre förhållanden vore kanske att integrera tjänstgöring vid styrelsen eller yrkesinspektionen i den ordinarie vidareutbildningsgången för jurister.

Från fackligt håll har tidigare rests kritik innebärande att polis, åklagare och domstolar icke skulle ha visat tillräcklig förståelse för arbetslivets problematik och arbetarskyddets betydelse. Följden skulle ha blivit att man inte agerat tillräckligt snabbt och kraftfullt i rättsärenden där det gällt åsidosättande av säkerheten i arbetslivet. Kritiken har av de utpekade anammats på ett konstruktivt sätt. Flera initiativ har tagits för att sprida bättre kunskaper om arbetsmiljölagstiftningen och dess motiv. Så har exempelvis riksåklagaren ordnat särskild utbildning för åklagare med inriktning på arbetarskyddsärendenas behandling. Där har personal från arbetarskyddsstyrelsen kunnat medverka som informatörer. På initiativ av rikspolisstyrelsen har utarbetats en särskild handbok för hur polisens brottsutredningar i arbetsmiljömål skall gå till. Goda kontakter har etablerats mellan arbetarskyddsstyrelsen och yrkesinspektionen samt polis- och åklagarmyndigheter. Erfarenheterna av utbytet är positiva.

## **Slutord**

I det föregående har lämnats en del synpunkter utgående från svenska förhållanden. Några revolutionerande nyordningsidéer har inte förts fram. Sådana hade kanske inte heller varit att vänta med hänsyn till att hela fältet så nyligen bearbetats. Självfallet finns det saker som kan behöva göras eller ses över ytterligare men som inte har kunnat rymmas här. Mitt sammanfattande omdöme blir dock att det system som finns i dag när det gäller ansvarsförhållanden och sanktioner är väl avvägt till sin upplägning. Vad

som nu behövs är att vi blir kunnigare och skickligare när det gäller att bruka de förutsättningar som finns. Där är vi dock på god väg och förutsättningarna gynnsamma.

Som företrädare för en förvaltning som har att sörja för att förhållandet i arbetslivet utvecklas positivt med tanke på hälsan och säkerheten för de som är verksamma där ser jag ljus på framtiden. Vi har i dag helt andra möjligheter till insatser än tidigare. Vi har också helt annan förståelse än förut för arbetsmiljöns betydelse. Detta gäller inte bara Sverige utan alla nordiska länder utan undantag.

Jag gläds åt det växande intresse bland jurister i Norden som återspeglas i att ett ämne med anknytning till arbetsmiljön beretts plats på 1981 års juristmöte. Jag hoppas och tror att utvecklingen pekar hän mot ökat samspel framöver mellan dem som är direkt verksamma i arbetet för en bättre arbetsmiljö och jurister av alla kategorier. Det är min förhoppning att exemplet skall få efterföljd i framtiden. Arbetarskyddsområdet rymmer många frågeställningar av arbetsrättslig, förvaltningsrättslig och kriminalrättslig natur som är väl ägnat att dras inför det kloka och kunniga forum som nordiska juristmötet representerar.

## LITTERATURHÄNVISNINGAR

### Danmark

Forslag til Lov om arbejdsmiljø (Folketingsåret 1973–74.2. Samling. Arbejdsmin. 3.kt.j.nr. 15-0-73).

Lov om arbejdsmiljø nr 681/1975 (Arbejdsmin. 3.kt.j.nr. 15-0-75).

Rapporter från Arbejdsmiljøgruppen af 1972:

Rapport nr 1 Skader, Omkostninger, Målsætning, Nærdemokrati, Planlægning, 1973

Rapport nr 2 Arbejdsmiljøundersøgelsen, 1974

Rapport nr 3 Grænseværdier, Arbejdstiden, Meningsfyldt job, Udstødningen, 1975

Rapport nr 4 Medbestemmelse, Arbejdsmiljøtjeneste, Uddannelse og forskning, Planlægning, 1976

Finland

Lag om skydd i arbete (299/1958)

Proposition nr 76/1972 om lag om arbetarskyddsförvaltningen

Lag om arbetarskyddsförvaltningen (574/1972)

Förordning om arbetarskyddsförvaltningen (372/1973)

Proposition nr 122/1972 om lag om tillsynen över arbetarskyddet

Lag om tillsyn över arbetarskyddet (131/1973)

Förordning om tillsynen över arbetarskyddet (954/1973)

Kommittébetänkande 1974: 123 med förslag till ny lag om arbetarskydd. Ett sammandrag finns på svenska.

Island

Lag om förhållanden, hygien och säkerhet på arbetsplatser (46/1980)

Norge

Ot. proposition nr 3 (1975–76) Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

Ot. proposition nr 41 (1975–76) Om arbeidstid, oppsigelsevern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø

Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø av den 4 februar 1977 med endringer den 26 maj 1978 och den 13 juni 1980. Den antagna lagen jämte hänvisningar till förarbeten finns i Norsk Lovtidend Avd. I Nr. 4–14. februar 1977 s. 77–109.

Sverige

Bättre arbetsmiljö. Betänkande avgivet av arbetsmiljöutredningen. SOU 1972: 86

Arbetsmiljölag. Slutbetänkande avgivet av arbetsmiljöutredningen. SOU 1976: 1 med bilagor 1–3 (SOU 1976: 2–4, Bakgrund till förslag om arbetsmiljölag, Rapporter i psykosociala frågor och Internationella konventioner inom arbetarskyddet)

Prop. 1973: 130. Åtgärder för bättre arbetsmiljö

Prop. 1976/77: 149. Arbetsmiljölag

Socialutskottets betänkanden SOU 1973: 25 och 1977/78: 1

Vissa specialstraffrättsliga problem. Betänkanden från justitiedepartementet. DsJu 1975: 23

Företagsböter. En kartläggande undersökning av korporativt ansvar. Betänkande från justitiedepartementet. DsJu 1978: 5

Företagsböter. Förslag till lagtexter. Promemoria från justitiedepartementet. DsJu 1979: 10

Gullberg, Rundqvist, Starland, Arbetsmiljölagen. Kommentar och författningar. Liber förlag 1981

Hans Thornstedt, Företagens straffansvar. Akademiförlaget 1972

Promemoria om arbetsmiljöbrott 1980-02-11. Promemoria från riksåklagaren. ÅD 149-80

Gullberg, Nordisk arbetsmiljölagstiftning – en jämförande översikt. SACO/SR:s skriftserie nr 23.

Teljstedt, Straffrättsligt arbetsmiljöansvar. SFO: s skriftserie 1980.

Det 29: e nordiska juristmötet  
Stockholm den 19–21 augusti 1981

Jesper Lett

Patienters rättigheter

## Patienters rettigheder

Af advokat JESPER LETT

De fleste juridiske værker behandler problemerne omkring sygehuse, læger eller patienter ud fra en strafferetlig eller erstatningsretlig vurdering. Hovedvægten ligger naturligt på det erstatningsretlige område. De emner, der her navnlig har været gjort til genstand for behandling og overvejelse, er hvilke krav man kan stille til den enkelte læge, der skal stille diagnosen, og hvilke krav man kan stille, når han derefter skal vælge og gennemføre behandlingen af patienten.

I tilknytning til spørgsmålet om, hvilke krav man kan stille til lægen ved hans diagnosticering og efterfølgende behandling har man overvejet spørgsmålet om nødvendigheden og virkningen af patientens samtykke til den påtænkte behandling.

Domstolene har holdt sig til, at der skal foreligge et uagtsomt forhold fra lægens side, for at der kan pålægges erstatningsansvar. Den juridiske litteratur har som hovedregel også de lege ferenda accepteret, at der skal foreligge culpa, som betingelse for at pålægge ansvar.

Det erstatningsansvar, der normalt skal tages stilling til, er for sygehuse-nes vedkommende husbondeansvaret. Kun enkelte domme ses at komme ind på spørgsmålet om, hvorvidt selve tilrettelæggelsen af patientbehandlingen på sygehuset har været forsvarlig. Dette problem har været fremdraget i sager, hvor den indtrådte skade navnlig må tilskrives lægens manglende erfaring.

I det omfang den indtrådte skade skyldes en brist i de af hospitalet anvendte apparater, er der ligeledes som udgangspunkt tale om et culpaansvar.

For såvidt angår spørgsmålet om samtykke er der enighed om, at en person, der er myndig og ved sin fornufts fulde brug, kan frabede sig et lægeligt indgreb med den virkning, at gennemførelse af indgrebet er strafbart. Der er i så fald tale om legemskrænkelser eller legemsbeskadigelse. Det erstatningsretlige ansvar må her nøje følge det strafferetlige.

I de tilfælde, hvor der ikke foreligger samtykke, har man navnlig koncentreret sig om de tilfælde, hvor samtykke ikke kan fås f.eks. på grund af bevidstløshed og de tilfælde, hvor samtykke ikke afventes eller, hvor patienten holdes i uvidenhed ved manglende oplysning, vejledning m. v.

I de tilfælde, hvor samtykke ikke kan fås vil der ofte strafferetligt være tale

om nødhjælp og ikke blive tale om at straffe. Erstatningsretligt vil der normalt være tale om negotiorum gestio.

I de tilfælde, hvor samtykke ikke afventes, eller hvor samtykke ikke er givet fordi patienten holdes i uvidenhed ved manglende oplysning eller vejledning, kan der strafferetligt blive tale om ulovlig tvang. Normalt vil der derimod ikke blive tale om legemskrænkelser eller legemsbeskadigelse. Der mangler typisitet. Erstatningsretligt er der her tale om krydsende hensyn – dels hensynet til den personlige integritet, dels hensynet til en nem og smidig patientbehandling, hvor man af hensyn til patienten undlader at informere. Af disse to krydsende hensyn har det sidste hensyn nok sejret over det første.

Foreligger patientens samtykke, er et straffeansvar normalt udelukket. Erstatningsretligt gælder der her et almindeligt culpaansvar.

Der er nogen usikkerhed med hensyn til, hvad der kræves for at statuere, at der foreligger samtykke. Praksis synes her meget liberal, selvom alle kan tilslutte sig den opfattelse, at jo større eller farligere indgreb, der er tale om, jo større krav må man stille til fastheden af samtykke.

Selvom vurderingen af den erstatningsretlige side af livet som patient aldrig må stivne, men stadig skal være i bevægelse og udvikle sig i samklang med den almindelige udvikling i samfundet, vil jeg først og fremmest lægge op til en diskussion om andre sider af patientens retsstilling, som har været genstand for mindre opmærksomhed i den juridiske litteratur, men som udviklingen har gjort mere aktuelle.

### **Retten til at blive patient**

Selvom læger efter den danske lægelov ikke har pligt til at tage folk under behandling, bortset fra hvis der foreligger en nødsituation, volder det i dag ikke nogen vanskelighed at komme under kvalificeret lægebehandling.

Når spørgsmålet om retten til at blive patient fremdrages her, er det, fordi man i Danmark netop har haft et tilfælde, hvor en dame blev afvist fra et hospital. Hun, der var dansk statsborger, men udenlandsdansker, led af en alvorlig sygdom, der ikke var akut, men krævede en større operation.

Med henblik på at blive opereret rejste hun til Danmark, hvor hun blev afvist af hospitalet. Hospitalet var berettiget hertil.

Efter sygehusloven (lov nr. 324 af 19. juni 1974 med senere ændringer) samt Indenrigsministeriets bekendtgørelse af 11. december 1980, er sygehuse i Danmark forbeholdt, de der

a) har bopæl i Danmark

- b) er flyttet til Danmark fra udlandet, dog først 6 uger efter flytningen
- c) midlertidigt opholder sig i Danmark, hvis pludseligt behov for indlæggelse opstår. For disse er det dog en forudsætning for ydelsen af hjælpen, at patienten ikke er kommet her til landet i den hensigt at opnå sygehusbehandling og at patienten ikke tåler at flyttes til et sygehus i hjemlandet.

Patienter, som hospitalet ikke har pligt til at modtage, men frivilligt modtager, afkræves en betaling på 300,- kr. pr. dag.

Som man kan se, mister danske statsborgere retten til hospitalsindlæggelse samtidig med bopælen. Det er altså ikke kun ham, der søger skattely, som udenlandsdanser, der rammes. Også den, som udsendes som repræsentant for en dansk offentlig myndighed, ansættes i et dansk firmas udenlandske filial eller i øvrigt i dansk interesse drager udenlands, risikerer at miste sin ret til hospitalsindlæggelse i Danmark.

Selvom denne retstilstand naturligvis var velkendt for de ansvarlige myndigheder afstedkom hospitalets afvisning af udenlandsdanskeren, at Indenrigsministeriet nedsatte et udvalg for nærmere at vurdere disse spørgsmål. Udvalget har endnu ikke afgivet en betænkning.

Den nuværende retstilstand finder jeg ikke acceptabel. Den statsborger, der har bopæl i udlandet fordi han er udsendt som repræsentant for en dansk offentlig myndighed, vil med rette forvente, at Danmarks hospitalsvæsen også står til hans disposition.

Når man skal udvide kredsen af berettigede, er det vanskeligt at drage grænsen uden at sætte nye vilkårlige skel. En naturlig grænse for en udvidet kreds af berettigede er vel, hvis hospitalsvæsenet står til rådighed for alle landets statsborgere udover dem, der har adgang i dag.

En sådan udvidelse af kredsen af berettigede vil næppe betyde nogen nævneværdig forøgelse af patientantallet.

De, der i dag har krav på sygehusbehandling i Danmark, har krav på gratis sygehusbehandling.

Sygehusbehandling i dag er jo ganske kostbart. Sygehusvæsenet betales jo gennem skatterne, hvorfor der var noget, der kunne tale for, at den udvidelse af kredsen af berettigede, der bliver tale om, kun bliver berettiget mod betaling af de ovennævnte 300,- kr. pr. dag. Dette dækker ikke de faktiske udgifter, men giver dog delvis dækning.

Imod en sådan udvidelse af kredsen af berettigede kan navnlig anføres, at hospitalsvæsenet finansieres over skatterne, hvorfor der bør tilstræbes sammenfald mellem kredsen af berettigede og kredsen af skattepligtige. Dette hensyn bør efter min mening dog ikke få overvægt.



## Patientens krav på information

Spørgsmålet om patientens krav på information, har i den juridiske litteratur og praksis næsten udelukkende koncentreret sig om, hvilken information patienten skal have forud for lægens indhentelse af samtykke til et indgreb bestående f. eks. i en operation.

Selvom alle synes at være enige om, at værdien af og forudsætningen for et samtykke nøje hænger sammen med spørgsmålet om lægens information af patienten, synes alle at acceptere, at patienten ikke har krav på en fuldstændig og udtømmende information. Dette gælder navnlig, hvis lægen skønner, at patienten "ikke har godt af" at høre den fulde sandhed om sin sygdom eller høre samtlige risici, der er forbundet med en operation.

Fra lægelig side fremhæves, at en fuld information om patientens helbredstilstand efter omstændighederne kan bevirke en forringet udsigt til helbredelse. Lægerne fremhæver videre, at oplysninger om samtlige risici ved en operation kan bevirke, at en patient ikke vil tillade en operation eller andet indgreb, der ville have en stor helbredende virkning og hvor risikoen for skader var relativ beskeden.

Spørgsmålet om patientens krav på information er imidlertid ikke alene et spørgsmål, der har betydning i forbindelse med patientens afgivelse af et samtykke. Et nok så fundamentalt spørgsmål er patientens generelle krav på information om sin helbredstilstand, muligheden for helbredelse m. v.

Spørgsmålet om patientens krav på information har i foråret 1981 endog givet anledning til et spørgsmål i Folketinget. Navnlig på den baggrund, mener jeg spørgsmålet bør fremdrages og gøres til genstand for drøftelse.

Spørgsmålet i Folketinget var stillet til indenrigsministeren, som man anmodede om at redegøre for "de rettigheder forældre/værger til umyndige børn har med hensyn til oplysninger om barnets diagnose, formodede sygdomsforløb, behandling, herunder medicinering og lignende, når barnet er indlagt. . . .".

Hertil svarede indenrigsministeren:

"Sagen har været forelagt Sundhedsstyrelsen, som er af den opfattelse, at der for patienter i almindelighed gælder, at de uden at have et egentligt retskrav herpå, bør have oplysning efter anmodning om deres sygdom, herunder det formodede sygdomsforløb, den påtænkte behandling og eventuelle risici herved, herunder medicinering og lignende, både når de er indlagt på hospital eller er i lægelig behandling andetsteds.

Sundhedsstyrelsen anfører endvidere, at disse rettigheder ikke er mindre udtalte, når det drejer sig om forældre/værge, men at der dog vil kunne

forekomme situationer, hvor en fyldestgørende information vil være uhen-sigtsmæssig med hensyn til den pågældende patient eller familiens situation, som sådan, når det drejer sig om børn, og at det derfor i det enkelte tilfælde må være op til den behandlende læges skøn, hvorvidt og i hvilket omfang de pågældende oplysninger bør gives.

Indenrigsministeriet kan henholde sig hertil. ....”.

Efter min opfattelse er det et uacceptabelt juridisk udgangspunkt, at patienten ikke har ret til en fuldstændig og tilbundsgående information om sin egen helbredstilstand, om den behandling han agtes underkastet og de forskellige risici og prognoser, der er i forbindelse hermed.

Den fra lægeligt hold traditionelt anførte indvending mod en sådan ret til oplysning, mener jeg ikke kan være afgørende, selvom det utvivlsomt er rigtigt, at mange patienter lever en mere ubekymret tilværelse ved ikke at vide, hvad de fejler og hvilken risiko de løber ved at underkaste sig en i øvrigt fornuftig og relevant behandling.

Den patient, der fremsætter begæring om at blive informeret fuldt ud, bør også have ret til at få denne information. På den anden side er det klart, at den patient der ikke ønsker at blive informeret også må have krav på at leve i uvidenhed. Der hvor lægens skøn således alene kan komme ind, er i hvilket omfang lægen på eget initiativ skal informere patienten om hans helbredstilstand.

Med hensyn til information om risici ved den påtænkte behandling, f. eks. en alvorlig operation, må der fortsat bestå en vis pligt for lægen til på eget initiativ at informere patienten om de risici, der er forbundet med behandlingen. Også her må kravet om information i et vist omfang afhænge af, om patienten selv ønsker en mere udtømmende oplysning eller ej. Ønsker patienten fuld oplysning bør han også have ret hertil.

### **Patientens ret til sin egen journal**

Et spørgsmål, der hænger nøje sammen med patientens krav på information, er spørgsmålet om retten til at blive gjort bekendt med sin egen journal.

Som alle ved, er journalskrivning et vigtigt led i hospitalets daglige arbejde. Udover de sædvanlige personoplysninger som navn, fødselsår og dag m. v. indeholder sygehusjournalerne:

1. Anamnese (sygehistorie). Herunder indgår bl. a. tidligere sygdomme,

hospitalsophold, årsagen til den nuværende sygdom, symptomerne, sygdommens udvikling, eventuel foretaget behandling forud for indlæggelsen, ryge- og drikkevaner.

2. Nuværende tilstand. Dette omfatter dels en general karakteristik af patienten: Udseende, ernæringstilstand, om patienten er ved bevidsthed m. v. dels en angivelse af temperatur, puls, blodtryk m. v. og endelig en særlig undersøgelse af det syge organ.
3. Eventuelle specialundersøgelser, som f. eks. røntgen, laboratorieundersøgelser, electrokardiografi m. v.
4. Foreløbig opsummering på baggrund af de indledende undersøgelser, herunder en diagnosticering med angivelse af sandsynlige prognoser for sygdommens forløb og helbredelse, angivelse af en foreløbig behandling. Ofte angives også en plan for de videre undersøgelser.
5. Løbende notater om sygdommens udvikling. Observationer om patienten fra dag til dag og resultatet af observationerne noteres i journalen. Tidligere notater i journalen korrigeres ud fra indvundne erfaringer og resultater af videre undersøgelser føres ind. Eventuelt nye diagnosticiske overvejelser anføres, ligesom patientens reaktion på den iværksatte behandling noteres.
6. Når sygehusopholdet er afsluttet, udarbejdes en epikrise, der er et sammendrag af journalen, hvor de vigtigste fund anføres sammen med den endelige diagnose og behandling. Epikrisen sendes til den læge, der har indlagt patienten – normalt patientens almindelige praktiserende læge.

Spørgsmålet om patientens ret til at læse sin egen journal, har altid været omtvistet. Det retlige grundlag for at udarbejde journaler findes i Læge- og sygehuslovgivningen, hvori journalskrivningen er påbudt. Dette har medført, at sygehusene og navnlig lægerne har indtaget det standpunkt, at journalerne er deres (interne notater), hvorfor patienterne allerede af den grund ikke har nogen særlig adgang til dem. I øvrigt er sygehusene og lægerne uenige om, hvem journalen egentlig tilkommer, idet begge gør krav på den. Det synspunkt, at journalen i første række skulle tilhøre patienten, tager ingen alvorligt.

De vigtigste af de argumenter, der er anført mod patientens adgang til at læse sin egen journal er følgende:

1. Journalerne er alene lægernes interne notater.
2. Da journalerne er skrevet i et særligt medicinsk sprog, med udstrakt anvendelse af tekniske udtryk, vil en patient have betydelige vanskeligheder med overhovedet at forstå indholdet af journalen uden kyndig lægelig vejledning.

3. Journalen vil ofte indeholde beskrivelser og udtryk, som det kan være belastende for patienten at få kendskab til. Der er også en risiko for, at patienten vil misforstå de foreløbige overvejelser og drøftelser, der er medtaget i journalen.
4. Såfremt det bliver almindeligt, at patienter kan læse deres egen journal, vil dette til skade for den almindelige patientbehandling medføre en total ændring af indholdet af journalerne, idet det må forudses, at lægerne vil være væsentlig mere forsigtige med at anføre løse antagelser og foreløbige overvejelser.
5. Hensynet til f. eks. familiemedlemmers oplysninger om patienten.

Til støtte for patientens ret til at gøre sig bekendt med indholdet af sin journal er navnlig fremført følgende:

1. Ethvert menneske må have krav på at gøre sig bekendt med hvilke oplysninger, der findes om ham i et offentligt register. Bl.a. kan patienten have interesse i at kunne kontrollere, hvorvidt de i journalen indeholdte oplysninger er korrekte i det omfang han har mulighed for at kontrollere dette.
2. Eventuelle misforståelser fra den journalskrivende læges side kan herigennem rettes, måske på et tidligt tidspunkt.
3. Åbenhed om journalen kan medvirke til, at patienten får et mere naturligt forhold til sin sygdom og behandling.
4. Hemmeligholdelsen af indholdet af journalen medvirker til, at mystificere lægens arbejde. Adgangen til at se sin journal vil øge tilliden til lægen og hospitalsvæsenet.
5. Patientens frie adgang til at gøre sig bekendt med journalen kan medvirke til, at gøre patientbehandlingen endnu mere ansvarsbevidst.
6. Navnlig, når der er tale om spørgsmål om eventuelt erstatningsansvar for hospital eller lægen, virker det stødende, at patienten ikke kan få adgang til journalen, der må anses for den primære kilde med hensyn til, hvilken behandling patienten har været undergivet og hvilken sygdom patienten har været behandlet for.

Udviklingen bevæger sig hen mod at give patienten adgang til at læse sin egen journal. Længst fremme er man i Sverige og Finland.

I norsk retstidende for 1977, side 1035 f.f. er refereret en højesteretsdom, der tog stilling til en forhenværende patients ønske om at få udleveret sin sygehusjournal med henblik på at konstatere, hvorvidt de behandlende

læger havde begået en fejl i forbindelse med diagnosticeringen og behandlingen af hans sygdom. Højesteretsdommen afvejer de ovenfor anførte argumenter for og imod patienters læsning af egen journal og når frem til, at patienten har krav på at læse sin egen journal. Den norske højesteret når til dette resultat dels på baggrund af en højesteretskendelse, ligeledes fra 1977, hvorefter journaler kan kræves fremlagt, som bevis under en retssag i henhold til tvistemålslovens § 250, men navnlig ud fra en interesseafvejning af patientens behov for information og retssikkerhed. Dommen er dog ikke udtryk for patientens ubetingede krav om at gøre sig bekendt med journalens indhold, idet oplysninger af den art, som er omhandlet i Forvaltningslovens § 19 fortsat ikke er tilgængelig for patienten. Patienten kan således ikke uden videre gøre sig bekendt med oplysninger, som det af hensyn til hans helbred eller hans forhold til personer, som står ham nær må anses utilrådeligt, at han får kendskab til. Under retssagen var patienten enig i denne begrænsning i hans adgang til at gøre sig bekendt med sin journal.

I 1979 har Danmarks højesteret ligeledes haft lejlighed til at tage stilling til spørgsmålet om patienters adgang til deres journaler. Dommen er refereret i UfR 1980, side 166 f.f. Sagen vedrørte en række kvinder, der havde anlagt sag mod nogle medicinalfirmaer og Sundhedsstyrelsen med påstand om ersatning, som følge af skader, som de mente at have fået som følge af indtagelse af P-piller. Alle parter i retssagen ønskede de pågældende kvinders sygehusjournaler udleveret. Dette modsatte de behandlende læger sig. Med dommerstemmerne 4—3 bestemte højesteret, at de pågældende lægejournaler skulle udleveres. Flertallets præmisser indledes med at fastslå, at adgangen til lægejournaler er en undtagelse under hensyn til den faste praksis, hvorefter journaler har karakter af interne arbejdsdokumenter, som er lidet egnede til fremlæggelse i retssager. Flertallet finder dog, at journalerne bør fremlægges under hensyn til de særlige forhold, der gør sig gældende i disse P-pille sager. Mindretallet derimod ville henvise sagens parter til den sædvanlige fremgangsmåde, hvorefter de først skulle forsøge at indhente oplysningerne til brug for retssagen ved spørgsmålsstilling til de behandlende læger. Da dette ikke havde været forsøgt ville mindretallet ikke tillade journalernes fremlæggelse.

Selv i retssager, som patienter har anlagt mod et sygehus og dets læger i anledning af f.eks. fejlagtig behandling eller anden ansvarspådragende adfærd, har patienten ikke umiddelbart krav på at få sin journal udleveret for bl.a. derigennem at dokumentere, at der foreligger et ansvarspådragende forhold. I disse sager burde patienten umiddelbart have krav på at få en fuldstændig genpart af journalen. En retstilstand, hvor skadevolderen besid-

der en primær og måske afgørende kilde, men ikke er pligtig at fremlægge denne under en retssag, er ikke acceptabel. Uanset, at der ikke er noget grundlag for at antage, at f.eks. Retslægerådet ikke ville erklære, at der forelå et ansvarspådragende forhold, hvis man fandt noget sådant var tilfældet, mener jeg, at der er så afgørende hensyn, der taler for, at journalerne fremlægges, at de synspunkter, der kan tale imod ikke har afgørende betydning.

I øvrigt finder jeg, at det ligeledes er et uacceptabelt standpunkt, at patienter ikke fuldt ud har krav på at blive gjort bekendt med det fulde indhold af deres egen journal. Efter min opfattelse er det udtryk for en formynderisk holdning, at lægerne betragter journalerne som interne arbejdsdokumenter, som patienten ingen adgang har til. De adskiller sig klart fra interne arbejdsdokumenter ved, at lægerne er pligtige at føre disse journaler. Dernæst må man holde sig for øje, at lægens behandling af patienten jo sker af hensyn til patienten. Når man derfor drøfter spørgsmålet om, hvem der har ret til journalen, er det dog i høj grad et spørgsmål om ikke patienten i hvert fald har en "medejendomsret" til journalen.

Ligesom, hvad jeg mener bør gælde ved den almindelige information, finder jeg også, at en patient bør have en ubetinget ret til at få en fuldstændig afskrift af sin journal. Denne afskrift bør kun gives, hvor patienten udtrykkeligt anmoder herom, hvilket formentlig vil begrænse det administrative merarbejde væsentligt.

Udleveringen af et eksemplar af journalen bør foretages af en læge, der samtidig med udleveringen gennemgår journalens indhold med patienten, således at han kan forstå indholdet og således, at misforståelser undgås i videst muligt omfang.

### **Patientens klagemuligheder**

Klager over læger kan naturligvis indbringes for domstolene enten som straffe- eller erstatningssager. For ansatte læger er der derudover muligheden for en reaktion fra den ansættende myndighed.

I øvrigt står lægerne i de nordiske lande under tilsyn af en offentlig myndighed, der i Danmark er Sundhedsstyrelsen. Sundhedsstyrelsen behandler også klager over læger. Sundhedsstyrelsens leder er læge og en lang række af de ansatte er læger. Derudover er der også ansat jurister i Sundhedsstyrelsen.

Som noget særligt for Sverige udøves diciplinærbeføjelser m.v. vedrørende

læger af et særligt ansvarsnævn. Dette blev oprettet i 1968. Ansvarsnævnet er sammensat af 2 jurister, 1 læge samt 1 embedsmand fra Socialstyrelsen f.eks. en læge samt 2 lægmænd. Ansvarsnævnet behandler sager om spørgsmål om diciplinære foranstaltninger, anmodning om tiltalerejsning og spørgsmål vedrørende fratagelse eller tilbagegivelse af en autorisation.

Spørgsmålet om patienters klageadgang har været gjort til genstand for grundige overvejelser. Baggrunden herfor er, at der fra flere sider er rejst kritik af det såkaldte selvdømme.

I Sverige går tankerne i retning af et egentligt forbruger- og klagenævn, hvor medlemmerne blot skal have indsigt i Sundhedsvæsenet og en jurist som formand.

I Norge og Danmark har man overvejet indførelsen af en egentlig patientombudsmand. Ideen om en patientombudsmand er forkastet bl.a. fordi en nødvendig forudsætning for bestridelse af hvervet fandtes at være lægelig indsigt og dermed ville man ikke imødekomme kritikken af selvdømmet, ligesom et ønske om lægmænds medvirken heller ikke ville blive imødekommet ved en sådan ordning.

Hovedkritikken af det nuværende klagesystem har sin baggrund i en fornemmelse af, at det såkaldte selvdømme giver patienten en retsikkerhed. Et sådant udgangspunkt er efter min opfattelse forkert, hvilket også synes at være konklusionen af den i Danmark nedsatte kommission til behandling af spørgsmålet. Bedømmelse af en læges faglige handlinger kræver naturligt lægelig indsigt.

Udover selve den lægelige kunnen præges lægens virksomhed imidlertid også af lægens etiske holdning til sit virke. Lægens etiske holdning er naturligt i vidt omfang præget af hele samfundets etiske holdning til lægegerningens udøvelse.

I det nuværende klagesystem er der navnlig sikret den fornødne lægelige kunnen til at bedømme lægernes handlinger rent fagligt. Et element i klagebehandlingen, som imidlertid kunne styrkes, er en repræsentation af samfundets almindelige etiske holdning til lægegerningen. F.eks. er det vel et spørgsmål om etisk holdning, i hvilket omfang lægen på egen hånd bør informere en patient forud for et lægeligt indgreb.

En sådan lægmændsrepræsentation ved behandling af klage over læger, kunne imødekommes ved at samle behandlingen af klager over læger i et særligt klagenævn under Sundhedsstyrelsen. Jeg ser ingen betænkelighed ved at flertallet af klagenævnets medlemmer er læger, blot der f.eks. er 2 medlemmer, der er lægmænd. F.eks. kunne det være et borgerligt ombud at være medlem af klagenævnet og således at de 2 lægmænd blev udpeget på

samme måde, som man udpeger lægmænd til medvirken i retsplejen ved domstolene.

### **Patienters deltagelse i forsøg**

Fremskridt for lægevidenskaben kan vanskeligt tænkes, hvis der gjaldt et generelt forbud mod at lade mennesker deltage i lægelige og medicinske forsøg i bred forstand. Det synes også almindeligt accepteret, at mennesker gyldigt kan give deres samtykke til at medvirke som forsøgspersoner. Nye præparater og nye metoder kan være så gennemprøvede som muligt på dyr, men den fulde erfaring om virkningen på mennesker får man først, når de pågældende præparater eller metoder har været anvendt på mennesker.

Med den lægelige og medicinske udvikling er det naturligt, at sådanne forsøg, hvori der indgår mennesker, finder sted i et stadigt stigende omfang.

Der er tale om principielt to forskellige grupper af forsøgspersoner. Dels er der tale om patienter, som enten slet ikke eller kun vanskeligt kan helbredes med kendte metoder eller præparater, og hvor man derfor søger at gå nye veje. Dernæst er der tale om forsøg, hvor de personer der deltager, er fuldstændig raske. Endelig kunne man tænke sig en mellemgruppe for såvidt angår de patienter, der lider af en sygdom, hvor kendte metoder for såvidt kan anvendes til helbredelse, men hvor patienten samtykker i, at man forsøger med en ny metode til helbredelse, for derved at få erfaring om denne nye metode eller de nye præparater man ønsker afprøvet.

I forbindelse med medicinsk forsøg i bred betydning, hvor der indgår mennesker som forsøgspersoner, rejser der sig først og fremmest spørgsmålet om, hvem der kan beslutte at iværksætte sådanne forsøg. Dernæst rejser der sig spørgsmålet om, hvorvidt et samtykke fra forsøgspersonen er en nødvendig betingelse og, hvilken virkning et sådant samtykke har. Endelig rejser det hovedspørgsmål sig, hvorledes forsøgspersonen er stillet erstatningsretligt, såfremt hans deltagelse i forsøget har påført ham en skade.

Først vil jeg vende mig mod spørgsmålet om, hvem der kan beslutte at iværksætte forsøg med mennesker som forsøgspersoner og hvilken kontrol, der føres med sådanne forsøg.

Selvom det lyder paradoksalt kan man næsten sige, at ligeså nødvendigt det er at foretage forsøg med mennesker som forsøgspersoner, ligeså betænkeligt er det.

At sådanne forsøg er betænkelige er udtryk for en etisk holdning, hvorefter forsøg med mennesker som udgangspunkt er utilladeligt. Forsøg med men-



nesker er alene tilladt i det omfang de foretages for at opnå acceptable mål. Der er således tale om vage grænser og skiftende opfattelser gennem tiden for de tilladelige og utilladelige forsøg.

Fra lægelig side har man helt tilbage fra 1960'erne været fuldt opmærksom på de etiske problemer i forbindelse med den slags forsøg, der her er tale om.

I 1964 vedtog Verdenslægeforeningen (World Medical Association) under et møde i Helsinki den såkaldte Helsinkideklaration. Der var tale om en videnskabetisk deklaration vedrørende lægers udførelse af forsøg med mennesker. Denne deklaration blev af Verdenslægeforeningen ændret og udbygget i 1975 ved Helsinkideklaration II, vedtaget i Tokio.

Helsinki II-deklarationen har følgende hovedindhold:

### *I Generelt*

1. Forsøgene skal være i overensstemmelse med almindeligt accepterede videnskabelige principper.
2. Forsøget og dets nærmere udførelse skal omhyggeligt beskrives i en forsøgsprotokol, som skal oversendes til en specielt udpeget, uafhængig kommitte med henblik på overvejelse, kommentering og vejledning.
3. Forsøgene må kun udføres af videnskabeligt kvalificerede personer.
4. Den risiko man løber ved gennemførelsen af forsøget skal stå i et rimeligt forhold til formålet med forsøget.
5. Forsøgspersonen skal nøje informeres om målene, metoderne, den forventede nytte og potentielle risiko og ubehag. Forsøgspersonen skal videre informeres om, at han har den fulde frihed til at sige nej til at deltage, ligesom han har den fulde frihed til på et senere tidspunkt at trække sig ud af forsøgene. Patientens samtykke bør efter forudgående information afgives skriftligt.
6. Såfremt forsøgspersonen f. eks. er umyndig skal samtykke indhentes hos værger eller andre. Det samme gælder, hvis forsøgspersonen af andre grunde ikke er i stand til at handle fornuftsmæssigt.
7. Forsøgsprotokollen skal altid indeholde en udtalelse om de etiske overvejelser i forbindelse med de påtænkte forsøg.

### *II Medicinske forsøg i forbindelse med behandling*

1. Ved behandlingen af syge personer, kan lægen frit vælge nye metoder, der efter hans opfattelse kan redde liv, helbrede eller lindre smerter.

2. En ny metodes fordele, risikomomenter m. v. skal hele tiden afvejes mod fordelene ved de bedst kendte metoder.
3. Hvis lægen skønner det nødvendigt ikke at indhente patientens samtykke, skal årsagen hertil anføres i forsøgsprotokollen.
4. Ved syge personers deltagelse i et forsøg, skal lægen hele tiden holde sig for øje, at patientens deltagelse skal have betydning også for patienten selv.

### *III Forsøg med raske personer*

Forsøgene skal øjeblikkeligt stoppes, såfremt de skønnes at ville medføre skade på forsøgspersonen.

Et af de vigtigste nye punkter i Helsinkideklaration II er et krav om, at forsøgsprotokollen forelægges en uafhængig kommité til overvejelse, kommentering og vejledning.

Til gennemførelsen af Helsinkideklaration II er der i Danmark pr. 1. januar 1981 etableret en forsøgsordning baseret på et princip om, at alle forsøg med mennesker som objekt beskrives i en detaljeret forsøgsprotokol, der også omtaler de etiske aspekter af forsøget. Protokollen skal i alle tilfælde fremsendes til en regional videnskabsetisk kommité. Forskeren skal samtidig erklære, hvorvidt Helsinkideklaration II er overholdt.

De videnskabsetiske kommitéer er nedsat som en række regionale kommitéer med en overordnet centralkommité. De regionale kommitéer har hver et medlemstal på 6, 3 forskere og 3 lægmandsrepræsentanter. Den overordnede centralvidenskabsetiske kommité har 10 medlemmer. Heraf er 4 lægmænd og resten forskere. Formanden og næstformanden er læger. Centralkommitéen fungerer som appelinstant. Dernæst er den rådgivende for folketing, ministerier og offentligheden.

De videnskabsetiske kommitéer udpeges af Forskningsrådet. For såvidt angår forskerrepræsentanter, sker udpegningen efter forslag fra lægekredsforeningerne. For såvidt angår lægmændene, sker udpegningen efter forslag fra Amtsrådene. Lægekredsforeningerne og Amtsrådene har forud for de af dem fremsatte forslag ved annoncering opfordret interesserede i at melde sig.

Fremsendelsen af forsøgsrapporten kan ledsages af forskerens anmodning om at protokollen vurderes af kommitéen.

I det tilfælde, hvor protokollen fremsendes til kommitéen uden at der er fremsat en anmodning om vurdering, og hvor forskeren har erklæret, at han

har overholdt Helsinkideklaration II kommer tilladelsen til at starte forsøgene efter ca. 14 dage. Den videnskabetiske kommitte skal normalt kun nærmere behandle de forsøgsprotokoller, som den anmodes om at vurdere. Kommitteen kan dog tage sagen op på egen hånd og kræve yderligere oplysninger.

Med Helsinkideklarationen II og de deraf følgende etablerede kontrolforanstaltninger, mener jeg man er nået et langt skridt i retning af at sikre forsøgspersonerne mod deltagelse i forsøg, der aldrig burde være iværksat.

Efter min opfattelse burde man tage skridtet fuldt ud. Der er noget principielt uheldigt i, at patientens retsstilling på dette felt alene er afhængig af lægernes egen opfattelse af, hvilken kontrol der er nødvendig. Der burde gennemføres en lovgivning for dette område. Denne lovgivning burde indeholde bestemmelse om nedsættelse af sådanne videnskabetiske kommitteer. De regionale kommitteer burde have en dommer som formand og så i øvrigt bestå af f. eks. 6 andre medlemmer 3 læger, der var kyndige på forskningsområdet og 3 lægmænd. Den centrale videnskabetiske kommitte skulle have en funktion, som klageinstans og dels i øvrigt som overordnet kommitte for de øvrige med adgang til at udstede mere generelle retningslinier og til at sikre en ensartet opfattelse i de forskellige lokale kommitteer. Formanden kunne f. eks. være en højesteretsdommer og det øvrige medlemsantal f. eks. 14, heraf 7 videnskabsmænd og 7 lægmænd.

Lægmændene i de lokale og den centrale videnskabetiske kommitte kunne f. eks. udpeges efter tilsvarende regler, som udpegningen af lægmænd i retsplejen ved domstolene.

Dernæst burde lovgivningen indeholde bestemmelse om, at der ikke kunne iværksættes sådanne forsøg uden de på forhånd havde været forelagt og godkendt af den lokale videnskabetiske kommitte med adgang også for almenheden til at indbringe den lokale kommittes afgørelse for den centrale kommitte. Den lokale videnskabetiske kommitte skulle grundigt realitetsbehandle alle påtænkte forsøg. Endelig burde der også foreskrives en løbende kontrol f. eks. kombineret med periodevis indberetningspligt.

På et enkelt punkt er der i Danmark lovgivet om disse spørgsmål, nemlig i lov om lægemidler (lov nr. 327 af 26. juni 1975) § 25. Denne bestemmelse vedrører klinisk afprøvning af ikke-registrerede farmaceutiske specialiteter. Afprøvning må påbegyndes, når det er anmeldt til Sundhedsstyrelsen af såvel den læge, der skal forestå undersøgelsen, som af specialitetens fremstiller eller repræsentant. Sundhedsstyrelsen kan stille vilkår for afprøvningen og kan på ethvert tidspunkt kræve den standset eller ændret. Den læge, der forestår undersøgelsen skal omgående underrette Sundhedsstyrel-

sen, hvis der opstår alvorlige bivirkninger ved afprøvningen. Ved afprøvnin- gens afslutning skal lægen indsende resultaterne af undersøgelsen til Sund- hedsstyrelsen.

I en meddelelse af 9. november 1979 til samtlige læger, tandlæger, dyr- læger samt fremstillere og forhandlere af lægemidler, har Sundhedsstyrelsen meddelt, at man kræver principielt, at patienter (forsøgspersoner), der skal indgå i kliniske afprøvninger give deres tilslutning hertil efter forudgående skriftlig og mundtlig information. Information skal almindeligvis indeholde oplysninger om:

- a) At patienterne indgår i en afprøvning
- b) afprøvningens vigtigste detalje, herunder om der indgår ikkeregistrerede lægemidler eller blindpræparater i afprøvningen
- c) risici og ulemper
- d) at patienterne på ethvert tidspunkt kan trække deres tilsagn om at deltage i afprøvningen tilbage.

Disse regler i lægemiddelloven mener jeg ikke fuldt ud imødekommer kravet om beskyttelse af forsøgspersonerne, idet man f.eks. ikke burde kunne iværksætte forsøg før de var godkendt af en uafhængig instans. Disse regler burde erstattes af de ovenfor foreslåede regler i en almindelig lovgivning om menneskers deltagelse i forsøg.

Baggrunden for at foreslå patientforsøgene nærmere reguleret ved lov er, at jeg finder at patientforsøg i modsætning til almindelig patientbehandling er et spørgsmål, der rækker ud over den enkelte forsøgspersons egne interesser, hvorfor forsøgspersonens udtrykkelige samtykke ikke bør være tilstrækkeligt til et forsøg kan iværksættes. Udstrækningen af de tilladelige patientforsøg er et spørgsmål om den etiske holdning i samfundet som sådan. Derfor kan det heller ikke overlades til lægestanden internt at fastsætte de etiske regler for udstrækningen af patientforsøg og, hvorledes der skal forholdes ved gennemførelse af sådanne.

I foråret 1981 blev der i Folketinget stillet følgende spørgsmål til inden- rigsministeren:

”Vil ministeren træffe foranstaltninger til hurtigt at gennemføre, at pati- enter, der deltager i lægelige forsøg får skriftlig orientering?”

Hertil svarede indenrigsministeren:

”Indenrigsministeriet har i anledning af det stillede spørgsmål indhentet en udtalelse fra Sundhedsstyrelsen, der har oplyst følgende:

Det skal indledningsvis oplyses, at lægelige forsøg alt overvejende vedrører klinisk afprøvning af lægemidler. I medfør af § 25 i lov nr. 327 af 26. juni 1975 om lægemidler skal Sundhedsstyrelsen have anmeldelse af alle undersøgelser i forbindelse med klinisk lægemiddelvurdering, der har til hensigt på systematisk vis at frembringe eller efterprøve viden vedrørende lægemidlers kliniske effekt/eller bivirkninger samt af undersøgelser af lægemidlers skæbne i den menneskelige og dyriske organisme. Sundhedsstyrelsen har den 9. november 1979 udsendt til samtlige landets læger m. v. meddelelse om nye bestemmelser for anmeldelse af kliniske afprøvninger af lægemidler, hvori det bl. a. hedder:

”Sundhedsstyrelsen kræver principielt at patienter (og forsøgspersoner), der skal indgå i kliniske afprøvninger, giver deres tilslutning hertil efter forudgående skriftlig og mundtlig information (”informeret og samtykket”).

Information skal almindeligvis indeholde oplysninger om:

- a) at patienten indgår i en afprøvning
- b) afprøvningens vigtigste detaljer, herunder at der indgår ikke-registrerede lægemidler eller blindpræparater (placebo) i afprøvningen
- c) risici og ulemper
- d) at patienterne på ethvert tidspunkt kan trække deres tilsagn om at deltage i afprøvningen tilbage.”

Det er sundhedsstyrelsens holdning, at ved lægelige forsøg uden for lægemiddelområdet, hvad enten det drejer sig om forskning eller samtidig behandling eller kombineret med behandling, hvori indgår ikke alment accepteret metoder eller lignende, skal forsøgspersonerne informeres om eventuelt indgreb og behandling, idet manglende information og samtykke efter omstændigheder kan bringe forholdet ind under straffelovens bestemmelser.

For såvidt angår lægelig behandling i øvrigt, bør patienter informeres i videst muligt omfang om deres sygdom, påtænkt behandling eventuelle komplikationer og prognoser. Imidlertid står man mange gange over for komplicerede problemstillinger, hvori indgår forskellige undersøgelser og behandlingsmuligheder over for den enkelte sygdom, hvorfor det efter Sundhedsstyrelsens opfattelse ikke vil være muligt at fastlægge ensartede retningslinier for, hvad der i relation til patienten opfylder kravene til en optimal og fyldestgørende information om dennes sygdom og de undersøgelser og behandlinger man påtænker iværksat. Det skal i den forbindelse bemærkes at skriftlig information ikke altid vil være hensigtsmæssig endsige fyldestgørende, idet man ikke i tilstrækkelig grad kan kontrollere/sikre sig om den enkelte patient rent faktisk har forstået den givne information. Ofte vil patienten få mere ud af, sammen med lægen mundtligt at drøfte en sygdom og behandling, herunder risici ved den påtænkte behandling. Med en sådan mundtlig information får patienten desuden mulighed for at stille spørgsmål, ligesom lægen i det konkrete tilfælde kan tilpasse informationsniveauet, herunder den rent sproglige formulering til den enkelte patients ”forståelsesniveau”.

For såvidt angår spørgsmålet om alle patienter, der deltager i lægelige forsøg, som ovenfor beskrevet, skal have skriftlig orientering, finder Sundhedsstyrelsen, at dette formentlig kan være hensigtsmæssigt, men at den endelige stillingtagen bør afvente redegørelse fra den arbejdsgruppe, som i øjeblikket beskæftiger sig med information/samtykkeproblematikken.

Indenrigsministeriet kan tilslutte sig denne redegørelse, idet man dog samtidig hermed har anmodet Sundhedsstyrelsen om at fremskynde arbejdet med spørgsmålet om eventuel indførelse af nærmere retningslinier for, hvorledes samtykke fra patienter til lægelige indgreb eller behandling bør indhentes (såkaldt "informeret samtykke") mest muligt."

Som det vil fremgå af det ovenfor anførte, finder jeg ikke ministerens svar tilfredsstillende.

Spørgsmålet til indenrigsministeren og dennes svar fører over i problematikken om betydningen af, at en patient samtykker til at deltage i forsøg.

Det er klart, at en nødvendig betingelse for at lade en person deltage i et forsøg må være, at personen samtykker heri.

Som det fremgår af min redegørelse ovenfor finder jeg imidlertid ikke, at patientens samtykke er tilstrækkelig til at iværksætte et forsøg af den her omhandlede art. Forsøgspersonens samtykke er altså en nødvendig, men ikke tilstrækkelig betingelse.

De erstatningsretlige regler, der gælder i de tilfælde, hvor forsøgspersonen påføres en skade, som følge af sin deltagelse i forsøget er ikke acceptable.

Ligesom indenfor andre områder af forholdet mellem læge og patient gælder der alene en almindelig culperegulering. Dette medfører, at forsøgspersonen ikke kan få erstatning for hændelige skader. Under hensyn til at resultaterne af forsøgene jo netop ikke kendes på forhånd, er det langt fra usandsynligt, at der meget vel kan opstå hændelige skader.

For såvidt angår de forsøg, der er et led i en konkret patientbehandling har den juridiske litteratur tidligere henholdt sig til, at forsøgene jo netop blev foretaget i patientens egen interesse, hvorfor et videre ansvar end et culpaansvar måtte være udelukket. Et enkelt forsøg på at skabe forståelse for objektivt ansvar synes ikke at være lykkedes.

Både forsøg i forbindelse med en patientbehandling og forsøg med helt raske personer erkendes af alle at være den nødvendige forudsætning for lægevidenskabens fortsatte fremskridt. At forsøgspersonerne har givet deres udtrykkelige samtykke til at deltage i sådanne forsøg, kan efter min opfattelse ikke tages som udtryk for, at de har accepteret den risiko for skader, der følger af sådanne forsøg.

Under hensyn til at forsøg både i forbindelse med patientbehandlingen og med raske forsøgspersoner foretages af hensyn til fremtidige patienter, finder jeg det nærliggende, at det gælder et objektivt ansvar for skader i forbindelse hermed. Forsøgene udføres i offentlig interesse.

Efter min opfattelse kan der med rette drages en parallel til de erstat-

ningsretlige regler indenfor området af vaccinationer. Indenfor dette område foreligger der i dag en lov om erstatning for vaccinationsskader (lov nr. 82 af 8. marts 1978, der har afløst lov nr. 234 af 7. juni 1972). I henhold til denne lov yder staten erstatning til en vaccineret person eller dennes efterladte for skader, som med rimelig sandsynlighed må anses at være forårsaget af vaccination her i landet mod en sygdom, der omfattes af lov om tilbud om gratis vaccinationer mod visse sygdomme (i dag difteri, kighoste, polio og tuberkulose i henhold til lov nr. 634 af 17. december 1976 jfr. bekendtgørelse nr. 77 af 4. marts 1977).

Baggrunden for denne lov var følgende:

Efter, at der i foråret 1966 var blevet gennemført en landsomfattende poliovaccination, blev der i nogle tilfælde konstateret akut polio, hvis fremkomst antoges at stå i forbindelse med vaccinationen. Sundhedsstyrelsen udtalte til Indenrigsministeriet, at der i 8 tilfælde måtte antages at være sandsynlighed for en årsagssammenhæng med vaccinationen. Der blev herefter med tilslutning fra Folketingets finansudvalg tillagt de 8 polioramte personer invaliditetserstatning.

Efter afslutningen af sagen om erstatning til de 8 polioramte personer, blev der i ca. 20 tilfælde yderligere over for Indenrigsministeriet rejst krav om erstatning for vaccinationsskader, der også omfattede difteri-, kopper- og kighostevaccination.

I november 1969 nedsattes et udvalg med den opgave at overveje om den af Indenrigsministeriet indledte praksis med hensyn til erstatning for vaccinationsskader burde fortsættes eller om der burde fastsættes lovregler om erstatning fra statskassen for skader forvoldt ved vaccination.

Udvalget anbefalede, at staten ved lov forpligter sig til at yde erstatning for skader, som med rimelig sandsynlighed kan antages at være forårsaget af vaccination mod smitsomme sygdomme, der foretages i offentlig interesse.

### **Sammenfatning og afslutning**

Sammenfattende om patientens rettigheder finder jeg, at patientens forhold til lægen og hospitalet, i det omfang, der er tale om et almindeligt patientforhold med diagnosticering og efterfølgende ordinering og behandling, er tale om et almindeligt privatretligt forhold med fuld indsigt og informationsret for patienten.

Ser man derimod på patientens rolle i medicinske forsøg, finder jeg, at det er så væsentlige etiske interesser, der står på spil, at det ikke er acceptabelt

at betragte det som et almindeligt privatretligt forhold med aftalefrihed, hvorfor jeg her finder det påkrævet med en udstrakt regulering og kontrol.



Det 29:e nordiska juristmötet  
Stockholm den 19–21 augusti 1981

Oluf Skarpmes:

Hverdagslivets tvister –  
behandling i domstoler eller nemnder

# Hverdagslivets tvister – behandling i domstoler eller nemnder

Av ekspedisjonssjef OLUF SKARPNES

## 1 Innledning

Spørsmålet om hverdagslivets tvister bør avgjøres av de alminnelige domstoler eller av andre konfliktløsningsorganer har vært et sentralt tema i lang tid. Bakgrunnen for at denne sak fortsatt er aktuell er ønsket om en rask og billig, men likevel betryggende måte å avgjøre slike tvister på. Det faktum at spørsmålet stadig kommer opp, må bety at mange er av den oppfatning at framgangsmåten for å avgjøre slike tvister – de prosessrettslige regler om en vil – bør kunne forbedres.

De nordiske juristmøter har hatt dette tema til diskusjon tidligere idet det 26. nordiske juristmøtet i Helsingfors i 1972 blant annet hadde følgende emne på dagsorden: "Reglerandet av mindre förmögenhetsrättsliga tvister", se forhandlingene s. 278 flg. Det har imidlertid skjedd betydelige endringer i retstilstanden i Norden på dette området siden møtet i Helsingfors i 1972. Særlig gjelder det behandlingen av klager fra forbrukere ved kjøp av ting. Det arbeides dessuten fortsatt med å forbedre behandlingsmåten både av forbrukerklager på varer og tjenester og klager på andre tjenester og ytelser som hører til hverdagslivet.

Opggaven er behandling i domstoler eller nemnder. Diskusjonen ville da kunne begrenses til om domstoler eller nemnder er det beste organ til å løse hverdagslivets tvister. Jeg antar likevel man i diskusjonen bør kunne stille seg noe fritt i forhold til oppgaveteksten slik at også andre konfliktløsningsformer kan trekkes inn i diskusjonen. Således bør en kunne diskutere fordeler og ulemper ved ordninger som kombinerer bruk av nemnder og domstoler. Videre bør ulike måter å bruke domstolene på kunne trekkes inn (betalingsforlegg, class actions m.v.). Endelig bør konfliktløsning ved rådgivning, megling eller bruk av ombudsmenn kunne trekkes inn i diskusjonen.

I denne diskusjonsinnledning vil jeg likevel stort sett begrense meg til å trekke fram momenter av betydning for vurderingen av om domstoler eller nemnder er det beste konfliktløsende organ for slike tvister.

Et spørsmål som det kan være naturlig å ta opp innledningsvis er hva som

bør legges i begrepene domstoler og nemnder. En domstol vil jeg definere som et statsorgan som har til hovedoppgave å drive dømmende virksomhet. Domstolenes viktigste avgjørelser er formelle dommer, dvs. avgjørelser truffet i visse former etter rettergang og som om nødvendig kan fullbyrdes ved statsapparatets hjelp. En dom kan normalt bare endres av overordnet domstol. Særlig for mindre tvister er det i noen land begrenset adgang til å få en dom overprøvet.

Domstolene er under utøvelse av sin domsmyndighet helt uavhengig av de øvrige statsmakter (den utøvende og den lovgivende makt).

Etter den norske forfatning hører dømmende virksomhet under domstolene. Det er således domstolene som med bindende virkning avgjør hva som er rett. En avgjørelse av en nemnd må som utgangspunkt kunne bringes inn for de alminnelige domstoler. Etter norsk rett antas det likevel i en viss utstrekning å være adgang til å overlate til andre konfliktløsningsorganer å avgjøre visse rettsvister med bindende virkning. Vilkåret antas å være at det ikke må gjelde behandlingen av mer omfattende og sentrale rettsvister. Dessuten bør det være et saklig behov for å legge avgjørelsen til andre organer enn de alminnelige domstoler. Jeg går ikke nærmere inn på dette spørsmål idet ordningen i Norge er at andre (særskilte) konfliktløsningsorganer er et supplement til de alminnelige domstoler. Men dersom det ble mer vanlig at en nemndavgjørelse ble brakt inn for domstolene, antar jeg at avskjæring av dobbeltbehandlingen måtte vurderes.

I Norge som i andre land finnes visse særskilte konfliktløsningsorganer som har formell status som domstol. Særdomstolenes kompetanse er begrenset til bestemte sakstyper. Jeg ser i det følgende bort fra disse som kan sies å representere en mellomløsning mellom nemnder og de alminnelige domstoler.

Når det gjelder begrepet "nemnder" synes hovedproblemet å være at det finnes så mange varianter. En kan skille mellom fire hovedtyper nemnder som brukes til konfliktløsning:

a) Interne bransjeordninger. Det typiske her er at en bransje (eller et firma) har opprettet et konfliktløsningsorgan som skal behandle privatrettslige tvister mellom et bransjemedlem (et firma) og dets kunder. Medlemmer i reklamasjonsorganet er bare bransjerepresentanter.

b) Nemnder opprettet i samarbeid mellom vedkommende bransje og dens kunder, representert ved en forbrukerorganisasjon. Forbrukerrepresentasjonen kan være en av de generelle forbrukerorganisasjonene eller ved en spesiell interesseorganisasjon på området. Oppnevning av medlemmer i nemndene og saksbehandlingen for øvrig skjer under hensyn til at begge

sider skal ha lik innflytelse.

c) Nemnder opprettet i samarbeid mellom vedkommende bransje og forbrukerrepresentanter som er godkjent av departementet. Slikt opplegg for godkjenning av bransjenemnder finnes i Danmark og Norge. Den er avhengig av at visse vilkår foreligger med hensyn til nemndas oppbygging og behandlingsmåte.

d) Klagenemnder opprettet av det offentlige og med regler for kompetanse, saksbehandling, sammensetning m.v. fastsatt i eller med hjemmel i lov. Både i Danmark, Finland, Sverige og Norge finnes slike reklamasjonsnemnder. Men i motsetning til Forbrukertvistutvalget i Norge, kan de øvrige nemnder bare gi anbefalinger om hvordan saken skal løses. De norske vedtakene blir rettslig bindende om de ikke bringes inn for domstolene innen 4 uker.

Jeg er klar over at både selvdømmeordninger og private nemnder av ulike typer i stor utstrekning brukes for å løse hverdagslivets tvister. Jeg regner også med at slike konfliktløsningsmuligheter vil bli trukket inn i diskusjonen idet de representerer praktiske alternativer for konfliktløsning av mindre tvister. Jeg er likevel kommet til at jeg i det følgende vil begrense meg til å vurdere om en bør bruke de alminnelige domstoler eller statlige nemnder for å løse hverdagslivets tvister. Men jeg tolker da statlige nemnder vidt slik at jeg tar med nemnder, utvalg eller råd som er etablert av staten eller der staten har medvirket til eller godkjent at organet er opprettet for å løse konflikter eller visse typer konflikter som går inn under begrepet "hverdagslivets tvister".

I denne diskusjonsinnledning vil jeg i det følgende først forsøke å klargjøre hva en bør legge i begrepet "hverdagslivets tvister". Deretter vil jeg beskrive kort hvordan "hverdagslivets tvister" avgjøres i de enkelte land i dag. Her vil da viktige særregler for visse typer tvister bli nevnt, men beskrivelsen er ikke ment å være fullstendig. Deretter vil jeg forsøke å formulere en del viktige krav til en tilfredstillende behandlingsmåte for "hverdagslivets tvister". Til slutt vil jeg prøve å se litt på fordeler og ulemper ved å bruke de alminnelige domstoler eller statlige nemnder for å løse denne type tvister. Herunder vil jeg forsøke å peke på forhold som kan fjerne eller redusere svakheter som de to framgangsmåter synes å innebære.

## 2 Begrepet "Hverdagslivets tvister"

I og med at oppgaven bruker uttrykket "tvister" antar jeg at det som først og fremst bør diskuteres er hvordan en bør behandle og avgjøre saker der det foreligger uenighet mellom partene i en sak. Mulig forenkling av reglene om oppfyllelse av avgjørelser som er truffet i slike tvister går jeg ikke inn på. Det kan likevel være nærliggende her å diskutere også framgangsmåten for å få oppfylt en avgjørelse (vedtak, dom) på en enkel, billig og hurtig måte selv om det ikke er uenighet eller tvist om kravet.

Uttrykket "hverdagslivet" gir ikke noen klar antydning om hvilke typer tvister som bør drøftes. Jeg er kommet til at det kan være rimelig å legge vekt på to forhold. Det ene er partsforholdet og det andre er at tvisten bør være av mindre økonomisk omfang. Det kan nok likevel reises spørsmål om hverdagslivets tvister i utgangspunktet bør likestilles med tvister der tvistegjenstanden er av mindre økonomisk verdi eller tvisten gjelder et mindre beløp.

For så vidt angår partsforholdet ser jeg det slik at tvister i hverdagslivet er tvister som berører oss som privatpersoner. Følgelig bør minst en av partene opptre i egenskap av privatperson. Tvisten bør således være enten mellom privatpersoner, mellom privatperson(er) og næringsdrivende eller mellom privatperson(er) og det offentlige.

Ved siden av kravet om at minst en av partene må opptre i egenskap av privatpersoner bør en prøve å finne ut om denne type tvister har andre kjennetegn som kan sies å være et felles kjennetegn. En må da se på typer tvister som privatpersoner i sin alminnelighet blir parter i og som må sies å høre til hverdagslivet.

En stor gruppe tvister som utvilsomt må sies å høre til hverdagslivet er de såkalte "forbrukertvister". Disse kan dels gjelde forbrukerkjøp eller forbrukertjenester. En type tvist er f.eks. at forbrukerkjøperen mener at salgsgjenstanden har mangler. Tvister som må kunne sies å høre til hverdagslivets kan f.eks. gjelde kjøp eller leie av ting, forsikring, skadeserstatning, trygd, pensjon, underholdsbidrag, skatt eller arv.

I denne oppgave antar jeg en først og fremst bør diskutere behandlingsmåten av tvister som forekommer relativt hyppig, men som ikke er av vital betydning for partene. Det kan sikkert diskuteres hvilke avgrensingskriterier en da bør bygge på. Jeg er som nevnt foran kommet til at det i utgangspunktet kan være hensiktsmessig å operere med en økonomisk grense for tvister som bør karakteriseres som "hverdagslivets tvister". Hensikten med økonomisk(e) grense(r) ville være å skille ut tvister som antas å være av

mindre betydning for partene og som derfor bør kunne undergis en enklere og billigere behandling. Et alternativ ville være å operere med en økonomisk grense ved siden av andre avgrensningskriterier. Eventuelt kunne man operere med en økonomisk grense for visse typer av de tvister som hører til dagliglivet, men ikke for alle typer tvister, jfr. f.eks. at det i dag ikke gjelder noen økonomisk grense for det norske Forbrukertvistutvalgets kompetanse. Jeg går ikke nærmere inn på slike alternativer.

Det kan diskuteres hvilken økonomisk verdi en bør karakterisere som en verdi av mindre økonomisk omfang. For den enkelte vil spørsmålet om beløpet er mindre kunne bero på mange omstendigheter, f.eks. hvem som er parter i den konkrete tvist (fattig/rik), saksområder m.v. En bør likevel kunne operere med samme økonomiske grense – iallfall for bestemte typer tvister – uansett partenes individuelle forhold. En løsning vil for øvrig være å gi mulighet til å dispensere fra en økonomisk grense eller å operere med ulike verdigrenser for forskjellige typer tvister.

Legger man til grunn samme økonomiske begrensning for alle typer hverdagslivets tvister, blir spørsmålet hvilken økonomisk grense en bør ha. I Norge kan anke til lagmannsrett ikke skje uten lagmannens samtykke når formuesverdien er under n.kr. 5 000, og anke til Høyesterett kan som hovedregel ikke skje uten Høyesteretts Kjæremålsutvalgs samtykke når anken gjelder formuesverdi under n.kr. 25 000.

Jeg vil karakterisere en tvist som å høre til hverdagslivet selv om verdien overstiger n.kr. 5 000, men n.kr. 25 000 er noe mindre dagligdags. Etter dagens økonomiske situasjon vil jeg tro at en bør anse en verdi inntil n.kr. 15 000 for å høre til hverdagslivet. Den nemnd eller det organ som har kompetanse til å avgjøre slike tvister bør – innen visse økonomiske grenser – selv kunne ta standpunkt til om tvisten hører inn under dens myndighet. En annen mulighet er å knytte beløpsbegrensningen til en verdinorm som man ellers bruker i samfunnet og som revideres mer automatisk, f.eks. knyttet til ett eller annet forhold til grunnbeløpet i folketrygden.

Visse tvister som kan forekomme hyppig og som derfor kan sies å høre til hverdagslivet bør holdes utenfor begrepet "hverdagslivets tvister" uansett tvistens verdi. Strafferettslige tvister (der påstanden er bot) bør holdes utenfor. Videre bør rene personrettslige/familierettslige tvister holdes utenfor. Jeg tenker her bl.a. på tvister om farskap, foreldremyndighet, samværsrett, skilsmisse, personnavn, vergemål m.v. På den annen side finnes det tvister også på dette område hvor alternative konfliktløsningsorganer kan være aktuelle, f.eks. tvister som er typisk økonomiske (størrelsen av underholdsbidrag eller barnebidrag).

Det kan diskuteres om tvister om fast eiendom bør holdes utenfor uansett tvistens verdi. Gjelder det kjøp av fast eiendom (eller avtaler om oppføring av hus) vil imidlertid tvisten oftere være av større økonomisk verdi og vil av den grunn falle utenfor en eventuell økonomisk grense. Andre typer tvister om fast eiendom (f.eks. om leie eller reparasjon av fast eiendom) kan gjelde mindre verdier. Fast eiendom er imidlertid ellers ofte satt i en særstilling. Tvister om fast eiendom eller visse typer av slike tvister kan derfor holdes utenfor uansett tvistens verdi. Det er likevel ikke dermed sagt at det ikke kan være behov for eller praktisk med særlige konfliktløsningsorganer for visse tvister som har tilknytning til fast eiendom.

### 3 Gjeldende rett

#### 3.1 Danmark

Hverdagslivets retts tvister kan som andre retts tvister bringes inn for domstolene. Rettsplejeloven innholder ingen særregler om behandlingen av slike tvister. På grunn av at sakene gjelder mindre verdier behandles de i første instans ved byrett (en dommer). Byrettens avgjørelse kan bringes inn for landsretten (tre dommere).

Justitsministeriet har imidlertid i desember 1980 satt fram forslag om en rekke særregler i rettsplejeloven om behandlingen av saker av mindre økonomisk verdi. Lovforslaget omfatter de fleste byrettssaker om krav som har en økonomisk verdi inntil d.kr. 10 000 samt saker som bringes inn for domstolene etter at de er avgjort av Forbrukerklagenævnet eller en godkjent privat klage- eller ankenemnd. Lovforslaget innebærer bl.a. at dommerens veiledningsplikt utvides i disse saker. Videre skal utgiftene til å få sakene opplyst i stor utstrekning dekket av det offentlige. Den part som taper skal som hovedregel ikke dekke motpartens saksomkostninger. De foreslåtte særregler skal ikke gjelde ved eventuell ankebehandling. Etter forslaget skal de nye regler tre i kraft 1.7. 1981.

Det finnes ikke i dansk rett noen særegen summarisk behandlingsform for inkassosøksmål der saksøkte ikke har innsigelser mot saksøkerens påstand. Slike saker opptas likevel vanligvis til "erkendelsesdom" eller "udeblivelsesdom" allerede i første rettsmøte.

I 1975 ble en alminnelig forbrukerklagenemnd ("Forbrukerklagenævnet") opprettet. Nemnda skal behandle klager fra forbrukerne vedrørende varer eller arbeids- og tjenesteytelser. En rekke områder er foreløpig unntatt

fra nemndas kompetanse. For tiden kan dessuten bare klager der vederlaget ikke overstiger d.kr. 10 000 bringes inn for nemnda, men beløpet vil antagelig i 1981 bli forhøyet til d.kr. 30 000. Klager vedrørende erverv av fast eiendom er også unntatt fra nemndas kompetanse.

Utgiftene ved behandlingen i klagenemnda dekkes av det offentlige. Nemnda mottar årlig ca 10 000 henvendelser.

Ved ”forbrukerklagenævnsløven” er det samtidig åpnet myndighet for at den alminnelige forbrukerklagenemnd kan godkjenne at klager, som ellers skulle behandles av den, i stedet blir behandlet av private klage- eller ankenemnder. Det er inntil videre godkjent 10 private nemnder.

De foran nevnte nemnders avgjørelser er ikke bindende (eksigible). Forbrukeren kan kreve at forbrukerombudsmannen bringer en avgjørelse truffet av Forbrukerklagenævnet inn for domstolene hvis den ikke blir respektert. Nemndenes avgjørelser etterleves frivillig i meget stor utstrekning. Forbrukeren kan fritt velge om han i stedet for nemndbehandling vil bringe saken direkte inn for domstolene.

Husleietvister behandles enten ved boligrett (dvs. byretten som i disse saker settes med en juridisk dommer og – på begjæring av en part – to legdommere (en leier- og en utleierrepresentant) eller av husleienemnd. En husleienemnd består av en formann (jurist) og to andre medlemmer (en leier- og en utleierrepresentant). Husleienemnd finnes bare i større kommuner. Nemndas avgjørelser kan bringes inn for boligretten. I København bringes dog nemndas avgjørelser inn for en ankenemnd, men denne ankenemnds avgjørelse kan bringes inn for boligretten.

Tvister om bidragsplikt for underhold til den annen ektefelle i tilfelle separasjon og skilsmisse hører under domstolene. Bidragets størrelse fastsettes derimot administrativt (overøvrigheden (statsamt)/justitsministeriet).

Spørsmålet om å pålegge barnebidrag og å avgjøre størrelsen av eventuelt bidrag avgjøres administrativt (overøvrigheden/justitsministeriet).

### 3.2 Finland

Tvister som gjelder mindre økonomiske verdier behandles på samme måten som andre sivile søksmål. Behandlingen skjer i fulltallig domsstol ( i by ”rådstuvurätt” med tre rådmenn, på landet ”häradsrätt” med jurist som formann og nemnd). På samme måte som for andre sivile tvister skjer det ingen forberedende behandling av slike søksmål.

I forbindelse med en planlagt reform av underrettene og rettergangen der, har det vært foreslått at slike tvister skal behandles av en enkelt dommer.



Dersom dette forslag blir gjennomført, vil det innebære at det blir innført regler som i hovedsak minner om den svenske "småmålslagen". Det er ikke fastlagt noe tidsskjema for en slik reform.

Ved siden av behandling ved de alminnelige domstoler kan visse av hverdagslivets krav behandles ved såkalt betalingsordre (lov om "betalingsorder" 319/54). Betalingsordre kan brukes når kravet vill ha gått ut på et bestemt pengebeløp dersom tvisten hadde blitt brakt inn for domstolene og blitt behandlet etter de alminnelige regler. I sak om skadeserstatning kan betalingsordre bare brukes når kravet bygger på avtale mellom partene om betaling og om erstatningsbeløpets størrelse. Betalingsordre kan ikke utstedes om skyldneren motsetter seg denne behandlingsmåte.

Etter "konsumentskyddslagen" er konsumentombudsmannens hovedoppgave å overvåke lovgivningen om markedsføring og avtalevilkår. Men i tillegg kan konsumentombudsmannen bistå forbruker ved behandlingen av en enkelt sak om det er av interesse for rettsdannelsen og generelle forbrukerinteresser. Slik bistand kan også gis om en næringsdrivende ikke retter seg etter vedtak i Konsumentklagenemnden.

Etter "konsumentskyddslagen" er det etablert en "konsumentklagonämnd". Nemnda gir anbefalinger om hvordan forbrukerklager skal avgjøres. Denne lov gjelder bare varer og tjenester. Erverv av fast eiendom og verdipapir faller derfor utenfor. For tiden utredes hvordan tvister om boligkjøp bør behandles. Klagenemnda behandler også forsikringsklager, dog ikke klager vedrørende lovbestemte og visse andre forsikringer.

Det finnes ingen beløpsmessig verdibegrensning for nemndas kompetanse – verken minimums- eller maksimumsgrense.

Ved siden av "konsumentklagonämnden" finnes bl.a. på forsikringsområdet frivillige nemnder (f.eks. for skadeforsikring, rettshjelpsforsikring og bilforsikring).

Tvister om husleie behandles ved "bostadsdomstol" som er en særskilt avdeling av den alminnelige underrett. Slik domstol skal etableres om husleiesaker forekommer i betydelig utstrekning i vedkommende domstol. Nå finnes slike ved åtte rådsstuvurätter og to heradsrätter.

For behandling av tvister om bidrag til ektefelle eller barn gjelder ingen særregler. Her prøver man imidlertid å få i stand en avtale.

### 3.3 Norge

Behandlingen av hverdagslivets tvister hører – som andre typer rettsvister – under de alminnelige domstoler. I Norge er disse: Forliksrådene, herreds-

og byrettene, lagmannsrettene, Høyesteretts Kjæremålsutvalg og Høyesterett.

Et forliksråd finnes i hver kommune. Det er valgt av kommunestyret og er en legmannsinstitusjon. Den som vil reise søksmål om en hverdagslivets tvist må først bringe tvisten inn for forliksrådet.

Rådets oppgave er først og fremst å megle. Til meglingsmøtet skal partene som utgangspunkt møte personlig. Kommer forlik ikke i stand, har rådet en begrenset domskompetanse. For de tvister som her diskuteres kan dom i forliksrådet ikke kreves dersom verdien er over n.kr. 5000. Uansett verdigrensen avses heller ikke dom bl.a. når saken er så vanskelig eller så lite opplyst at den ikke egner seg til å pådømmes i forliksrådet. Saken henvises da til retten. Stevning må i så fall inngis til vedkommende herreds- eller byrett. Ankemuligheten for en slik dom er nevnt i avsnitt 2.

Ved siden av de alminnelige domstoler kan visse typer av hverdagslivets tvister også bringes inn for særskilte konfliktløsningsorganer (som et supplement, ikke et alternativ til de alminnelige domstoler). Et viktig tvisteløsningsorgan er Forbrukertvistutvalget, som trådte i funksjon 1.1. 1979. Det behandler tvister i forbrukerkjøp om varer og ytelser i tilknytning til kjøpet. I 1979 ble utvalget forelagt 244 saker.

Forbrukerrådet deltar videre i konfliktløsning for forbrukerne bl.a. gjennom en del bransjenemnder. Som viktige eksempler på bransjenemnder nevnes: Forsikringskadenemnda/Avkortningsnemnda (for forsikringsklager), Reklamasjonsnemnda for selskapsreiser (klager på selskapsreiser), Klagenemnda for skotøy og Reklamasjonsnemnda for Radio og TV. For øvrig kan Forbruker- og administrasjonsdepartementet godkjenne at behandling i bransjenemnd trer i stedet for behandling i Forbrukertvistutvalget.

Det finnes dessuten en del bransjer eller selskaper som har opprettet egne (private) nemnder eller organer for å behandle klager, eventuelt med forbrukerrepresentanter som ikke er oppnevnt av offentlige organer. Et eksempel her er Bilklagenemnda der bilorganisasjonene utgjør forbrukerrepresentasjonen.

For øvrig kan tilføyes at tvister om husleie behandles av de vanlige domstoler. Dog har man en særdomstol – Oslo husleierett – for husleietvister i Oslo kommune. Tvister om oppfostringsbidrag til barn eller underholdsbidrag til ektefelle behandles dels av de alminnelige domstoler og dels (og det er tallmessig de fleste) administrativt (fylkesmann/Justisdepartementet).

Et utvalg har i en tid vært i arbeid med å utrede en forenkling av

rettergangsreglene for visse rettssaker, først og fremst saker om mindre økonomiske verdier. Utvalget skal også utrede en revisjon, eventuelt oppheving av forlikrådsordningen. Et annet utvalg er høsten 1980 nedsatt for på bredt grunnlag å vurdere behandlingen av forbrukerklager.

### 3.4 Sverige

I Sverige har man en egen lov (1974:8) om behandlingen ved domstolene av saker av mindre økonomisk verdi. Loven ("småmålslagen") har en del regler som avviker fra den ordinære rettergang.

"Småmålslagen" får anvendelse i tvister hvor tvistegenstandens verdi åpenbart ikke overstiger halvparten av basisbeløpet etter loven om allmän försäkring, f.t. sv. kr. 7 700. Uansett verdien kan likevel en sak behandles etter loven hvis den i det alt vesentlige gjelder spørsmål som "Allmänna reklamationsnämnden" (ARN) har uttalt seg om.

Prosessreglene er utformet slik at den enkelte skal kunne føre sin sak selv, uten bistand av advokat e.l. Domstolene plikter å bistå almenheten med generell vegledning om mulighetene for å få tvisten behandlet av domstolene eller reklamasjonsnemnd. Om en tvist blir ført for domstolene, skal retten hjelpe og veglede sakens parter og sørge for at tvistespørsmålene blir klarlagt.

For så vidt gjelder saksomkostninger påbyr loven at den tapende part skal betale motpartens utgifter. Betalingsplikten er imidlertid begrenset til absolutt nødvendige utgifter, og for advokatbistand er beløpet f.t. maksimert til kr. 280.

Selve rettergangen er svært uformell. Domstolen kan velge mellom skriftlig og muntlig behandling. Noen formell oppdeling i forberedelse og hovedforhandling finnes ikke. Hvis det holdes rettsmøte skal saken normalt sluttføres i samme møtet. Det foreligger blanketter m.v. for stevning og skriftlig tilsvar.

For forbrukertvister gjelder visse særlige regler. Det finnes således en særlig vernetingsbestemmelse som åpner adgang til å reise søksmål mot en næringsdrivende ved domstolen i det distrikt hvor forbrukeren har sin bopel. I forbrukertvister kan domstolene innhente uttalelser fra ARN. Dessuten kan domstolen innhente uttalelser fra sakkyndige. Utgiftene ved dette betales av det offentlige.

Ankeadgangen er begrenset. For at hovrätten skal kunne behandle en ankesak kreves domstolens samtykke. Slikt samtykke skal hovedsakelig gis i de tilfelle hvor avgjørelsen har prejudikatverdi eller når det er grunn til å endre tingsrättens avgjørelse.

Ved siden av småmålslagens regler kan nevnes de summariske betalingsprosessene som har sitt grunnlag i loven om "lagsökning och betalningsföreläggande" (1946:808). Loven inneholder regler om to forskjellige summariske og skriftlige prosessformer som har som formål å fastslå betalingsplikt i klare tilfeller. Den ene formen er "lagsökning" som kan benyttes for krav som grunner seg på gjeldsbrev eller annet skriftlig gjeldsbevis. Den andre formen er "betalningsföreläggande" som er en prosessform for fordringer som ikke gjelder skadeserstatning og som ikke bygger på noe skriftlig grunnlag.

"Lagsökning" og "betalningsföreläggande" brukes i stor utstrekning når kravet kan antas ikke å bli bestridt. Disse prosessformer benyttes i det alt vesentlige av næringsdrivende. Enkelpersoner benytter som regel alminnelig tvistemål.

Bl.a. behandling av saker om underholdsbidrag til barn hører under de alminnelige domstoler. "Småmålslagen" gjelder ikke for slike saker.

Mange typer tvister fra hverdagslivets område behandles av forskjellige nemnder. Det sentrale reklamasjonsorgan på forbrukerområdet er "Allmänna reklamationsnämnden". Den behandler tvister mellom forbruker og næringsdrivende om en vare eller en tjeneste. Visse typer tvister er untatt fra nemndas virksomhet, f.eks. tvister som gjelder lege- og tannlegetjenester og advokattjenester. Nemnda har bare en begrenset kompetanse når det gjelder tvister i tilknytning til fast eiendom og tilbehør til fast eiendom. Nemnda skal som nevnt foran på anmodning av domstol avgi uttalelser i tvister etter "småmålslagen". Det er ikke fastsatt noen nedre eller øvre verdigranse for nemndas kompetanse.

Nemndas avgjørelser har karakter av anbefalinger, men de følges i meget stor utstrekning.

Ved siden av den "Allmänna reklamationsnämnden" finnes en del andre nemnder – noen av mer privat natur. Eksempler på andre nemnder er "Fastighetsmarknadens reklamationsnämnd", og flere nemnder på forsikringsområdet, f.eks. "Livförsäkringens villkorsnämnd" og "Trafikskadenämnden".

For å behandle saker om husleie er det opprettet statlige regionale husleienemnder ("hyresnämnder") med representanter for leiemarkedets parter. Nemndene har først og fremst til oppgave å megle, men kan også avgjøre visse tvister. Nemndenes avgjørelser kan bringes inn for særskilt domstol, "Bostadsdomstolen". Dersom tvisten gjelder kollektivavtaler behandles saken av en særskilt arbeidsdomstol.

Visse grupper husleietvister hører likevel under de alminnelige domstoler.

En del husleietvister behandles for øvrig av en "fastighetsdomstol" som utgjøres av de alminnelige domstoler med særlig sammensetning.

#### **4 Hvilke krav bør settes til et konfliktløsningsorgan**

Når en drøfter om domstoler eller nemnder bør behandle "hverdagslivets tvister" skjer det ut fra den forutsetning at det gjelder å finne ut om domstoler eller nemnder er det beste apparat til å behandle og avgjøre slike tvister. Hvilket apparat som er best skulle altså i prinsippet bero på hvordan det løser sine oppgaver.

Vurderingen f.eks. av om et apparat fungerer godt, mindre godt eller dårlig vil kunne variere ut fra de krav en stiller til det konfliktløsende organ. Det er imidlertid visse egenskaper eller krav som står i forgrunnen. Jeg skal her kort nevne de som jeg anser for å være av størst betydning.

Det mest grunnleggende krav til et konfliktløsningsorgan er at det er i stand til å behandle og avgjøre tvister på en rimelig betryggende måte. Det sentrale her er å sikre at tvistene i så stor grad som mulig får et materielt sett "riktig" resultat. Hensynet til rettssikkerhet og betryggende saksbehandling står i forgrunnen. Men det antas også å være viktig at konfliktløsningsorganet nyter tillit hos de som skal bruke apparatet. Dermed vil de lettere akseptere løsningen selv om de ikke er tilfreds med resultatet.

Kravet om en betryggende avgjørelse og at organet bør nyte tillit blant folk flest må avveies mot andre krav en bør stille til behandlingsmåten. For tvistebehandling av mer dagligdagse forhold er det et viktig poeng at den er enkel og smidig. Omkostningene med å få tvisten behandlet og avgjort er også et sentralt poeng. Utgiftene må ikke være så store at de er til hinder for at noen kan få prøvet sin sak. En bør imidlertid ikke se bare på partenes egne utgifter. Disse kan for øvrig tenkes dekket – helt eller delvis – av det offentlige eller av forsikring (rettshjelpforsikring). Det er de samlede omkostninger for å få behandlet og avgjort tvisten en bør ta i betraktning. Dette fordi utgiftene med konfliktløsningen må dekkes på en eller annen måte.

Et annet viktig moment er kravet om en rimelig hurtig behandlingstid. Lang behandlingstid vil iallfall vanligvis være til ulempe for minst en av partene – den som får medhold. Lang behandlingstid vil også føre til at tvister i større utstrekning enn ellers søkes løst utenfor det offentlige konfliktløsningsapparat. Endelig nevnes at et konfliktløsningsorgan antas å bli brukt oftere dersom det er lett å komme i kontakt med organet. Dette har en

side både til de krav som stilles til måten en kan ta kontakt med organet på (muntlig, skriftlig) og om det i praksis er mulig å oppsøke organet (geografisk tilgjengelighet). I denne sammenheng nevner jeg også den psykologiske terskel som gjør at folk i en viss grad kvier seg for å bringe en tvist inn for domstolene.

## **5 Domstol eller nemnder som konfliktløsningsorgan**

I hvilken grad nemnder brukes til konfliktløsning antas å bero på flere forhold. For det første må det ha utviklet seg en konfliktløsningsmetode – et nemndsystem – som fremstår som et alternativ til de alminnelige domstoler. Oftest er et slikt alternativt apparat vokset fram på bestemte saksområder. Årsakene kan være flere, f.eks. at domstolsystemet ikke har blitt tilstrekkelig utbygget til å behandle et økt antall tvister, at det alternative apparat er billigere for den enkelte, eller billigere både for den enkelte og for det offentlige. Er det alternative apparat privat kan det for øvrig ha gjort behovet for å bygge opp et offentlig apparat mindre. Men årsaken til at nemnder brukes i stadig økende grad for konfliktløsning på visse saksområder kan også være at nemndsystemet alt i alt har visse fortrinn sammenlignet med domstolsystemet. Iallfall kan det gjelde for visse typer konflikter.

I Norge har det vært liten generell diskusjon om hvordan rettslige konflikter bør løses. Det synes heller ikke å ha vært reist særlig prinsipielle innvendinger mot den privatisering av rettspleien som kan sies å ha funnet sted ved øket bruk av avtalte selvdømmeordninger, private voldgift-nemnder, bransjenemnder og andre private tvisteløsninger utenom det offentlige konfliktløsningsapparat. Når fremveksten av alternative private ordninger for tvisteløsning ikke hittil synes å ha frembrakt alvorlige motforestillinger, kan grunnene være flere:

De private ordninger representerer bare et tilbud om å få konflikten behandlet. Videre er de private konfliktløsningordninger normalt gratis for den privatperson som er misfornøyd. Endelig er antallet mindre tvister så stort på enkelte områder at det kan være hensiktsmessig å få disse avgjort ved en enkel behandling, f.eks. i et tvisteorgan i bransjens egen regi.

I der følgende begrenser jeg meg likevel som nevnt i avsnitt 1 til å vurdere om det jeg foran har kalt statlige nemnder eller de alminnelige domstoler bør brukes til å løse dagliglivets tvister.

På visse sektorer eller for visse sakstyper har – som det fremgår av avsnitt 3 – også det offentlige bygget ut eller vært med på å etablere et eget

konfliktløsningsapparat ved siden av de alminnelige domstoler. Det kan muligens reises spørsmål både om alle særordninger er begrunnet og om de fungerer bra. Det kan kanskje også diskuteres om de samlede ressurser for å løse rettstvister blir brukt på den beste måte. Jeg tenker her på at det utenom de alminnelige domstoler – iallfall i Norge – har vært en ikke ubetydelig utbygging og utvikling av konfliktløsningsorganer etablert eller godkjent av staten.

At nemnder behandler og avgjør en stadig større del av de mindre tvister som privatpersoner kommer ut for, kan som nevnt skyldes at nemndbehandling er en bedre måte å løse visse typer tvister på – særlig mindre tvister – enn de alminnelige domstoler. Men det kan også skyldes at det ikke har skjedd noen samlet vurdering av fortrinn og svakheter ved de to måter å løse tvister på. Det synes således ikke hittil å ha vært inngående vurdert om domstolsapparatet – med nødvendige tilpasninger – kunne ha vært et hensiktsmessig alternativ for å behandle og avgjøre visse typer tvister som i praksis blir behandlet av nemnder.

I det følgende trekker jeg fram noen momenter som etter min oppfatning bør tas i betraktning når en skal drøfte om statlige nemnder eller de alminnelige (desentrale) domstoler er best egnet til å løse (avgjøre) hverdagslivets tvister. På en måte blir dette å sammenligne og vurdere fortrinn og svakheter ved to forskjellige statlige konfliktløsningsorganer.

Når det gjelder de momenter som er nevnt i avsnitt 4 foran, antar jeg at de alminnelige domstoler, som ellers er satt til å løse alle typer rettslige konflikter, må kunne anses som det mest betryggende apparat for å avgjøre også hverdagslivets tvister. Domstolenes rent faglige forutsetninger for å behandle slike tvister synes det for øvrig ikke å ha vært reist innvendinger mot. En må her ta i betraktning at retten i den enkelte sak om nødvendig kan settes med sakkyndige domsmenn.

De svakheter som særlig gjøres gjeldende mot domstolsbehandling av tvister av mindre økonomisk verdi er – når en tar i betraktning de relativt sett små verdier som sakene gjelder – at behandlingen blir kostbar og at den vanligvis tar for lang tid.

En forenkling av saksbehandlingen ved domstolene antas å ville redusere behandlingsutgiftene. Forskjellen i utgifter mellom domstolsbehandling og nemndbehandling for den privatperson som er part i tvisten kan for øvrig – iallfall i en viss utstrekning – skyldes at staten bærer utgiftene når nemndbehandling skjer (f.eks. i forbrukertvister for Forbrukertvistutvalget), men ikke i småkravstvister for domstolene. Ved en sammenligning av utgifter for de to behandlingsmåter må en imidlertid se på om domstolsapparatet er et

dyrere konfliktløsningsapparat når en tar hensyn til alle omkostninger (uten hensyn til om staten eller partene bærer utgiftene).

Når det særskilt gjelder saksbehandlingstiden ved domstolene må en i tilfelle kunne vurdere forenklinger av saksbehandlingsreglene for denne type tvister, noe som vil ha betydning både for utgiftene og for behandlingstiden. Slike endringer må kunne foretas selv om de i en viss utstrekning skulle svekke rettssikkerheten og den betryggende behandling som domstolsbehandling etter de vanlige regler innebærer. En må her ta i betraktning at alternativet til en forenklet domstolsbehandling forutsettes å være nemndbehandling av tvisten.

I den utstrekning behandlingsutgifter og behandlingstid er ugunstig for domstolsbehandling sammenlignet med nemndbehandling, antas det således å kunne foretas regelendringer for domstolsbehandlingen av slike tvister som vil påvirke dette forhold. Hvorvidt domstolsapparatet likevel blir en dyrere metode å bruke vil vel – iallfall i en viss grad – bero på de nærmere saksbehandlingsregler for de to alternativene.

En avgjørelse av en tvist har for det første betydning i den aktuelle sak. Men en eller begge parter kan også ha interesse av tvisteløsningen utover den enkelte sak. Slik interesse ut over saken vil f.eks. en selger eller det offentlige kunne ha i en hverdagslivets tvist som anses som en prinsippsak. I slike tilfeller kan det således være avgjørelsens prejudikativirkninger som er av stor interesse. Prejudikativirkningen kan være av interesse både når det gjelder juss og faktum. En del tvister på hverdagslivets områder, f.eks. i forbrukersaker, kan være representative for et stort antall problemer. Det kan gjelde reklamasjonsbehandlingen til et bestemt firma, en mindreverdig masseprodusert vare, unnlattelse av å gi viktige vareopplysninger osv. En svakhet ved domstolsbehandlingen synes å være at den i liten grad fører til generell aktivitet for å få forhindret at produktet blir trukket tilbake, forbedret, at salgsvilkår blir endret m.v.

Som eksemplene ovenfor viser har det i en del tilfelle betydning utover den enkelte sak å få en domstolsavgjørelse. På grunn av bl.a. utgiftene, vil imidlertid den enkelte part selv kvie seg for å anlegge søksmål. En mulighet er da å gi interessegrupper eller representanter søksmålsrett når det gjelder mer generelle forhold. I USA er class action en metode for å etterkomme dette behov. I saker hvor en gruppe personer har interesse av samme søksmål mot en bestemt motpart, kan hver og en i gruppen som ansees representative for gruppen, anlegge sak på vegne av samtlige, og dette uten å behøve å vise til fullmakt fra de øvrige. Det er imidlertid et krav at alle i gruppen skal ha fått søksmålet forkynt. Dette har medført at class actions



har fått relativt beskjeden betydning, da det i store saker kan være umulig i praksis å få kartlagt alle i gruppen.

En metode som synes å kunne passe bedre i Norden er at de enkelte som ønsker saksanlegg gir en representant fullmakt til å opptre på sine vegne. I Danmark kan Forbrukerombudsmannen etter begjæring av en forbruker bringe saken inn for retten om en næringsdrivende ikke oppfyller et vedtak i Forbrukerklagenævnet. (Forbrukerombudsmannen bistår imidlertid ikke forbrukeren ved sakens behandling i retten, men advokat kan beskikkes. Et lovforslag går for øvrig nå ut på at Forbrukerklagenævnet selv kan bistå forbrukeren i retten). I Finland har også Konsumentombudsmannen adgang til å bringe en sak inn for retten, og dessuten hjemmel til å bistå i tvister som har prinsipiell interesse. I Sverige foreligger forslag om slik søksmålsrett for Konsumentombudsmannen. I Norge er det mindre behov for slik søksmålsrett når det gjelder forbrukerkjøp av varer. Dette fordi det norske Forbrukertvistutvalget, i motsetning til i de andre nordiske land, kan fatte vedtak som blir rettslig bindende om de ikke bringes inn for domstolene innen 4 uker. Men også i Norge kan det være av interesse å få prøvet saken utover dette utvalgs kompetanseområde, og saker der avgjørelsen har prejudikatsvirkninger.

Et moment av betydelig vekt for vurderingen av om domstolene eller nemnder bør brukes er om *antallet tvister* på et bestemt avgrenset saksområde er stort. For bruk av et eget organ kan da særlig anføres at det vil ha større sakkyndighet. Spesialiseringen vil også kunne føre til kortere behandlingstid. Mot bruk av et eget organ taler særlig at man vanligvis ikke kan få desentrale organer slik at muntlige drøftelser og umiddelbar bevisføring kan skje. Spesialiseringen kan også innebære fare for en viss ensidighet fordi spesialorganet kan ta mindre hensyn til sammenhengen i rettssystemet. At særorganet får et større arbeidsfelt vil kunne medføre at saksbehandlingstiden blir lenger. På den annen side blir innvendingene om ensidighet mindre.

Dersom en tolker begrepet hverdagslivets tvister så vidt som jeg har gjort i avsnitt 2 foran, ville en del av spesialsakkyndigheten ved å bruke samme særorgan for disse tvister falle bort. Det som er aktuelt antas imidlertid ikke å være å opprette et særorgan (en nemnd) for alle hverdagslivets tvister, men å opprette egne særorganer for visse typer av hverdagslivets tvister.

Dersom det etableres praktisk lettvinte ordninger for å behandle hverdagslivets tvister vil antagelig antallet tvister øke totalt sett. Men det antas å ville bli resultatet uansett behandling i domstol eller nemnd.

Behovet for å anvende *annen ekspertise enn den juridiske* kan være et moment som taler for å opprette egne organer. I hverdagslivets tvister, som i visse

andre tvister, vil det kunne være behov for annen ekspertise ved siden av juridisk kyndighet, f.eks. teknisk viten og innsikt. I de alminnelige domstoler vil sakkyndige domsmenn kunne være med ved behandlingen av slike saker. Er det behov for spesiell ekspertise, kan det likevel tale for å legge avgjørelsen til egne organer hvor spesialinnsikten er dominerende.

Muligheten for *muntlig kontakt* med det organ som avgjør tvisten antas å være viktig. En sentralisert behandling vil derfor som regel være en ulempe med mindre det sentrale organ har desentrale avdelinger som vedkommende privatperson kan henvende seg til og hvor drøftelser og bevisføring kan skje.

Muntlig kontakt har også betydning for *muligheten for kompromiss* i tvister, noe som kan være i begge parters interesse. I domstolsapparatet er muntlighet et hovedprinsipp. Muntlige drøftelser med muligheter for kompromiss (ved forlik) skulle derfor være til stede. Nemndbehandling skjer normalt på grunnlag av den skriftlige framstilling av saken. Muntlige forklaringer kan likevel forekomme.

Brukes domstolene må avgjørelsen i prinsippet bygge på gjeldende rett. At domstolene er bundet av gjeldende rett fremmer forutberegneligheten av den enkeltes rettsstilling. Domstolen kan likevel prøve å få i stand forlik og vil også normalt prøve det; særlig hvor det ellers kan være vanskelig å komme til et resultat som domstolen anser rimelig i det konkrete tilfelle.

Også avgjørelser som treffes av nemnder må normalt bygge på gjeldende rett. Det må iallfall være regelen når nemndas avgjørelser kan bringes inn for de alminnelige domstoler. Det er også nødvendig av hensyn til prejudikatsvirkninger av nemndas avgjørelser. Det er likevel mulig at nemndbehandling rent faktisk lettere fører til flere kompromisser enn domstolsbehandling av samme type tvister. Årsakene til det kan i så fall være flere. Det kan bl.a. skyldes at nemndene er dyktigere i sin meglings- og forhandlingsvirksomhet enn domstolene. Det kan videre skyldes at domstolene er mer forsiktige og tilbakeholdne i sin meglingsvirksomhet. Denne forsiktighet henger trolig sammen med at kravet om upartiskhet og objektivitet praktiseres mer absolutt i domstolene enn i nemnder.

Dersom tendensen til overgang fra domstolsløsning til andre konfliktløsningsorganer skyldes domstolenes tilbaketrunkne posisjon og manglende initiativ for å løse mindre tvister også ved meglings og kompromiss, bør det om nødvendig rettes på ved innføring av nye saksbehandlingsregler for denne type tvister.

Behandlingen av hverdagslivets tvister ved domstolene skjer normalt i full offentlighet. Presse og massemedia vil således kunne være til stede og

referere saken. Det er sannsynlig at ulike regler om offentlighet ved nemndbehandling og domstolsbehandling vil kunne påvirke valget av konfliktløsningsorgan. Det vil i så fall være mindre heldig. Offentlighetsreglene bør derfor være de samme uansett hvilken offentlig metode som brukes for å løse en bestemt type hverdagslivets tvister.

Et forhold som kan ha betydning for valg av konfliktløsningsorgan er også *organets sammensetning* i den enkelte sak. I de alminnelige domstoler kan brukes domsmenn med innsikt i tvisteforholdet (sakkyndige domsmenn). Disse skal (i prinsippet) være uhildede i forhold til partene. Avgjøres tvisten av en nemnd er interesserepresentanter oftere medlemmer av nemnda. Slike interesserepresentanter kan ha en tendens til å støtte den part som han særlig skal ivareta. I den utstrekning en ønsker at interesserepresentanter skal ha utslagsgivende innflytelse i det konfliktløsende organ, kan det trolig tale for at avgjørelsen legges utenom de alminnelige domstoler.

Det 29:e nordiska juristmötet  
Stockholm den 19–21 augusti 1981

Stiftelser och fonder  
– utveckling och  
lagstiftningsbehov

Jørgen Nørgaard

Problemet med den manglande  
ejerindflydelse i selvejende  
institutioner

# Problemet med den manglende ejerindflydelse i selvejende institutioner

av professor JØRGEN NØRGAARD

## 1. Indledning

Et interessentskab ejes af interessenterne, et kommanditselskab af kommanditisterne og komplementarerne, et andelsselskab af andelshaverne, et aktieselskab af aktionærerne, et anpartsselskab af anpartshaverne osv. Den enkelte medejers indsigt i selskabets forhold og mulighed for at kontrollere udviklingen varierer meget – fra den direkte, daglige indflydelse i mange interessentskaber til deltagelse i den årlige generalforsamling i store aktieselskaber –, men det er dog fælles træk, *at* målet med selskabets drift er at skabe et overskud til ejerne, *at* ejerne kan følge med i, om dette mål nås, *og at* ejerne kan tage sagen i deres egen hånd, hvis de finder resultatet for dårligt. For ejerne er det – groft sagt – målet, at indtægterne bliver så store som muligt, og omkostningerne så små som muligt. Enhver fejlslagen bestræbelse på at nå disse mål mærkes af ejerne på pengepungen – og vejen herfra til intervention er erfaringsmæssigt kort. Med et eksempel: Ingen ejerkreds nærer betæneligheder ved at aflønne selskabets ledelse højt, når blot ledelsen er sit honorar værd – men dermed er det også sagt, at ejerne vagtsomt følger såvel ledelsens aflønning som ledelsens effektivitet.

En selvejende institution (en fond) har ingen ejere. En indtjent eller sparet krone i den selvejende institution er ikke ensbetydende med en ekstra krone til fordeling mellem en bestemt, afgrænset kreds af personer – ejerne. Med det ovenfor nævnte enkle eksempel: Hvem følger med i, om ledelsen i en selvejende institution er sin løn værd? Hvem skrider ind, hvis ledelsen er ineffektiv, eller bevilger sig selv for høje honorarer? Hvorledes foretager man en sådan indgriben?

I flere af de nordiske lande udfoldes der i disse år bestræbelser på at udforme en mere detaljeret lovgivning om selvejende institutioner end den hidtidige. Ethvert lovgivningsinitiativ møder problemet med den manglende ejerindflydelse i de selvejende institutioner. Hvorledes skal man bedst muligt substituere den årvågenhed, hvormed en ejer følger sin investering? – De følgende sider er ment som et indlæg i denne debat, der må foregå alle steder, hvor man beskæftiger sig med indførelse af nye lovregler om selv-

ejende institutioner, hvorfor debatten må have interesse for alle jurister, der som et led i deres arbejde eller på anden vis har med selvejende institutioner at gøre. Nærværende indlæg prætenderer ikke at være udtømmende, men alene at beskæftige sig med nogle af de vigtigere sider af problemet.

Før de enkelte emner behandles, forekommer det at være hensigtsmæssigt med nogle få bemærkninger af terminologisk karakter.

En selvejende institution har følgende retlige karakteristika:

- a) En formue, der er uigenkaldeligt udskilt fra stifterens formue.
- b) Et bestemt formål.
- c) Rådighedsbeføjelserne er overladt til en selvstændig ledelse. Ingen fysisk eller juridisk person udenfor institutionen har ejendomsret til institutionens formue.
- d) Institutionen kan som sådan erhverve rettigheder og påtage sig forpligtelser – det vil sige, at den har selvstændig retsevne.

De selvejende institutioner kan opdeles i de erhvervsdrivende og de ikke-erhvervsdrivende (de kapitalforvaltende). Afgrænsningen mellem de to grupper kan foretages på forskellig vis. I det følgende er selvejende institutioner anset som erhvervsdrivende, såfremt de

- a) leverer varer eller udfører tjenesteydelser, for hvilke de normalt modtager vederlag, eller
- b) driver virksomhed med salg og udlejning af fast ejendom, eller
- c) gennem besiddelse af aktier, anparter eller kapitalandele i øvrigt repræsenterer flertallet af stemmerne i en erhvervsdrivende virksomhed (dattervirksomhed) eller dog gennem bestemmelser i vedtægter, fundats eller aftale har en bestemmende indflydelse over dattervirksomheden, alt medmindre erhvervsvirksomheden er af begrænset omfang eller udgør en uvæsentlig del af den selvejende institutions samlede formue.

## 2. Registrering

I samme omfang, som man ønsker at skabe et eller flere surrogater for den manglende ejerindflydelse i selvejende institutioner, må man nødvendigvis have en registrering af disse. I alle de nordiske lande har udgangspunktet været, at der ikke er nogen registreringspligt, og at det er en frivillig sag at få institutionens fundats stadfæstet/konfirmeret hos det offentlige – hvorved man opnår, at institutionen undergives et vist tilsyn af det offentlige.

Der synes i dag at være enighed om, *at* de selvejende institutioner er vokset så meget i antal, *at* de direkte eller indirekte beskæftiger sig med erhvervsvirksomhed i et så betydeligt omfang, og *at* deres eksistens følgelig influerer på anden lovgivning – specielt skattelovgivningen – i et sådant omfang, at det er ønskeligt med en registreringspligt for *alle* selvejende institutioner. Man kan diskutere, om det er nødvendigt at registrere selv ganske små selvejende institutioner – man kan i øvrigt også diskutere, om der ikke bør indføres et minimumskapitalkrav for fremtidige fonde –, men effektivitetshensyn synes at tale for, at alle selvejende institutioner registreres, hvormed ikke være sagt, at alle regler i fondslovgivningen skal gælde for de ganske små selvejende institutioner.

Med den sidste bemærkning er det forudskikket, at registreringspligt nok har en vis præventiv virkning i sig selv, fordi det er mere risikabelt at foretage uhæderlige dispositioner i en selvejende institution, som er kendt af offentligheden, end i en fond, som helt og holdent lever i det skjulte, men at registreringspligt og dermed skabelsen af et særligt register for selvejende institutioner – et fondsregister – først og fremmest er et redskab. Én gang etableret vil fondsregisteret være det værktøj, der muliggør, at (nye) regler om pligt til indsendelse af årsregnskab, granskning, tilsyn med overskudsanvendelse osv. bliver effektive regler.

### 3. Krav til fundatsen

En selvejende institution skabes i langt de fleste tilfælde ved en gave – et gavebrev – eller ved en testamentarisk disposition, og typisk ved samme lejlighed udarbejdes de vedtægter, den *fundats*, som er grundlaget for den selvejende institutions fremtidige virke. Jo bedre arbejdet med fundatsens oprettelse er gjort, jo mindre bliver mulighederne for misbrug af den selvejende institution, og jo mindre bliver problemet med den manglende ejerindflydelse.

Der er ingen grund til at betvivle, at der normalt nedlægges et godt og betydeligt arbejde i oprettelse af fundatsen – *dels* fordi selvejende institutioner er tiltænkt et langt liv, *dels* fordi permutationsretten er begrænset, hvilket eksempelvis tilsiger, at stifteren gør sig ganske klart, hvad han vil medtage under angivelsen af fondens formål. Dette forhindrer jo imidlertid ikke, at fondslovgivningen stiller visse mindstekrav til fundatsen. For den omhyggelige og kyndige koncipist vil det tænkeligt være en selvfølge, at fundatsen *skal* indeholde de og de oplysninger og en stillingtagen til de og de problemer,

men for den mindre veludrustede koncipist kan de i loven opstillede mindstekrav blive en støtte. En lovgivning om selvejende institutioner bør ikke udelukkende være en opregning af præceptive regler, der forbyder eller begrænser familiefonds, stiller krav om en vis mindstekapital, påbyder medarbejderrepræsentanter og repræsentanter for det offentlige i ledelsen, og hvad der ellers måtte kunne opnås (politisk) flertal for, men bør også – vel endda først og fremmest – indeholde et så vidt muligt komplet system af deklatoriske regler, som træder til, hvor stifterens og fundatskoncipistens talent og forudseenhed slap op. Mellem de præceptive regler og de deklatoriske befinder sig – blandt andre – de regler, som fastsætter, hvad fundatsen i hvert fald skal indeholde bestemmelser om. I formen er de pågældende lovregler påbud, men i realiteten giver de i vidt omfang stifteren/koncipisten en opfordring til at eftertænke, om han er tilfreds med, at ”hans” selvejende institution bliver underlagt fondslovgivningens deklatoriske regler, eller om han ønsker andre retningslinier fastsat – og da hvilke? (inden for de grænser som lovgivningens præceptive bestemmelser udstikker).

Opstilling af mindstekrav til fundatsen er således en af de måder, hvorpå man kan søge at formindske problemet med den manglende ejerindflydelse i selvejende institutioner. Jo højere ambitionsniveau, man har med hensyn til det offentliges mulighed for at føre effektivt tilsyn med forvaltningen af de selvejende institutioner, jo flere og jo mere detaljerede krav må man opstille – specielt krav om fundatsbestemmelser vedrørende formål, kapital, ledelse, regnskab og revision, samt anvendelse af overskud.

## 4. Ledelsen

### 4.1. Indledning

Som det vil være fremgået af de tidligere anførte eksempler, ligger problemet med den manglende ejerindflydelse i de selvejende institutioner ikke mindst i, at institutionens ledelse forvalter midler, som ikke tilhører en bestemt afgrænset personkreds – ejerne. Risikoen for ineffektiv ledelse forøges, og navnlig vokser faren for, at den selvejende institutions omkostninger ikke bliver holdt i ave – specielt ledeshonorarerne i videste forstand, det vil sige ikke blot egentlige lønninger, men allehånde tillægsydelse, og ikke blot honorarer til ledelsen selv, men også vederlag og ydelser tildelt andre under



omstændigheder, som giver anskuelsesundervisning i begreber som nepotisme og protektion.

Det er klart, at den manglende ejerindflydelse i selvejende institutioner ikke medfører, at bestyrelse og direktion står frit i henseende til dårlig ledelse og forbrug af fondens midler, så længe der blot ikke er gennemført en lovgivning om selvejende institutioner. Den almindelige straffelovgivning kan ramme de groveste former for misbrug, og selv uden lovbestemmelser herom er det givet, at bestyrelsesmedlemmer og direktører i en selvejende institution kan ifalde erstatningsansvar overfor institutionen for den skade, som de forsætligt eller uagtsomt måtte have tilføjet den under udførelsen af deres hverv (på samme måde som de vil kunne blive erstatningspligtige overfor fondens kreditorer og eventuelt også overfor personer, som ville have modtaget ydelser – eller større ydelser – fra den selvejende institution, såfremt den havde været ledet forsvarligt).

Ikke desto mindre må det antages, at man i en lovgivning om selvejende institutioner vil optage de fra aktieselskabslovgivningen velkendte regler om ledelsens erstatningsansvar – suppleret med en bestemmelse om, at der meddeles det offentlige som tilsynsmyndighed kompetence til at anlægge sådanne erstatningssøgsmål ved domstolene. På samme måde må det forventes, at man fra aktieselskabslovgivningen vil overføre principperne om, at et bestyrelsesmedlem eller en direktør ikke må deltage i behandlingen af spørgsmål om aftaler mellem den selvejende institution og ham selv eller om søgsmål mod ham selv eller om aftaler mellem institutionen og tredjemand eller søgsmål mod tredjemand, hvis han deri har en væsentlig interesse, der kan være stridende mod institutionens, at bestyrelsesmedlemmer og direktører i en erhvervsdrivende fond ikke må udføre eller deltage i spekulationsforretninger vedrørende kapitalandele i dattervirksomheder, og at de enkelte medlemmer af en erhvervsdrivende fonds bestyrelse og direktion ved deres indtræden i ledelsen skal give bestyrelsen meddelelse om deres mulige kapitalandele i dattervirksomheder, lige som de skal give meddelelse om senere erhvervelse og afhændelse af sådanne andele.

Hvis sådanne regler suppleres med en pligt til at føre en bestyrelsesprotokol, hvori alle beslutninger vedrørende den selvejende institution indføres, og i øvrigt kombineres med regelsæt om *regnskab og revision*, jfr. herom under hovedafsnit 5, og om *tilsyn*, jfr. herom under hovedafsnit 7, vil der være opnået en betydelig gardering mod dårlig ledelse og direkte misbrug af selvejende institutioners midler. Det vil måske også være rigtigst at stille sig tilfreds med en regulering af denne type, så vist som enhver lovgivning, der gennem detaljerede regler forsøger at forhindre misbrug foretaget af de – få

– uhæderlige, betales med indskrænkninger i de manges handlefrihed. Der kan dog være grund til at omtale nogle af de forbedrede muligheder for at skabe et surrogat for den manglende ejerindflydelse, som en mere detaljeret lovgivning vedrørende ledelsens forhold frembyder.

#### *4.2. Aldersgrænse for bestyrelsesmedlemmer, pligt til udtræden af bestyrelsen, afsættelse af bestyrelsesmedlemmer*

Der må altid stilles betydelige krav til den, der skal forvalte andres midler, specielt når ejeren ikke selv kan kontrollere forvaltningen, eller der ikke er nogen ejer.

Der bør næppe gælde nogen absolut aldersgrænse – på 70 år – for bestyrelsesmedlemmer i en selvejende institution. I mange tilfælde vil personer over denne alder kunne gøre en værdifuld indsats som bestyrelsesmedlemmer, specielt måske i kapitalforvaltende fonde. Det vil dog nok være hensigtsmæssigt at udforme en eventuel lovregel om spørgsmålet, så der lægges op til, at man udtræder af bestyrelsen for en selvejende institution, når man fylder 70 år – eventuelt således, at det offentlige som tilsynsmyndighed kan dispensere fra 70 års grænsen. Problemet er typisk mere ømtåleligt i selvejende institutioner end i aktieselskaber og anpartsselskaber, hvor bestyrelsen vælges – og genvælges – af den mere ”upersonlige” generalforsamling.

Et bestyrelsesmedlem i en selvejende institution bør næppe have mulighed for at fortsætte, såfremt han er under konkurs.

Der bør tillægges det offentlige som tilsynsmyndighed kompetence til – under domstolenes kontrol – at afsætte et bestyrelsesmedlem i en selvejende institution, såfremt han gør sig skyldig i en handling, som medfører, at han er uværdig til fortsat at beklæde sit hverv. På samme måde bør der gives tilsynsmyndigheden adgang til at afsætte en person, som på grund af alder eller længerevarende sygdom har vist sig ude af stand til at beklæde hvervet – eller som i øvrigt har vist sig åbenbart uegnet. Det er også for så vidt angår de netop omtalte regler afgørende, at selvejende institutioner ikke har nogen generalforsamling.

Indfører man regler af den ovenfor i afsnit 4.2 nævnte karakter, vil det være nærliggende, at udpegelsen af et nyt bestyrelsesmedlem – hvilken typisk vil blive foretaget af den øvrigt fondsbestyrelse – skal forelægges tilsynsmyndigheden med henblik på, at denne kan påse, at vedkommende designerede bestyrelsesmedlem opfylder betingelserne for at beklæde hver-

vet. Det nye bestyrelsesmedlem skal altså ikke *godkendes* af tilsynsmyndigheden (medmindre fundatsen skulle stille krav herom).

#### 4.3. Kan stifteren og ham nærtstående være bestyrelsesmedlemmer i en selvejende institution?

Som nævnt ovenfor i hovedafsnit 1, foreligger der kun en selvejende institution, såfremt institutionens formue uigenkaldeligt er udskilt fra stifterens formue. Det er ikke nogen fjernliggende følge heraf præceptivt at bestemme i en lov om selvejende institutioner, at stifteren og visse med ham nært beslægtede personer ikke kan udgøre bestyrelsens *flertal* (specielt ikke hvis man vil forbyde eller begrænse adgangen til at oprette familiefonds) – men for det første kan en regel af dette indhold forekomme unødigt hård i relation til selvejende institutioner med et almennyttigt formål, og for det andet fører en sådan regel let med sig, at selvejende institutioner bliver oprettet af aktieselskaber eller anpartsselskaber, hvorover den eller de personer, der i realiteten stifter den selvejende institution, har en bestemmende indflydelse. Ingen af de to indvendinger mod den skitserede regel vedrørende bestyrelsens flertal synes uovervindelige, *dels* fordi man for så vidt angår det førstnævnte problem arbejder med begrebet ”almennyttig” (almenvælgørende) i anden lovgivning (navnlig skattelovgivningen), *dels* fordi man må kunne hente inspiration til løsningen af det sidstnævnte problem i konkurslovgivningens regler om begrebet ”nærtstående” – men det er givet, at man her står ved en af de korsveje, hvor det måske er værd at renoncere på en detaljeret lovgivning og overlade det til domstolene gennem anvendelse af de ovenfor under afsnit 4.1 omtalte mere almindelige sanktionsregler at ramme misbrug.

#### 4.4. Vederlag m.v. til ledelsen

Det er næppe udtryk for misantropi at frygte for resultaterne af en fri adgang for bestyrelsen til at fastsætte vederlag til bestyrelsesmedlemmer, og en regel, hvorefter de samlede ydelser fra den selvejende institution til de enkelte bestyrelsesmedlemmer (løn, fri bolig, fri bil, jagtret o.s.v.) skal godkendes af tilsynsmyndigheden, forekommer derfor nærliggende. Hvis et bestyrelsesmedlem udover at varetage de overordnede ledelsesfunktioner, der er typiske for medlemskab af en bestyrelse, tillige virker som direktør,

forretningsfører, driftsleder eller lignende og derved tager del i den selvejende institutions daglige ledelse, må en principiel regel om, at vederlag til bestyrelsesmedlemmer skal godkendes af tilsynsmyndigheden, udstrækkes således, at godkendelsen refererer sig til den totale værdi af de ydelser, vedkommende modtager fra fonden – være sig som Celestin eller som Floridor. Antager man dette, behøver man ikke en – i øvrigt næppe heldig – regel om, at en direktør i en selvejende institution ikke kan være medlem af bestyrelsen, men kan nøjes med at overføre de fra aktieselskabslovgivningen kendte principper om, at en direktør ikke må være formand for bestyrelsen, og at flertallet af bestyrelsens medlemmer skal bestå af personer, der ikke er direktører i den selvejende institution.

En bestemmelse som den ovenfor skitserede om godkendelse af vederlag til bestyrelsesmedlemmer kan suppleres med en mere almindelig regel om, at der ikke kan tillægges stifteren, bestyrelsesmedlemmer, revisorer, direktører eller personer, der indtager en ledende stilling i en selvejende institution, andre ydelser end et vederlag, som ikke må overstige, hvad der må anses for sædvanligt efter hvervets art og arbejdets omfang, og at tilsvarende gælder for disse personers nærtbeslægtede. Hvis en sådan regel, der kommer til at virke som et påbud til bestyrelsen, optages i et regelsæt vedrørende *uddeling og overskudsanvendelse* (jfr. herom nedenfor i hovedafsnit 6), vil tilsynsmyndigheden, hvis øjne vagtsomt vil følge netop fondens uddeling og overskudsanvendelse, kunne give reglen et effektivt indhold – under domstolens kontrol.

Den manglende ejerindflydelse gør det mere betænkeligt, at en selvejende institution yder lån – hvormed må ligestilles at stille sikkerhed for lån – til sine bestyrelsesmedlemmer eller direktører eller til personer, der indtager en ledende stilling i institutionen, end at et aktieselskab/anpartsselskab yder lån til bestyrelsesmedlemmer eller direktører. Det må derfor være nærliggende at overveje en lovregel om, at aftaler om sådanne lån er ugyldige. Der kan næppe være tvivl om, at dette resultat er det rigtige i hvert fald for så vidt angår lån til den selvejende institutions stifter (på linie med lån til fondens revisor), og det bør grundigt overvejes, om man vil åbne mulighed for, at en selvejende institution med tilsynsmyndighedens samtykke kan yde lån til et bestyrelsesmedlem eller en direktør eller disse personers nærtbeslægtede. Beslutter man sig for en sådan dispensationsmulighed, og får et medlem af bestyrelsen eller en direktør et lån på gunstige vilkår, vil det gunstige moment i disse vilkår være en del af det samlede vederlag, der er undergivet de ovenfor i afsnit 4.4 omtalte regler.

#### 4.5. Skal det offentlige have repræsentanter i ledelsen?

Kapitalforvaltende fonds har ikke en organisation, som gør problemet om medarbejderrepræsentanter i bestyrelsen aktuelt, og for så vidt angår de erhvervsdrivende fonde er formentlig alle enige om, at de fra aktieselskabslovgivningen kendte regler skal tilpasses og overføres til de selvejende institutioner.

Det er et langt vanskeligere problem, om der skal være repræsentanter udpeget af det offentlige i de selvejende institutioners bestyrelser. Problemet er i høj grad af politisk karakter, og mistilliden er betydelig – hos alle berørte parter.

I betragtning af emnet for nærværende indlæg er der først og fremmest grund til at påpege, at den manglende ejerindflydelse i selvejende institutioner – dette, at der ikke direkte er nogen ejer, som kontrollerer ledelsen – principielt ikke kan kompenseres ved, at det offentlige udpeger en eller flere repræsentanter til bestyrelsen. Et bestyrelsesmedlem – også et bestyrelsesmedlem udpeget af det offentlige – bliver uundgåeligt involveret i det forretningsmæssige ansvar, specielt naturligvis i erhvervsdrivende fonde. Han bliver ikke en vogter – men en af dem, der skal vogtes på. Som tilsynsmyndighed må det offentlige ikke engageres på tilsvarende vis i det forretningsmæssige ansvar; det er uforeneligt med rollen som tilsyn. Sagt på en anden måde: Det offentliges kontrol med selvejende institutioner sker i egenskab af tilsynsmyndighed, og et eventuelt bestyrelsesmedlem udpeget af det offentlige vil ikke (kunne) sidde i en selvejende institutions ledelse som tilsynets forlængede arm.

Det kan ikke afvises, at tilstedeværelsen af et bestyrelsesmedlem udpeget af det offentlige kan have en præventiv effekt på de øvrige bestyrelsesmedlemmer, om disse måtte have intentioner om at træffe beslutninger, hvorved den selvejende institutions interesser vanrøgtes. Som det vil være fremgået af det ovenfor anførte, er det dog meget vanskeligt at begrunde et ønske om offentlige repræsentanter i selvejende institutioners bestyrelse med en henvisning til problemet med den manglende ejerindflydelse. Skal det offentlige være repræsenteret i bestyrelsen – i de større selvejende institutioner – må det vel snarere være begrundet i en idé om ad denne vej at kunne skabe koordination mellem på den ene side en ønsket generel udvikling på et felt, f. eks. indenfor forskning, og på den anden side de bidrag, som en given fond i henhold til sit formål yder til forskning på det samme område. Det er dog nok et stort spørgsmål, om ikke sådanne mål bedre nås ved, at det offentlige får adgang til at udpege en sagkyndig observatør til fonde med formål af

almennyttig karakter – eventuelt således, at den sagkyndige observatør kan udpeges ad hoc. Med en observatørstatus af denne art kan det offentlige repræsentant udmærket øve indflydelse på, hvem der kommer til at nyde godt af den selvejende institutions overskud, men han bliver ikke involveret i de forretningsmæssige beslutninger og det forretningsmæssige ansvar.

## 5. Årsregnskab og revision

Generalforsamlingen i et aktieselskab har ikke mange obligatoriske opgaver, men den har i alt fald én – at træffe afgørelse om godkendelse af årsregnskabet. Den manglende ejerindflydelse i selvejende institutioner manifesterer sig bl. a. ved, at der ikke afholdes nogen generalforsamling, og det må derfor være klart, at reglerne om årsregnskab og revision ikke kan være lempeligere for erhvervsdrivende selvejende institutioner end for aktieselskaber. Problemet er, på hvilke punkter kravene bør skærpes i forhold til aktieselskabslovgivningen (herunder regnskabslovgivningen vedrørende aktieselskaber).

Det vil navnlig være nærliggende at substituere generalforsamlingens ret ifølge aktieselskabsloven til at stille krav til revisor vedrørende revisionen med en ret for det offentlige til som registreringsmyndighed og tilsynsmyndighed vedrørende fonde at fastsætte generelle forskrifter om revisionens gennemførelse i den enkelte selvejende institution. Derudover bør det overvejes at give registreringsmyndigheden og tilsynsmyndigheden beføjelse til at pålægge revisor at give oplysninger om den selvejende institutions forhold. Fondens bestyrelse skal selvsagt underrettes om indholdet af en således hos revisor rekvireret udtalelse, og den bør ikke uden videre være offentligt tilgængelig, således som erhvervsdrivende selvejende institutioners regnskaber og revisionsberetninger i øvrigt i princippet bør være det.

For så vidt angår kapitalforvaltende selvejende institutioner er behovet for en indgående lovregulering vedrørende årsregnskab og revision mindre end ved erhvervsdrivende fonde, men problemet med den manglende ejerindflydelse – den manglende generalforsamling – er principielt det samme. Også for de kapitalforvaltende selvejende institutioner må det være udgangspunktet, at årsregnskabet er offentligt tilgængeligt, og den ovenfor omtalte regel om, at revisor skal efterkomme de krav vedrørende revisionen, som måtte blive stillet af det offentlige som tilsynsmyndighed, bør også gælde for disse fonde.

## 6. Uddeling og overskudsanvendelse

Flere af de ovenfor i hovedafsnittene 1–5 omtalte regler har til hensigt at sikre, at de selvejende institutioners overskud bliver så stort som muligt. Hvis en selvejende institutions årsregnskab udviser et overskud, hvis dette overskud ikke opsluges af udækkede underskud fra tidligere år, og hvis fonden har et formål "uden for sig selv" – altså ikke blot det formål at drive (erhvervs)virksomhed – opstår problemet med at sikre, at der *bliver* foretaget uddeling af overskuddet med tillæg af overførte beløb fra tidligere år til de formål, der er fastsat i fundatsen. Der er ingen ejere, der selv kan kræve deres andel af overskuddet udbetalt – bag formålsangivelsen i fondens fundats skimtes en række institutioner og personer, der mere eller mindre klart kan være kandidater/favoritter til at få del i det pågældende års uddeling fra fonden, men typisk vil ingen af dem have noget retskrav, som kan indtales ved domstolene.

Det er klart, at der udover hensynet til de formål, der er angivet i den selvejende institutions fundats, er et hensyn til fonden selv, som kan have behov for konsolidering gennem henlæggelser, og at det som udgangspunkt er fondsbestyrelsens opgave at foretage denne afvejelse mellem uddeling og henlæggelse. Den selvejende institutions fundats *kan* foreskrive henlæggelsernes størrelse, men typisk stilles der i fundatsen kun krav om en vis mindstekonsolidering, og under alle omstændigheder må bestyrelsen – eventuelt gennem permutation – have adgang til at foretage rimelige henlæggelser. Problemet om den rette afvejelse mellem uddeling og henlæggelse *kan* i praksis forekomme på den måde, at bestyrelsen i en fond – specielt en erhvervsdrivende fond – foretager utilstrækkelige henlæggelser, hvilket bør løses ved, at det offentlige som registreringsmyndighed og tilsynsmyndighed foreskriver, at der foretages større henlæggelser. Oftest er problemet imidlertid det modsatte – at uddelingen til fondens formål bliver så beskeden, at misforholdet til institutionens midler (den løbende indtjening såvel som formuen) springer i øjnene. Med henblik på disse situationer bør der tillægges tilsynsmyndigheden kompetence til at henstille til en selvejende institutions bestyrelse at føre en mere ekspansiv uddelingspolitik, og således at tilsynsmyndigheden om nødvendigt kan bevæge sig fra en henstilling til en optagelse af forhandlinger og videre til et pålæg – det sidstnævnte kun såfremt bestyrelsens uddelingspolitik indebærer fare for en krænkelse af den selvejende institutions fundats, og alt under betoning af at kompetencen til at fastsætte uddeling principielt tilkommer fondens bestyrelse.

## 7. Tilsyn

Det offentliges rolle som tilsynsmyndighed er fremhævet gang på gang i de foregående hovedafsnit, og det skulle være fremgået heraf, at problemet med den manglende ejerindflydelse i selvejende institutioner næppe lader sig løse tilfredsstillende, medmindre det offentlige etablerer sig som tilsynsmyndighed – med den hovedopgave at overvåge, at lovgivningen og den enkelte selvejende institutions fundats overholdes.

De kapitalforvaltende selvejende institutioner synes derudover at kunne bære en regel om, at en fondsbestyrelse ikke uden tilsynsmyndighedens – forudgående – samtykke må medvirke til dispositioner, der efter den selvejende institutions forhold er af indgribende betydning med henblik på fundatsens overholdelse. En sådan regel kan erhvervsdrivende fonds måske ikke leve med, men for så vidt angår disse selvejende institutioner kan man overveje at overføre det fra aktieselskabslovgivningen kendte begreb *granskning*, således at tilsynsmyndigheden kan iværksætte granskning af nærmere angivne forhold vedrørende fonden, herunder dens forvaltning og regnskaber. Antallet af iværksatte granskninger vedrørende aktieselskaber og anpartsselskaber har hidtil været meget beskedent, men *dels* kan det ikke afvises, at granskningsinstituttets blotte eksistens har en præventiv effekt, og *dels* er ledelsens muligheder for misbrug større i selvejende institutioner end i aktieselskaber – netop på grund af den manglende ejerindflydelse i fondene.

Spørgsmålet om den nærmere organisation af tilsynsmyndigheden – et tilsyn udøvet af fagministerier eller af ét ministerium eller af et særligt (nyoprettet) fondstilsyn; et tilsyn udøvet centralt eller decentralt. o. s. v. ... – skal ikke drøftes i nærværende indlæg.

## 8. Afslutning

Det er en selvfølge, at problemet med den manglende ejerindflydelse i selvejende institutioner, eksemplificeret ved den manglende generalforsamling, ikke kan legitimere indførelse af en hvilken som helst tilsyns- og kontrolregel i en lovgivning om selvejende institutioner, herunder om erhvervsdrivende fonde – man må passe på ikke at udvikle et generalforsamlingssyndrom.

Der er imidlertid ikke tvivl om, at den manglende ejerindflydelse i selvejende institutioner bevirker, at man ikke blot kan overføre eksempelvis aktieselskabslovgivningens regler til en lovgivning vedrørende fonde. De



foregående bemærkninger i nærværende indlæg skulle gerne have vist, at der er mange strenge at spille på for den, der med lovgivningsinstrumentet i hånden vil forsøge at løse problemet med den manglende ejerindflydelse i de selvejende institutioner.

Det 29:e nordiska juristmötet  
Stockholm den 19–21 augusti 1981

Väinö Riihelä

Allemansrätten –  
skydd och begränsningar

## Allemansrätten – skydd och begränsningar

Av justitierådet VÄINÖ RIIHELÄ

### *Allmänt*

Allemansrätten, som man även kan kalla rätten till allmännyttjande av naturen, är såsom den behandlas i detta referat ett för de nordiska länderna typiskt rättsbegrepp. Den grundar sig på urgammal landssed och har i tiderna uppstått och utvecklats under förhållanden som i många avseenden skiljt sig från nutidens. Som en naturlig följd av forna tiders utvecklade och bristfälliga vägnät uppstod sålunda ett vidsträckt och för det dagliga livet nödvändigt behov av att färdas på annans mark. Eftersom förhållandena i dag är helt andra, kan man numera inte med stöd enbart av den gamla landsseden – som dessutom kan växla från ort till ort – klarlägga allemansrättens i många fall obestämda innehåll.

Nu för tiden hänför sig allemansrätten framför allt till friluftslivet, vars betydelse stadigt ökar. Av de faktorer som inverkar på denna utveckling kan särskilt nämnas den allmänna ökningen av levnadsstandarden, flyttningsrörelsen från landsbygden till städerna, övergången till femdagars arbetsvecka, förlängningen av semestrarna samt bilbeståndets kraftiga tillväxt. I och med att friluftslivet blir allt viktigare ökar även allemansrättens betydelse. Eftersom problemen betr. allemansrätten åtminstone i Finland, och enligt vad jag tror även i de övriga nordiska länderna, särskilt anknyter till användningen av markområden, ämnar jag i detta referat koncentrera mig på ifrågakavande rätt endast till den del den berör markområden, stränderna medräknade. Allmännyttjandet av vattenområden utgör visserligen en viktig del av allemansrätten. I Finland innehåller 1961 års vattenlag tämligen detaljerade stadganden angående allmännyttjande av vattenområden, stadganden som i praktiken visat sig vara bra. Även med tanke på framtiden utgör de en god grund för den alltjämt växande fritidsanvändningen av vattenområdena. I Finland har, på tal om allmännyttjandet av vattenområdena, under senaste tid den livligaste diskussionen gällt den till fiskerilagstiftningen hörande frågan om rätten till pimpelfiske (i Finland pilkfiske).

Man kan säga, att allemansrätten förekommer i två olika former. Den kan å ena sidan hänföras till allmänna mark- och vattenområden och allmänningar, som är i samhällets ägo och sedan gammalt tjänat allmännyttjande, samt å andra sidan till områden som är i privat ägo. Då man talar om allemansrätt avses i allmänhet de sistnämnda områdena, som även

detta referat främst skall behandla.

I den mån det är fråga om markområden kan man, trots de många oklarheterna i innehållet, definiera allemansrätten såsom en begränsad rätt för envar att närmast till fots och på skidor beträda annans ägor, att där samla vissa naturprodukter samt att en kortare tid uppehålla sig på ägorna. Utnyttjandet av denna rätt förutsätter i princip inte tillstånd av markägaren eller någon annan med bestämmanderätt över ägorna. Däremot är det en ovillkorlig förutsättning, att markägaren eller andra på fastigheten boende ej förorsakas nämndvärd skada, men eller olägenhet. Dessutom bör man se till att man inte skadar naturen eller stör andra, t.ex. dem som med stöd av allemansrätten rör sig eller vistas på området. Vid bestämmandet av innehållet i allemansrätten blir man tvungen att ställa dels allmänhetens och dels markägarens och naturvårdens intressen mot varandra. På senare tid synes naturskyddet ha betonats särskilt i detta sammanhang.

#### *Översikt över gällande rätt*

Även om avsikten nu inte är att i detalj redogöra för de lagstadganden som hänför sig till allemansrätten eller för det rådande rättsläget i de nordiska länderna, torde en översikt över relevanta fakta dock vara på sin plats här. Detta gäller inte minst därför, att såväl natur- som bosättningsförhållandena i de nordiska länderna i vissa avseenden skiljer sig från varandra. Detta återspeglas även i lagstiftningen.

I *Danmark* är rätten till vandring och tillfällig vistelse på annans ägor – beroende på landets befolkningstäthet och ringa storlek, den intensiva odlingen ävensom andra omständigheter – betydligt mera begränsad än i de övriga nordiska länderna. Att röra sig och vistas på annans mark är enligt 1969 års lag om fridlysning av naturen möjligt på stränder, i skogar och på områden som ej tagits i bruk för odling. Betr. dessa olika typer av områden har man uppställt detaljerade, från varandra avvikande regler. För *strandområdenas* vidkommande gäller att envar har fritt tillträde till fots, för kortvarig vistelse och för bad, under förutsättning att områdena inte är täckta av en enhetlig gräsmatta eller annan enhetlig växtlighet. På privatägt strandområde får man dock inte bada eller vistas närmare än 50 meter från bostadshus. Även betr. *skogsområdena* görs en åtskillnad med hänsyn till äganderättsförhållandena. I statens, kommunens och andra offentliga samfunds skogar, till vilka allmän väg eller stig leder, har envar rätt att färdas till fots och vistas under förutsättning att man inte kränker allmänt intresse. På privatägda skogsområden är rätten till fotvandring och vistelse mycket mera begränsad. Den första förutsättningen är, att området areal är minst 5

hektar. På ett sådant område får man röra sig endast under dagtid mellan solens upp- och nedgång samt endast längs vägar och ej närmare än 50 meter från närmaste boningshus. På *icke odlade områden*, till vilka en allmän väg eller stig leder eller till vilka man på annat lagligt sätt kan komma, får man röra sig fritt till fots och vistas en kort tid i lovliga avsikter. På privatägda områden av detta slag får man dock röra sig endast under dagtid och ej närmare än 150 meter från boningshus. Rätten till kortvarig vistelse innefattar inte rätt att tälta.

På *Island* finns regler beträffande allmänhetens vistelse på annans mark i 1971 års naturvårdslag. Vandring till fots är tillåten på områden, där marken ej tagits i bruk för odling och ej är inhägnad. En förutsättning är dock, att man inte stör boskap eller orsakar men för jordägaren. För vandring på privatägt odlat eller inhägnat område krävs alltid ägarens tillstånd. Skaderisken är härvid utan betydelse. Genom att inhägna sin fastighet kan ägaren alltså hindra utomstående att röra sig där. Där vandring är tillåten får man även vistas och i rekreationssyfte tälta. Betr. vistelsens längd finns inga normer. Till den isländska naturvårdslagen ansluter sig betecendnormer för allmän vistelse i naturen och skyddande av miljön.

I Nordens ledande friluftsland *Norge* har en tämligen stor rörelsefrihet sedan gammalt grundat sig på sedvanerätt. År 1957 antogs dock en särskild lag om friluftsliv, som innehåller bestämmelser angående vandring och tillfällig vistelse samt beteende på annans mark.

Betr. rörelse- och vistelserätten skiljer den norska friluftslagen mellan inmarken och utmarken. Till inmarken räknas gårdsplan, tomt, odlad jord, betesmark, skogsodlingsområden och andra sådana områden, där vistelse kan vålla ägaren eller annan innehavare av området otillbörlig olägenhet eller men. Andra områden än inmarker är utmarker.

På utmarkerna får var och en röra sig året om till fots eller på skidor, förutsatt att det sker med takt och med iakttagande av vederbörlig försiktighet. På inmarkerna får man däremot röra sig till fots endast då marken är frusen eller täckt av snö, dock ej mellan 30 april och 14 oktober. Även sådan vandring är emellertid förbjuden på gårdsplan och tomt, i inhägnad betesmark och park samt på annat, för något speciellt ändamål inhägnat område.

På inmarkerna får man inte vistas ens tillfälligt eller t.ex. tälta eller bada annat än med markägarens tillstånd. På utmarkerna är detta däremot tillåtet, förutsatt att man inte vållar otillbörlig olägenhet eller men för markägaren eller andra. Tältning och annan tillfällig vistelse är dock förbjuden på platser, där man kan orsaka skada på ungskog eller plantbestånd. Ej heller får man tälta så nära bebodda hus, att invånarnas hemfrid blir störd

och aldrig närmare än 150 meter. Tältning får inte utan markägarens eller markinnehavarens tillstånd pågå längre än två dygn, om det inte är frågan om fjällområde.

Norges friluftslag innehåller ytterligare några från allemansrättens synpunkt intressanta stadganden. Sålunda är det förbjudet för markägaren eller markinnehavaren att genom inhägnad eller på annat sätt försvåra tillåten vandring i annat fall än då hans berättigade intressen kräver det och hans åtgärd inte vållar otillbörligt men för allmänhetens rörelsefrihet. Vidare är det förbjudet att uppsätta skyltar med förbud mot vandring eller bad i enlighet med friluftslagen. För brott mot dessa bestämmelser kan straff ådömas. Å andra sidan har man till markägarens skydd bestämt, att han av myndighet kan få tillstånd att helt eller delvis avstänga ett område som i särskilt hög grad blir lidande av att friluftsliv idkas där. För sådant tillstånd krävs dock, att friluftslivet vållar betydande skada på området eller väsentligt hindrar dess användning för sitt egentliga ändamål. Ägaren kan även kräva att vederbörande kommun löser in området, om detta i särskilt hög grad används för friluftsliv.

Ytterligare föreskrivs i den norska friluftslagen att den som rör sig på annans mark bör uppträda finkänsligt och försiktigt så att inte ägaren eller annan vållas skada eller men. Överträdelse kan medföra straff. Vidare har ägaren rätt att, utan användande av våld, från sitt område avlägsna den som ej efterlever dessa bestämmelser. Den skada och det men, som någon har förorsakat vid vandring eller vistelse på annans mark, bör ersättas i enlighet med de allmänna skadeståndsnormerna.

För *Sveriges* vidkommande kan till en början konstateras att frågan om allmänhetens rättigheter på annans mark, i motsats till vad som gäller i Danmark, Island och Norge, inte regleras i särskild lag. I Sverige torde allemansrätten ha utvecklats till att vara mera omfattande än i de övriga nordiska länderna. Den grundar sig närmast på sedvanerätt, men vid utredningen av allemansrättens innehåll och gränser har även några stadganden i 1964 års naturvårdslag samt vissa stadganden i brottsbalken en avgörande betydelse.

Då naturvårdslagen ändrades år 1974 utökades den med en föreskrift, enligt vilken naturen är tillgänglig för alla enligt allemansrätten. Detta torde i den nordiska lagstiftningen vara det enda stadgande, där begreppet allemansrätt förekommer. Den närmare betydelsen av detta begrepp lämnades dock oklar. Härvid framhölls bl.a., att en närmare lagfäst precisering av allemansrätten skulle kunna leda till många svårlösta tvister. I enlighet med detta har man också ansett att den ifrågavarande regeln i naturvårdslagen,

även om man med den har velat poängtera allmänhetens röreslefrihet i naturen, dock inte har självständig betydelse vid tolkningen av innehållet i allemansrätten. Detta har alltså i princip, oberoende av nämnda stadgande, förblivit likadant som tidigare.

En lagregel av central betydelse för allemansrätten i Sverige är brottsbalkens bestämmelse om bötesstraff för den, som tar olovlig väg över tomt eller plantering eller över annan äga som kan skadas därav. Med hjälp av denna bestämmelse och reglerna om hemfridsbrott avgörs i vilken utsträckning det är tillåtet att röra sig till fots på annans äga. Vid prövning härav måste man ofta ta ståndpunkt till frågan om begreppet tomt och dess räckvidd. Härvid har det avgörande ansetts vara ägarens rimliga anspråk på hemfrid, varvid terrängförhållandena ofta blir utslagsgivande. Cykling och skidåkning tillåts i regel på samma ställen som gångtrafik.

Tillfällig vistelse på annans mark, t.ex. för rast eller bad, anses i Sverige vara tillåten på samma ställen som gångtrafik. När det gäller tältning fäster man vikt vid den olägenhet, som markägaren vållas. Om tältaren håller till i ett skogsområde långt från bosättning, torde han kunna stanna under flera dygn utan att markägaren kan vidtaga rättsliga åtgärder mot honom. Om tältaren däremot slår sig ner i omedelbar närhet av ett område som kan betraktas som tomt, kan det ifrågasättas om han har rätt att vistas på platsen ens en enda natt. Antalet tältare inverkar naturligtvis också på saken. Överhuvudtaget torde man anse att rättsläget betr. tältning i Sverige är tämligen oklart.

Det rättsliga skyddet för utövande av allemansrätten är även i Sverige begränsat. Närmast baserar det sig på vissa stadganden i naturvårdslagen. Då stränderna i allmänhet utgör de värdefullaste områdena för utövande av friluftsliv, och då allemansrätten begränsas särskilt av byggnadsverksamheten, har strandskydd förordnats att råda vid havet samt vid insjöar och vattendrag. Strandskyddsområdet har i allmänhet ett djup av 100 meter, räknat från strandlinjen vid medelvattenstånd. Det kan dock förordnas att område som saknar betydelse för bad och friluftsliv inte skall omfattas av strandskyddet. Detta skydd gäller normalt även på planlagt område. Innebörden av att ett område ligger under strandskydd är att byggnadsverksamhet för bostadsändamål får äga rum endast efter tillstånd av länsstyrelsen. På detta sätt kan byggnadsverksamheten regleras till förmån för allemansrätten. Strandskyddet avser även förbud mot uppförande av anläggning eller anordning, varigenom mark tas i anspråk som tomt eller allmänheten på annat sätt hindras eller avhålls från att beträda mark, där den annars skulle ha haft rätt att färdas och vistas fritt.

Förutom av strandskyddet består det rättsliga skyddet för allemansrätten väsentligen i reglerna om s.k. stängselgenombrott. När ett stängsel hindrar eller försvårar tillträde till mark där allmänheten äger rätt att färdas fritt, kan markägaren av länsstyrelsen föreläggas att på det allmännas bekostnad ordna grind eller annan genomgång till området. En förutsättning är att området har betydelse för friluftslivet. Är stängslet uppsatt i rent chikansyfte kan markägaren föreläggas att ta bort det. Vad nu har sagts om stängsel gäller också betr. dike.

Enligt den svenska naturvårdslagen är det också möjligt att ingripa mot privata förbudsskyltar. Det krävs numera byggnadsnämndens tillstånd för att ha uppsatt en skylt varigenom allmänheten avvisas från ett visst område. Tillstånd fordras dock inte om det är uppenbart att allmänheten är utestängd från området, t.ex. om detta utgörs av tomtmark eller plantering, eller om skylten eljest är behörig. Byggnadsnämnden kan förelägga den, som är ansvarig för att en obehörig skylt uppsatts, att ta bort skylten.

Vad sedan angår *Finland*, kan man till en början konstatera att regleringen av allemansrätten där närmast motsvarar läget i Sverige. I finländsk juridisk litteratur har visserligen även framförts den åsikten att det inte finns någon allmän rätt att beträda annans mark och att jordägaren kan förbjuda beträdande, om hans faktiska intresse fordrar det, ett förbud som det dock i brist på straffsanktion är svårt att göra effektivt. Denna åsikt motsvarar likväl inte gällande praxis.

Inte heller i Finland är frågan om allmänhetens rättigheter på annans mark närmare reglerad i lag. Vid förberedandet av 1973 års lag om friluftsliv föreslogs, att däri skulle tas med detaljerade bestämmelser bl.a. om hur man till fots, på skidor och med cykel får färdas på annans mark, på vilka villkor och för hur lång tid man tillfälligt får slå läger på annans skogsområde samt under vilka förutsättningar markägaren eller markinnehavaren får förbjuda eller begränsa vandring eller tältning. Riksdagen godkände dock inte dessa regler om allemansrätten och de utelämnades ur lagen om friluftsliv, som innehåller föreskrifter om friluftsleder, statens strövområden och campingområden. När lagen antogs godkände riksdagen dock en kläm i vilken det konstateras att allemansrätten bevaras i Finland i den utformning, som den fått genom allmänt godkänd landssed och särskilda lagstaddanden, även om de inte medtagits i friluftslivslagens föreskrifter. Samtidigt förutsatte riksdagen, att regeringen sörjer för att möjligheterna att utnyttja naturen för fritidsbruk med stöd av allemansrätten bevaras och garanteras.

Även i Finland anser man, på samma sätt som i Sverige, att allmänheten fritt får färdas till fots och på skidor eller annat därmed jämförbart sätt på



annans äga, såframt markägarens eller markinnehavarens hemfrid ej nämnvärt störs och denne inte förorsakas nämnvärd ekonomisk skada. Denna rätt härleds närmast ur strafflagens stadgande om bötesstraff för den som tar "olovlig väg eller gångstig över annans tomt eller över annans åker, äng eller plantering, som därav kan skadas". Med tomt torde man på allemansrättens område avse ungefär samma begrepp som i Sverige.

Då man i Finland har granskat frågan om tillfällig vistelse på annans mark, har man på samma sätt som i Sverige fäst uppmärksamheten vid de föreskrifter i strafflagen som rör besittningstagande av främmande mark, men med hjälp av dem har frågan inte kunnat klarläggas. Dock anser man att sådan vistelse är tillåten med stöd av sedvanerätt, när den inte vållar markägaren eller annan skada eller betydande men eller olägenhet. Man har även ansett att denna princip skall gälla tältningen, för vars vidkommande dock särskilt bör observeras att förhållandena varierar betydligt i olika delar av landet. Det torde därför inte vara ändamålsenligt att i Finland bestämma något exakt meteravstånd till bosättning, inom vilket tältning aldrig skulle vara tillåten, även om stadganden om tältning skulle tas in i lag. På samma grunder kan man säga att den tillåtna tiden för tältning varierar i olika delar av Finland. Då femdagarsveckan numera är en realitet är det, i synnerhet i huvudstadsregionen men även i omgivningarna kring de övriga städerna i södra Finland, motiverat med en maximitid av två dygn, motsvarande ett veckoslut. I det första förslaget till lag om friluftsliv föreslogs detta som en allmänt gällande tidsgräns för tältning i hela landet. Om det däremot är fråga om tältning på något glesbebyggt område t.ex. i östra Finland eller Nordkarelen eller speciellt i Kajaland, Nordbotten eller Lappland, torde man inte kunna uppställa en ovillkorlig maximitid. En viktig omständighet när det gäller att bedöma rätten till tältning är även i Finland den skada och det men, som åsamkas marken och växtligheten. Tältningstiden är även i detta avseende av betydelse.

I finsk lag finns inte några stadganden som motsvarar den i Sveriges naturvårdslag intagna allmänna hänvisningen till allemansrätten och uppmaningen till alla att visa hänsyn och varsamhet i sitt umgänge med naturen. Dessa principer är dock i kraft även i Finland med stöd av sedvanerätt. En lagstiftning motsvarande föreskrifterna om strandskydd och stängselgenombrott i den svenska naturvårdslagen finns inte heller i Finland. I Finlands byggnadslag finns visserligen stadganden om strandplan, men syftet med dem är inte att skydda allemansrätten på strandområdena utan att på ett ändamålsenligt sätt styra användningen av stränderna, huvudsakligen med tanke på regleringen av fritidsbebyggelsen.

Finland saknar också lagstiftning om uppsättande av förbudsskyltar. Betr. dessa skyltar kan man från finsk synpunkt konstatera att förbudsskyltar — t.ex. "Privatområde — obehörig vistelse förbjuden" — som placerats utanför hemregionen långt från bebyggelse eller andra områden som tagits i specialanvändning inte torde ha någon betydelse. I dessa fall föreligger inte något skyddsvärt intresse av att hindra oskadlig vandring och vistelse. Om vandrigen eller vistelsen däremot sker på område, där markägaren eller markinnehavaren förorsakas skada, men eller olägenhet, har denne rätt att sätta upp en förbudsskylt för att hindra ifrågavarande förhavande. I ett sådant fall är det också möjligt att avvärja vandring och vistelse genom att inhägna ifrågavarande område. Man bör dock vara återhållsam när det gäller att sätta upp förbudsskyltar på områden som är avlägsna och befinner sig i naturtillstånd. För Finlands del kan man särskilt konstatera, att en omotiverad uppsättning av förbudsskyltar vållar betydande ovisshet och förvirring bland allmänheten, samtidigt som trovärdigheten och effekten av de sakligt motiverade förbudsskyltarna försvagas. Om det i Finland skulle anses nödvändigt att på något sätt genom lagstiftning justera allemansrätten, borde en av de allra viktigaste frågorna vara att reglera användningen av förbudsskyltar.

Rätten att på annans mark insamla vissa naturprodukter utgör en väsentlig del av allemansrätten. I Danmark anses en måttlig bärplockning utan kommersiellt syfte vara tillåten, och enligt isländsk rätt får man plocka bär för omedelbar förtäring på annans privata mark, om den inte är odlad. I den norska strafflagen finns en föreskrift, enligt vilken det inte är straffbart att på oinhägnat område plocka vilda blommor, bär och svampar. Uppenbarligen gäller denna plockningsrätt även på alla utmarker. I Sverige och Finland har man i lag räknat upp de naturprodukter som det är straffbart att ta från annans mark. Eftersom denna uppräknning inte nämner vilda blommor, bär eller svampar, anses plockandet av dem lovligt där allemansrätten gäller. Från denna huvudregel torde man åtminstone för Finlands del göra ett par undantag. Om det på någon lägenhet i närheten av tomtområdet finns ett gott bärställe som ägaren genom ett uttryckligt meddelande har reserverat för eget bruk, och detta är allmänt känt på orten, har andra inte rätt att där plocka bär. Vidare torde man anse att allemansrätten ej utsträcker sig till plockning av synnerligen sällsynta bär. Till dessa torde åtminstone åkerbäret höra.

Allemansrätten till markområden anses tillkomma även utlänningar. I den svenska naturvårdslagen sägs ju, att naturen "är tillgänglig för alla enligt allemansrätten". I Finland har man visserligen även framlört åsikten

att allemansrätten skulle tillkomma endast det egna landets medborgare, men detta torde inte motsvara gällande praxis. Man har också fört fram förslag om en begränsning av utlänningars rörelsefrihet, t.ex. i samband med tältning, men bl.a. företrädare för turistnäringen har påpekat att man numera, i motsats till i början av 1970-talet, inte anser utländska turister utgöra ett hot mot Finlands natur. Om man i Finland skulle begränsa utlänningars rätt till fri tältning, skulle man i varje fall bli tvungen att överväga, om inte de övriga nordiska ländernas medborgare på grund av ömsesidighet borde tillerkännas en särställning.

Som redan framgått är den viktigaste skyldigheten för den som rör sig i naturen att uppträda finkänsligt och varsamt gentemot markägaren och markinnehavaren samt mot själva naturen och sålunda att avhålla sig från att förorsaka skada, men eller olägenhet. Härtill anknyter nedskräpningsförbudet, som har intagits i alla de nordiska ländernas lagstiftning. Den särskilda avsikten med det är att förhindra de miljöskador som kan vållas av det numera allt intensivare friluftslivet och av att människor samlas i stora mängder på vissa populära platser i naturen. I Danmark synes nedskräpningsförbudet, till skillnad från vad som gäller i de övriga nordiska länderna, inte beröra markägaren. Förbudet är, utom på Island, straffsanktionerat. Till förbudet är på Island, i Sverige och i Finland även knuten en uppsnyggningsskyldighet. I Sverige och Finland är det kommunen, som i sista hand ansvarar för uppsnyggningen.

#### *Några särdrag i allemansrätten*

Framställningen har hittills avsett rättsläget i de olika nordiska länderna betr. de delar av allemansrätten som åtminstone i Finland har diskuterats mest. I detta sammanhang återstår att kort redogöra för allemansrättens allmänna karaktär. Det är ju frågan om en ytterst svag rätt, som man i allmänhet kan använda endast då möjligheter därtill föreligger. Ofta kan man inte ens åberopa skriven lag som stöd för användandet av den. För allemansrätten är det särskilt betecknande, att den är sekundär i förhållande till äganderätten. Detta framgår för det första av att den kan användas endast då markägaren ej förorsakas nämnvärd skada, men eller olägenhet, ett förhållande som redan har redovisats och som i Finland utgör förutsättning även för allmännyttjande av vattenområden. Vidare gäller emellertid att allemansrätten åsidosätts, då ägarens motiverade intresse vid regleringen av hans mark så fordrar. Om någon t.ex. har ett gott lingonställe i en gles tallskog på torr mo, där han under många år har plockat sina bär, kan han inte med rättsliga åtgärder hindra markägaren från att kalhugga på platsen

så att området markvegetation förändras och lingonen försvinner därifrån. Inte heller utgår skadestånd för att lingonstället av denna orsak förlorats. Vidare kan man som exempel nämna byggnadsverksamhet för bostadsproduktion som i synnerhet i närheten av bostadscentra allra mest inskränker möjligheterna till vistelse i naturen och annat utnyttjande av allemansrätten. Om ägaren önskar använda sin mark till att bygga bostäder, kan detta inte hindras med hänvisning till allemansrätten. I Sverige gäller detta dock inte på strandskyddsområden enligt naturvårdslagen. Enbart den omständigheten, att ett område är planlagt för byggnadsverksamhet, utgör inte i och för sig hinder för utnyttjande av allemansrätten. Byggandet av hus och gator m.m. utgör däremot ett sådant hinder. Å andra sidan kan man inte med planläggning utvidga allemansrätten, men däremot medverka till att allmänheten styrs till områden, som man ansett lämpliga för friluftsliv. För detta redogörs senare.

Ett särdrag av väsentlig betydelse för allemansrätten som jag särskilt vill betona är att de förhållanden under vilka den utnyttjas kan variera betydligt även i olika delar av varje land. Härav följer, att innehållet i allemansrätten inte alltid är detsamma i hela landet. För Finlands del har detta redan nämnts, vid behandlingen av rätten till tältning. I samma ämne kan som exempel även nämnas Åland med sin vidsträckt skärgård. Där anser man att tältning över natten på annans mark inte alls är tillåten och uppmanar därför till användning av särskilda campingplatser och småbåtshamnar för övernattnings. I det övriga Finland ävensom i Sverige, varifrån en betydande del av turisterna till Åland kommer, anser man däremot tältning inom vissa gränser vara tillåten, även om situationen som tidigare har framgått sannernligen inte är klar där heller.

#### *Eventuella ändringar i det rådande rättsläget, särskilt i Finland*

Då man överväger om det finns skäl att på något sätt ändra och förbättra det nuvarande rättstillståndet betr. allemansrätten i de nordiska länderna, med beaktande av allmänhetens, markägarens och naturvårdens intressen, kommer man främst att tänka på att få till stånd en internordisk lagstiftning. I Finland torde åtminstone naturskyddarna ha stött denna tanke. På grund av den livliga turismen mellan de olika nordiska länderna, i synnerhet mellan Sverige och Finland, skulle en dylik lagstiftning onekligen vara till nytta. I praktiken finns dock knappast möjligheter därtill. Detta beror framför allt på ländernas olikartade naturförhållanden. I Danmark, där allemansrätten i själva verket inte existerar i sin egentliga betydelse, är huvuddelen av marken uppodlad, medan i Sverige och Finland största delen

av marken utgöres av skog, som jämte stränderna har stor betydelse för friluftslivet. På Island saknas egentliga skogar helt. Mest likartad är naturen i Sverige och Finland.

En för Sverige och Finland aktuell fråga är, om man alls genom lagstiftning skall skrida till en noggrannare reglering av allmänhetens rätt på annans mark. Till stöd för ett nekande svar kan hävdas att man knappast genom lag kan fastställa helt klara gränser för allmänhetens och markägarens rättigheter. En följd av denna inexacthet skulle kunna bli att man efter införandet av lagen skulle anse allt det vara förbjudet, som inte uttryckligen var tillåtet enligt lagen. Sålunda skulle man i själva verket inskränka allmänhetens rörelse- och vistelsefrihet. Vidare kan göras gällande att utvecklingen på detta område, som man nu kanske kan karakterisera som smidig, på grund av en lagstiftning skulle stagnera så att förändringar kunde åstadkommas endast genom lagändringar som det kunde vara svårt att få till stånd. Oavsett sådana påståenden är jag för Finlands del av den åsikten att man för att klarlägga läget inom den närmaste framtiden bör ta itu med att till en viss grad precisera allemansrätten till markområden. Såväl allmänheten som markägarna liksom naturen själv skulle dra nytta därav. I detta sammanhang vill jag även hänvisa till de goda erfarenheterna i Finland av föreskrifterna i vattenlagen om allmännyttjandet av vattenområdena. I det följande försöker jag redogöra dels för de omständigheter som enligt min åsikt klarast medför behov av att förbättra det nuvarande läget för markområdenas del, dels för hur detta möjligen kan åstadkommas med lagstiftningsåtgärder. Samtidigt berör jag ytterligare några centrala frågor i anslutning till utövatet av allemansrätten, vilka på senare tid har diskuterats åtminstone i Sverige och Finland.

Då man överväger förhållandet mellan markägarens och friluftsfolkets inbördes rättigheter är den skada, det men eller den olägenhet som åsamkas ägaren framför allt beroende av vad för slags friluftsliv det är frågan om och i hur hög grad det bedrivs på ifrågavarande område eller plats. Om t.ex. några personer på vintern skidar i skogen eller t.o.m. på en åker, torde markägaren i praktiken inte åsamkas nämnvärd skada eller olägenhet därav. Gäller det däremot ett organiserat skidlopp med många deltagare, kan man åtminstone i vissa fall anta att detta ger upphov till negativa följder för markägaren. Ännu mer framträdande blir dessa följder när större grupper av utövare av friluftsliv under sommaren eller annars då jorden inte är frusen utan markägarens tillstånd färdas på hans område och i synnerhet om de tältar där. Naturskador på grund av en sådan fri och ostyrd tältning har under de senaste somrarna kunnat iakttagas särskilt i norra Finland, i

skärgården och vid sjöområdena i det inre Finland. Såsom faktorer som kan försvara en begränsning av eller på vissa områden t.o.m. ett förbud mot den ökande ostyrda tältningen, har nämnts risken för skogsbrand, säkerhets- och ordningssynpunkter, avfallsfrågan, risken för nedslitning av naturen samt den skada och olägenhet, som den bofasta befolkningen åsamkas.

I hithörande fall bör man söka en lösning på frågan hur markägaren kan skydda sina rättigheter och erhålla ersättning. Nyttan av en förbudstalan och ett skadeståndsyrkande är inte stor, eftersom sådana yrkanden skall riktas mot en bestämd person. I ifrågavarande situationer är det vanligen fråga om ett obestämt antal människor, vilkas identitet är okänd. Inte heller kan man specificera varje deltagares andel i den skada som har vållats. En förbudstalan förutsätter dessutom en viss grad av kontinuitet i en och samma persons beteende. Även i Sverige torde frågan om i vilken omfattning markägaren skall behöva finna sig i att hans område utsätts för en stark tillströmning av personer, som åberopar allemansrätten, vara olöst.

Även på en annan punkt behövs det f.n. en förbättring. Detta gäller friluftsfolkets möjligheter att i storstädernas och övriga tätbebyggda orters omgivningar komma ut i naturen för rekreation. Att finna en lösning på denna fråga, som delvis ansluter sig till ovan berörda problem, är av betydelse såväl för den friluftslivsutövande allmänheten som för markägarna.

När man skall klarlägga dessa frågor – med beaktande av den friluftslivsutövande allmänhetens, markägarnas och naturvårdens berättigade intressen och krav – synes man ha möjlighet att även för framtiden bevara rörelse- och vistelserätten på annans mark enligt allemansrätten. En förutsättning är att man kan sörja för att utövarna av friluftsliv till sitt förfogande har tillräckligt med därför avsedda områden, utrustade med servicepunkter av olika slag och på olika avstånd från bostadscentra, samt till områdena hörande leder. En stor del av den friluftslivsutövande allmänheten använder gärna just sådana områden och leder. Därvid minskar i motsvarande grad belastningen på övriga marker, där rörelsemöjligheterna i enlighet med allemansrätten förblir oförändrade. Genom att man utvecklar nätet av campingområden och själva dessa områden styrs även tältarna dit, varvid de av tältning vållade skadorna på andra platser i naturen samtidigt minskar.

När man strävar till det här avsedda syftet har planläggningen betydelse. I Finland kan man för helhetsplaneringen av markanvändningen göra upp en regionplan, som innehåller en schematisk plan för användandet av området i två eller flera kommuner, och en generalplan, där man anvisar

huvuddragen av områdets användning inom en kommun. I regionplanen kan man bl.a. anvisa områden för rekreationsändamål och vandrarverksamhet samt sådana jord- och skogsbruksdominerade områden, som är avsedda för jord- och skogsbruk med speciellt beaktande av friluftsliv och miljövård. Betr. de sistnämnda områdena strävar man alltså till att förverkliga principerna om ett mångsidigt utnyttjande av skogen. För rekreations- och utflyktsändamål avsedda områden kan även anvisas i generalplanen samt i städernas stadsplaner, vilka gjorts upp för detaljerad planering och byggnadsverksamhet. Enbart den omständigheten att ett område i planen är anvisat för rekreationsändamål gör det naturligtvis inte till rekreationsområde, utan ifrågasvarande kommun eller kommuner eller staten bör antingen avtala med markägaren om en sådan användning eller inlösa området. Först därefter kan friluftslivet styras dit. I Finland har många städer redan anskaffat friluftsområden, men uppenbarligen borde man få fler. Särskild uppmärksamhet borde även fästas vid deras läge. Samtidigt borde man främja åtgärder som gör det möjligt och ekonomiskt lönsamt även för markägaren att göra en del av sina marker till friluftsområde, varigenom slitage och annan belastning på hans övriga marker i motsvarande grad minskas.

En utväg för att avvärja det här avsedda överdrivna allmännyttjandet skulle även i Finland vara att staten eller kommunen, i enlighet med den i Norges lag om friluftsliv antagna principen, på markägarens yrkande kan åläggas att inlösa ifrågasvarande område. Det kunde även vara möjligt att den kommun inom vilken ett sådant, för särskilt stor belastning utsatt, område finns åläggs att till markägaren betala en skälig årsersättning för den skada och det men han lidit. Om även invånarna i andra kommuner i beaktansvärd grad använder sig av området, skulle ersättningsskyldigheten åvila alla kommuner i förhållande till den uppskattade användningen. Betr. ersättningsfrågan synes det i varje fall som om samhället, staten och kommunen, i sådana fall bör ansvara för de skador och det men, som friluftsfolket åsamkar markägarna och andra. Staten och kommunerna bör i sin tur ha möjlighet till en regresstalan mot skadevållarna, även om dess praktiska betydelse av tidigare nämnda orsaker troligen blir liten.

Då jag, som av det ovanstående framgått, intagit den ståndpunkten att man i Finland inom närmaste framtid bör vidtaga åtgärder för att till en viss grad i lag precisera allemansrätten vill jag nu som det första skälet till att en sådan reglering behövs nämna det faktum, att allemansrätten över huvud taget existerar. För det andra bör i lagen tas in en allmän föreskrift angående betecende på annans mark och även angående vandring och vistelse i

naturen. En sådan föreskrift finns redan i Islands, Norges och Sveriges lagstiftning, på Island dock närmast berörande naturskyddet. Den tredje och mera konkreta punkten i denna nya lagstiftning skulle hänföra sig till den mångskiftande och svåra frågan om hur man lämpligen, med beaktande av de olika parternas berättigade intressen, skall kunna styra förflyttning över och vistelse på annans mark och då närmast tältningen. Den fjärde frågan, som skulle regleras i lag, och som delvis har samband med styrandet av tältningen men även annars är viktig, gäller förbudsskyltarna. På alla andra punkter kunde man åtminstone tills vidare låta allemansrätten gälla enligt landssed och sedvanerätt. I detta sammanhang torde det vara på sin plats att understryka, att upplysning och allmän medborgarfostran i dessa frågor har en första rangens betydelse, oberoende av en eventuell lagstiftning. Upplysningen bör dock inte ensidigt få betona vissa bestämda intressen och synpunkter.

#### *Allemansrätten och skogsbruket*

Till slut vill jag kort behandla ytterligare några omständigheter, som berör allemansrätten i förhållande till skogsbruket. Härvid fås uppmärksamheten vid den förändring som under de senaste decennierna har ägt rum, åtminstone i Sverige och Finland, när det gäller allmänhetens förhållande till den skogbevuxna naturen. Förr var det helt naturligt att man vid vandring i skog utan vidare godtog utförda avverkningar och andra åtgärder samt av dem förorsakade, kanske starka förändringar i skogen. Trots att man inte med stöd av allemansrätten kan ställa krav i fråga om skötseln av skogen, har det kraftigt stegrade rekreationsbehovet och det vitt utbredda intresset för miljöfrågor dock fått till följd, att allmänheten har börjat framföra synpunkter och önskemål om hur skogarna skall skötas. I Sverige har man beaktat dessa önskemål bl.a. genom att det i 1979 års svenska skogsvårdslag har tagits in en föreskrift, enligt vilken man vid skötseln av skog skall ta hänsyn till naturvårdens och andra allmänna intressen. Med stöd härav kan dock inte meddelas föreskrifter som är så ingripande att pågående markanvändning avsevärt försvåras. I Finland finns inte motsvarande stadganden i lag, men där har man på uppdrag av privatskogsbrukets centralorganisation TAPIO hösten 1980 publicerat anvisningar angående beaktande av synpunkter rörande miljövärden vid behandlingen av privatskogar. I detta sammanhang är det intressant att konstatera, att även byggandet av skogsbilvägar behandlas i dessa anvisningar. Betr. dessa vägar konstateras bl.a. att de, genom att kanalisera trafiken, å ena sidan kan befrämja miljövärden men å andra sidan även kan öka slitaget och ned-



skräpningen av naturen, i synnerhet genom att till tidigare helt väglösa ödemarksområden locka grupper av bilburna vandrare som kan missbruka allemansrätten.

På senare tid har man fört många diskussioner om användningen av kemiska bekämpningsmedel vid utrotande av sly från ett plantbestånd bestående av barrträd. Dessa bladbesprutningar utförs åtminstone i Finland endast i augusti efter det barrträdens årsskott har förvedats. Man har påstått att besprutningen kränker allemansrätten närmast på grund av att man under bekämpningsåret i allmänhet går miste om bärskorde på de besprutade områdena. Som har påpekats är denna ståndpunkt dock felaktig, eftersom bären före plockningen tillhör fastigheten och markägaren sålunda har bestämmanderätt över dem. Även om han inte kan förbjuda allmänheten att plocka bär, kan han plocka dem själv och således ointetgöra allmänhetens rätt till dem. Då bör han även ha rätt att genom besprutning av bären hindra allmänheten från att plocka dem. Denna besprutningsfråga har slutligen ingen större praktisk betydelse för bärplockningen. De plantbestånd, där slyet tagit överhanden är nämligen endast sällan goda bärmarker, då slyet i allmänhet förkväver bärvegetationen.

I Finland har år 1969 utfärdats en lag om bekämpningsmedel. Enligt en år 1978 gjord ändring av lagen är utspridande av bekämpningsmedel från luftfartyg tillåtet endast med jord- och skogsbruksministeriets tillstånd. Ministeriet kan på framställning av kommunen och efter att ha hört distriktsskogsnämnden förbjuda eller begränsa spridningen av slybekämpningsmedel från luftfartyg över ett visst område, såfram slyet till skäligen kostnader även på annat sätt kan utrotas på området och om ett förbud eller en begränsning är till betydande fördel för naturvärden eller den lokala befolkningen.

---

Av mitt referat framgår, att det finns skillnader mellan de nordiska ländernas rådande rättstillstånd betr. allemansrätten. Åtminstone i Finland finns till vissa delar behov av att förbättra och utveckla rättstillståndet. Att finna lämpliga förbättringsvägar kan nog stöta på vissa svårigheter, men med ett så långt det är möjligt opartiskt beaktande av de berörda parternas intressen kan man säkert komma framåt även i denna sak.

## LITTERATURFÖRTECKNING

- Bengtsson, Bertil: Allemansrätt och markägarskydd. Andra upplagan. Stockholm 1966.
- Cervin, Ulf: Mark- och miljö rätt. Sjätte omarbetade upplagan. Malmö 1977.
- von Eyben, W. E. (red.): Dansk miljøret. Bind III. Miljøvaern. København 1977.
- Haapanen, Antti – Mikola, Peitsa – Tenovuo, Rauno: Luonto ja luonnonsuojelu. Andra omarbetade upplagan. Keuruu 1977.
- Jensen, Chr. L. – Hole, Ivar: Friluftsløven. Kommentar. Oslo 1958.
- Jonzon, Sven-Gösta – Delin, Lars – Bengtsson, Bertil: Naturvårdslagen. Kommentar. Andra upplagan. Stockholm 1976.
- Laaksonen, Kalevi: Toisen maan yleiskäytöstä. Specimen. Publikationer av institutet för privaträtt vid Helsingfors universitet: B 25. Helsingfors 1980.
- Manner, E. J.: Yleiskäyttö vesioikeudellisena käsitteenä. Akademisk avhandling. Vammala 1953.
- Manner, E. J.: Allmänheten, friluftslivet och äganderätten. Forhandlingerne på det treogtyvende nordiske juristmøde, Bilag X. København 1961.
- Nielsen, Viggo – Brix, Bo – Koester, Veit – Plougman, Ole: Naturfredningsloven. Almindelig fremstilling og kommentarer. København 1973.
- Ojanen, Ilmari: Jokamiehen oikeus ja maanomistajan oikeussuoja. Tidskriften Lakimies 1969.
- Rontu, Helge: Ympäristön yleiskäyttöoikeudet ja niiden perusta. Lainsäädäntö 1/1973. Lagstiftningsavdelningens vid justitieministeriet publikation. Helsingfors 1973.
- Rosén, Bo: Allemansrätt – allemansskyldighet. Andra översedda upplagan. Lund 1979.
- Zitting, Simo – Rautiala, Martti: Lärobok i sakrätt. Allmän del. Översättning från andra finska upplagan. Vammala 1971.
- 
- Allemansrätten. Statens naturvårdsverk. Meddelande 3/1979. Stockholm 1979.
- Jokamiehen oikeudet luonnon virkistyskäytössä. Pääkaupunkiseudun yhteistyövaltuuskunnan (YTV) ympäristölautakunnan koulutusseminaari 13.2.1979. Duplicerad seminariepublikation, som berör allemansrätten. Helsingfors 1979.
- Nordisk miljö rätt. En översikt, utarbetad av professor Bertil Bengtsson. Nordisk utredningsserie 1976: 25. Stockholm 1976.
- Regionplan för Helsingforsregionen – jord- och skogsbruksområden, rekreatiomsområden, skyddsområden. Helsingfors regionplansförbund 1975. Helsingfors 1975.
- Skog för framtid 1. Utarbetad på skogsstyrelsens uppdrag av Ragnar Hjort. Helsingborg 1979.
- Tiedotuksia teollisuuden metsämiehille 1/1979. Publikation, som berör slybekämpning. Suomen Metsäteollisuuden Keskusliitto r.y. – Finlands Skogsindustris Centralförbund r.f.
- Yksityismetsien ympäristönsuojelu. Keskusmetsälautakunta Tapio (privatskogsbrukets centralorganisation i Finland, huvudsakligen för de finskspråkiga områdena i landet). Helsingfors 1980.

- 
- Ulkoilulakikomitean mietintö. **Kommittébetänkande 1967: B 11. Helsingfors 1967.**
- Moottorikelkkatoimikunnan mietintö. **Kommittébetänkande 1972: B 64. Helsingfors 1972.**
- Ympäristörikostoimikunnan mietintö. **Kommittébetänkande 1973: 49. Helsingfors 1973.**
- Virkistysaluekomitean mietintö. **Kommittébetänkande 1973: 143. Helsingfors 1973.**
- Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om friluftsliv och till lag om ändring av brandlagen; 1969 års riksdag i Finland, regeringens proposition nr 209.**
- Laintarkastuskunnan lausunto ehdotuksesta hallituksen esitykseksi eduskunnalle ulkoilulaiksi ja laiksi palolain muuttamisesta; 1969: 5. Laggranskningsrådets utlåtanden (duplicerade) 1969. Helsingfors 1969.**

Det 29:e nordiska juristmötet  
Stockholm den 19–21 augusti 1981

Dag Victor:

Rättsmedvetande och straffvärde

# Rättsmedvetande och straffvärde

Av docent DAG VICTOR

## Inledning

Rubrikens två termer har drag av både ålderdomlighet och aktualitet.

Ålderdomligheten kommer sig av att vi under en lång tid i svensk kriminalpolitisk debatt varit vana att behandlingsorienterade preventionsteorier utgjort kärnan och drivkraften i det kriminalpolitiska utvecklingsarbetet. Ambitionen har varit att i möjligaste mån ersätta strafftänkandet med individuella vårdinsatser i syfte att motverka framtida brottslighet. Brottsligheten har inte främst setts som en fråga om skuld och ansvar för en brottslig gärning utan mer som en möjlig indikation på personlig avvikelse i behov av behandling. I en sådan miljö kan ord som rättsmedvetande eller straffvärde aldrig få en riktig central ställning.

Rättsmedvetandet – medvetandet om det rätta – är nämligen alltid relaterat till en viss normativ ordning. Ett vård- och behandlingsorienterat påföljdssystem lämnar därför rättsmedvetandefrågor åt sidan. Det är vid ett sådant inte en normativ bedömning som skall vara avgörande, utan behovet hos gärningsmannen. En annan sak är att man kan anse att en sådan ordning är rätt – men den bedömningen sker då enligt ett annat normsystem än det straffrättsliga.

Motsvarande gäller begreppet straffvärde. Vad som förutsätts vara värt ett visst straff är ju en gärning, i princip oberoende av vem som begått den. Men som strafflagberedningen påpekade hade redan när dess förslag lades fram ”regeln att på brott skall följa ett i proportion till brottets svårhet utmätt straff – – – efterhand satts ur spel”. Man såg inte heller någon principiell skillnad mellan de traditionella straffen och de som satt den nämnda regeln ur spel. I bägge fallen var fråga om skydd mot brott och därför föreslog man också, att straffbegreppet skulle utmönstras helt.<sup>1</sup> Och därmed skulle naturligtvis också straffvärdet försvunnit som begrepp inom ramen för gällande rätt.

Aktualiteten i sin tur har naturligtvis sin bakgrund i att den behandlingsoptimism som så präglade den svenska kriminalpolitiska utvecklingen nu definitivt synes vara ett passerat stadium. Längre kunde misslyckade be-

<sup>1</sup> SOU 1956: 55. Citatet s 42.

handlingsresultat bortförklaras med att vården inte varit rätt utformad. Bara den förbättrades skulle de goda resultaten uppnås. Men ju fler utvärderingar som visade negativt resultat dess närmare till hands låg slutsatsen att det var själva utgångspunkten som det var fel på – att brottslighet inte kunde jämföras med en sjukdom som kunde behandlas. Och behandlingsideologin tynade bort. Men den lämnade ett stort tomrum efter sig.

Vad som kommer att fylla detta tomrum lär ännu vara för tidigt att uttala sig med någon säkerhet om. Några uppfattar detta tomrum som något positivt – genom en minskande legitimitet skapas möjligheter att effektivare angripa ett repressivt system. Någon ersättning krävs inte och är inte ens önskvärd.

Andra har sökt finna alternativa grunder för straffsystemet och de enskilda straffen. Många av de framförda alternativen har kommit att tillsammans betecknas som en *nyklassisk riktning*. Det finns dock anledning att betona att högst olika uppfattningar kan döljas under denna kapp. Vad som i första hand förenar är ett ökat intresse för många av de klassiska straffrättsprinciperna, straffteorierna och straffrättsliga grundproblemen. Begrepp som legalitet, proportionalitet, allmänprevention, vedergällning, skuld, ansvar, fri vilja, moralbildning och moralisk fördömning har vunnit förnyat eller förstärkt anseende och aktualitet.<sup>2</sup> En ny bild har alltså uppstått i vilken överväganden om rättsmedvetande och straffvärde mer naturligt intar en central plats. Men vilken kriminalpolitisk roll som de bör tillerkännas och också vad man menar med orden är oklart.

### Rättsmedvetandet

Termen rättsmedvetande kan hänföra sig antingen till en *enskild* person eller också till en given *kollektiv* enhet. I det senare fallet brukar man tala om det *allmänna rättsmedvetandet*. Den följande framställningen skall i princip inskränka sig till denna senare form av rättsmedvetande.

Man kan uppfatta det allmänna rättsmedvetandet på två principiellt helt skilda sätt.

Enligt det ena, som i dag är starkt dominerande, innebär det allmänna rättsmedvetandet i princip att ett tillräckligt stort antal enskilda individer inom ett valt kollektiv (tex medborgarna i ett visst land) rent faktiskt har likartade attityder i ”rättsliga” frågor. Begreppet får på detta sätt en empi-

<sup>2</sup> Olika synpunkter på nyklassisk kriminalpolitik ges i antologin *Straff och rättfärdighet* (red Heckscher m fl, Lund 1980) där också vidare litteraturhänvisningar ges.

risk bestämning som möjliggör bearbetning med statistisk metod efter intervjue- eller enkätundersökningar. Synsättet skall här kallas det *reduktionistiska*.

Ett stort antal undersökningar från dessa utgångspunkter har genomförts i Norden under de senaste 30 åren.<sup>3</sup> Den teoretiska innebörden av begreppet har vid dessa normalt inte setts som något problem. Man har i allmänhet avstått från att ge någon egentlig definition. De svårigheter som man sett förenade med undersökningarna har i stället varit av metodologiskt slag.

En uppfattning som vad gäller inriktningen på faktiska individuella attityder torde ha överensstämt med den nu beskrivna hävdades redan 1920 av Vilhelm Lundstedt.

Han presenterade då sin moralbildningsteori beträffande straffets sociala funktion. Lundstedt menade att straffets uppgift var att inpräglade i det allmänna föreställningssättet vilka handlingar som var otillåtna. Det allmänna rättsmedvetandet skulle alltså påverkas av straffrättskipningen. Av sin socialpsykologiskt färgade teori drog Lundstedt långtgående slutsatser om hur ett rationellt utformat straffsystem måste utformas. Även om Lundstedt avsåg individuella faktiska attityder hade rättsmedvetandebegreppet för honom en helt annan funktion än i nutida empiriska undersökningar. Lundstedt utvecklade inga program för konkreta undersökningar. Begreppet ingick i stället i ett utpräglat teoretiskt sammanhang. Teorins innebörd och hållbarhet var beroende av vad som avsågs med det allmänna rättsmedvetandet.<sup>4</sup>

Via Lundstedt kan vi komma över till det andra sättet att uppfatta det allmänna rättsmedvetandet.

Lundstedt hävdade att hans uppfattning innebar omvändningen av den då allmänna åskådningen "att straffet är till, därför att en rättsplikt blivit överträdd". Det verkliga förhållandet var att rättsplikten uppstod på grund av att handlingen är belagd med straff. Även om Lundstedt omedelbart anknyter till rättspliktsresonemangen kan hans anmärkning appliceras på det allmänna rättsmedvetandet.<sup>5</sup> Detta utgjorde nämligen enligt en domi-

<sup>3</sup> Översikter finns i exempelvis Anttila, Törnudd, *Kriminologi i kriminalpolitiskt perspektiv*, Stockholm 1973, s 140 ff, och Forslund, *Vad är rättssociologi?* Uddevalla 1978, s 156 ff. Bland senare framställningar kan nämnas Bondeson, *Det allmänna rättsmedvetandet – en legal fiktion* (i *Rationalitet i rättssystemet*, red Bondeson, Uddevalla 1979, s 123 ff), Bondeson, *Rättsmedvetande rörande brottens straffvärde och domarens straffmätning*, samt Lindén & Similä, *Allmänhetens syn på olika handlingars grovhet och straffvärde* (bägg i *Påföljdsval, straffmätning och straffvärde. Rapport från ett forskarseminarium*, BRÅ Rapport 1980: 2).

<sup>4</sup> Se främst Lundstedt, *Föreläsningar över valda delar av obligationsrätten I. Principinledning. Kritik av straffrättens grundåskådningar*, Uppsala 1920.

<sup>5</sup> Denna "omvändning" av det traditionella synsättet kom också att ligga till grund för hela Lundstedts angrepp mot dåtidens rättsvetenskap. Han menade att man i denna felaktigt resonerade som om begrepp som gällande rätt, rättighet, skadestånd, skuld, etc motsvarade

nerande tradition en *rättskälla* – alltså inte en från gällande rätt *fristående* variabel. Hur man i denna tradition uppfattade det allmänna rättsmedvetandet avviker på ett grundläggande sätt från det reduktionistiska.

I botten låg en uppfattning att den kollektiva enheten, det allmänna, utgjorde något annat och mer än endast summan av de enskilda delarna. Vetenskapsteoretiskt tar sig denna uppfattning det uttrycket att man inte kan acceptera den metodologiska individualism som utgör grund för den reduktionistiska uppfattningen.

Man anser alltså inte att man genom statistiskt bearbetade intervjuundersökningar på empirisk väg helt kan avgöra rättsmedvetandets innehåll. Det bör framhållas att denna skillnad på intet sätt är begränsad i sin betydelse till uppfattningar om rättsmedvetandet utan skär djupt in i fundamentala vetenskapsteoretiska motsättningar på det humanistiska och samhällsvetenskapliga området.<sup>6</sup> Synsättet skall här kallas *holistiskt*.

Den holistiska traditionen härleder i detta sammanhang sitt ursprung från den *historiska skolan*.<sup>7</sup>

Historiska skolan uppstår i början av 1800-talet och dess portalfigur är *Friedrich Carl von Savigny* (1779–1865). Skolan ingår i en större och i Tyskland då dominerande idériktning som brukar kallas för *historismen*.<sup>8</sup> Historismen rymmer ett stort antal skilda uppfattningar. Hit hörde såväl den tyska romantiken, med företrädare som *Schelling* (1775–1854) som *Hegel* (1770–1831) och hans efterföljare. Som portalfigur brukar ofta *Herder* (1744–1803) nämnas. Även om hans historiefilosofi uppenbarligen varit av avgörande betydelse är det dock lätt att finna rötter längre bak. Likartade uppfattningar hävdades redan av *Vico* (1668–1744). Till stor del går problemställningarna åter på Aristoteles och den aristoteliska traditionen.

De gemensamma dragen för historismen kan sägas vara att vetenskapen eller kunskapen borde omfatta mer eller mindre komplexa *organiska sammanhang* som skulle studeras i sin *historiska utveckling*. Detta innebär att man avvisade möjligheten att från det enskilda sluta sig till det allmänna. I stället måste det komplexa vara utgångspunkten. Det innebar vidare att invarianslagar av naturvetenskapligt slag inte var möjliga att uppställa. Utrymme fanns för det unika och dess betydelse.

reella entiteter. Detta var enligt hans uppfattning ren metafysik och sk rättsideologiska utsagor var i själva verket endast *värdeomdömen som tillagts objektiv karaktär*. Se vidare Victor *Rättsystem och vetenskap*, Lund 1977, s 148 ff.

<sup>6</sup> En historiskt orienterad introduktion till dessa motsättningar finns hos Liedman, *Humanistiska forskningstraditioner i Sverige. Kritiska och historiska perspektiv* (i *Humaniora på undantag*, red Forser, Stockholm 1978, s 9–78).

<sup>7</sup> Se t ex Dalberg-Larsen, *Retsvidenskapen som samfundsvidenskap*, Köpenhamn 1977, kap 8.

<sup>8</sup> Se t ex Liedman, *Motsatsernas spel*, Volym 1, Lund 1977, kap 8.



Genom den historiska skolan fick det allmänna rättsmedvetandet, "Volksgeist", "Volksbewusstsein", inte bara ställning som rättskälla utan i princip såsom den enda rättskällan. Rättsmedvetandet var inte längre endast en följd av uppenbarelse, förnuft eller studium av lagar. Det var själv en källa till rätten. Savigny var negativ till såväl den religiösa som den sekulariserade naturrätten och lagstiftningens betydelse ville han inskränka till ordningsfrågor och till kodifiering i sådana fall när rättsordningen redan på annan väg kunnat framställas som en systematisk helhet.

Det bör dock betonas att rättskälla här skall fattas i sin *ontologiska* betydelse – som rättens verklighetsgrund. I den *epistemologiska* betydelsen – kunskapsvägen till rätten – var *sedvanerätten* den främsta rättskällan.

Men hur skulle man då finna fram till det rättsmedvetande hos folket som manifesterade rätten? Savigny var helt klar över att det inte fanns hos de enskilda medborgarna. Med de oklara och komplicerade rättsförhållanden som präglade dåtidens Tyskland torde man fått en i det närmaste kaotisk bild om man försökt sig på en enkätundersökning. För Savigny var i stället folket en ideell storhet som präglades av ett nedärvt *kulturellt sammanhang*. Med höjd kulturnivå hade en allt större *specialisering* inträtt genom vilket bl a en särskild juristprofession uppstått. Rättsmedvetandet var därigenom numera endast möjligt att finna genom studier av den juridiska verksamhetens historia. Det var hos den juridiska professionen som det allmänna rättsmedvetandet manifesterade sig. På grund av det organiska folkbegreppet låg dock ingen motsägelse i att Savigny ansåg sig kunna finna "folksjälen" hos en begränsad del av medborgarna.

I Savignys lära finns en dubbel ansats som är en del av förklaringen till att han kunnat ses som vetenskaplig föregångsman av personer med vitt skilda vetenskapsuppfattningar. Genom att betona en hos "folket" rådande rättsuppfattning i stället för Guds, förnuftets eller statens lag, öppnades vägen för ett mer empiriskt inriktat rättsstudium. Å andra sidan är en stark inriktning på rättens systematiska sammanhang en viktig del av hans lära. Det är denna som gjorde att han kunde bli pandektvetenskapens och därigenom den sk begreppsjurisprudensens anfader. Denna utvecklingslinje kan synas helt strida mot en sociologisk förståelse av rätten, men Savignys lära rymde bägge tendenserna inom sig.

Den historiska skolan hade en enorm betydelse för den tyska rättsutvecklingen under 1800-talet. Det är inte möjligt att förstå juridiska resonemang om det allmänna rättsmedvetandet utan kännedom om den historiska skolan och dess inflytande.

För straffrättens del, och det är ju den som vi här i första hand är

intresserade av, är dock bilden i viss mån annorlunda. Straffrätten fick sin "klassiska" utformning innan den historiska skolan gjorde sitt segertåg. I motsats till denna behärskades den klassiska straffrätten av rationalistiska och lagpositivistiska utgångspunkter. Principiellt viktig var särskilt *legalitetsgrundsatsen*. Och satsen "nullum crimen sine lege" var ju inte väl förenlig med en negativ inställning till lagstiftning. Detta förhindrar inte att den historiska skolan kom att röna inflytande också över straffrätten. Stora delar av den straffrättsliga lärobyggnaden, särskilt vad gäller den allmänna delen, kunde inte få sitt uttryck direkt i lagstiftning. Uppenbart var också att lagen måste tolkas. Behov fanns av en rättskälla vid sidan av lagen. Också för många kriminalister blev det allmänna rättsmedvetandet rättens grund.

Den historiska skolans inflytande är på intet sätt inskränkt till Tyskland. Även i Sverige kom den under lång tid att utöva ett avgörande inflytande på rättsuppfattningen.<sup>9</sup> Också i straffrättsliga sammanhang, och detta under lång tid, kan man spåra detta.

Ett av de tydligaste uttrycken för historiska skolans inflytande finner man hos *Hagströmer*.<sup>10</sup> Enligt honom finns endast två källor för straffrätten, *lagstiftningen* och just *det allmänna rättsmedvetandet*.

Och även om Hagströmer först och främst nämner lagstiftningen bland straffrättens källor är det intressant att notera på vilken grund han tillerkänner lagstiftningens prioritet:

Det allmänna rättsmedvetandet utgör i den dag som är antingen omedelbart eller medelbart källan för all positiv straffrätt. Lagstiftningens bindande kraft har nämligen däri sin grund. Denna beror nämligen själf på en rättsats, och källan för denna är det allmänna rättsmedvetandet. Under mer utvecklade förhållanden har nämligen öfverallt den insikten gjort sig gällande, att samhället omöjligen kan undvara ett säkrare uttryck för rätten, än det, som bildas af rättsuppfattningen i landet. Därför betror man särskilda organ med att stifta lag och böjer sig under den sålunda fastställda rätten utan att göra dess giltighet i hvarje särskildt fall beroende af dess materiella öfverensstämmelse med det allmänna rättsmedvetandets kraf. En verklig konflikt emellan lag och allmänt rättsmedvetande såsom källor för positiv rätt kan i följd häraf ej förekomma. Genom att tillerkänna lagstiftningen dess specifika uppgift begränsar det senare sin egen giltighet såsom omedelbar rättskälla, underordnar sig obetingadt hvad som är gällande lag och erhåller alltså såsom rättskälla en *subsidiär* karakter.

<sup>9</sup> Någon större samlad framställning av rättsuppfattningarna i Sverige under 1800-talet finns tyvärr inte. Bl a den historiska skolans betydelse behandlas dock av Sundberg, *Fr Eddan t Ekelöf*, Malmö 1978, s 163–186.

<sup>10</sup> Se Hagströmer, *Svensk straffrätt*, första bandet, Uppsala 1901–1905, kap 3.

På detta sätt kunde den straffrättsliga legalitetsgrundsatsen och den historiska skolans rättskälleuppfattning förenas.

Hagströmer framhåller att när man talar om det allmänna rättsmedvetandet som rättskälla så skall vare sig ordet medvetande eller ordet allmänt tas i sträng bemärkelse. Det medvetande man talar om är ett "potentiellt" medvetande som förutsätter kännedom om "ej blott de faktiska förhållandena, utan ock frågans juridiska räckvidd, de konsekvenser i rättsligt afseende hvartill det ena eller andra svaret därå föranleder". Här ligger förklaringen till att vid "stigande utveckling de rättskunniges uppfattning i många stycken får en dominerande betydelse". För att rättsmedvetandet skall betraktas som allmänt krävs sedan i sin tur inte att ett potentiellt medvetande av nu angivet slag kan tillskrivas alla samhällsmedlemmar. "Det är tillräckligt, att detta är förhållandet med alla normala samhällsmedlemmar dvs alla, hvilka motsvara den typ, som är bestämd af folkets historiska utveckling och öfriga för detsamma gemensamma kulturelement".

Även efter Hagströmer kan man för den svenska straffrättens del finna spår av rättsuppfattningar som står den historiska skolan nära. Kriminalpolitiskt dominerar nu visserligen en på påföljdssystemet inriktad reformverksamhet baserad på ändamålsinriktade preventionsöverväganden som ligger vid sidan av den typ av hänsyn som den historiska skolan pläderat för.

När det gäller brotten var emellertid situationen annorlunda. Straffrättskommittén (SRK), som utformade brottsbalken (BrB) i denna del, menade uttryckligen att, i motsats till vad gäller påföljderna, uppfattningen av det straffbara området präglades av en i stort sett obruten tradition som det varit kommitténs uppgift att ge uttryck för i lag.<sup>11</sup> Den abstrakta lagstiftningsteknik man valde var också ett uttryck för en klar skepsis mot lagstiftningen som styrmedel.

Förmodligen hade kommitténs inställning präglats av dess ordförande, *Birger Ekeberg*. Utan att vara rättsteoretiskt inriktad gav han i många sammanhang uttryck för en rättsuppfattning som låg den historiska skolan nära.<sup>12</sup> Ekeberg menade således att lagarna ej är "ett en gång för alla givet slutet system, som lever sitt eget liv vid sidan av verkligheten, utan en produkt av det mänskliga livet självt, vilken växer och växlar med den allmänna kulturutvecklingen och betingelserna för denna". En av 1734 års lags förtjänster var att den "lämnat domstolar och rättsvetenskap frihet att

<sup>11</sup> SOU 1953: 14, s 99.

<sup>12</sup> Citaten nedan är hämtade från SvJT 1934 s 558 och 559 samt från SvJT 1936 s 467.

anpassa rättsatsernas närmare innebörd efter levnadsförhållandenas och rättsidéernas egen växt”.

Ekebergs uppfattning gjorde det naturligt att han såg det som en styrka hos 1734 års lag att den inte uppbars ”av nya tankar och reformsträvanden av allmän räckvidd”. Den skulle i stället ”giva ett klart och samlat uttryck åt vad som var gällande rätt”.

En annan av straffrättskommitténs ledande ledamöter var *Nils Beckman*. Liksom Hagströmer räknade han med två rättskällor, lagen och det allmänna rättsmedvetandet.<sup>13</sup>

”Det allmänna rättsmedvetandet är visserligen en fiktion så till vida, att det icke finnes någon ’Medelvensson’ med ett sådant medvetande, men detta hindrar icke att det kan ha sitt värde som abstrakt norm”. Det visar sig också att denna abstrakta norm inte kan bedömas efter något allmänt medvetande utan bedömningen förutsättes ske ”utifrån domarens juridiska kunskaper”. Detta krävs bl a därför att det finns ”källor, ur vilka ett allmänt rättsmedvetande kan ösas”. Dessa källor är förarbeten, prejudikat och doktrin. Dessa gäller dock inte av egen kraft utan därför att de kan antagas ha påverkat det allmänna rättsmedvetandet.

Den ofullständiga lagen måste kompletteras med ”den allmänna rättsuppfattningen” vilken dock egentligen endast representeras av jurister.

Om man har den historiska skolans teoribildning i bakhuvudet är det lättare att förstå Beckmans uppfattning att domstolarna i många fall kan ”vara lika goda representanter för folkmeningen som regering och riksdag”.

Det reduktionistiska och det holistiska synsättet på det allmänna rättsmedvetandet ligger långt från varandra. Vad man avser är två olika företeelser. Det är inte meningsfullt att försöka vederlägga eller avvisa en av begreppsbestämningarna med hjälp av den andra. Detta innebär inte att man nödvändigtvis måste göra ett val mellan bestämningarna. De kan vara relevanta för olika sammanhang – för olika problemställningar. I dag torde dock för de flesta, jurister som andra, en reduktionistisk bestämning av det allmänna rättsmedvetandet framstå som självklar.

För egen del är jag långtifrån negativ till studier utifrån denna utgångspunkt. Tvärtom råder inte någon tvekan om att man genom sådana kan få kunskaper som rimligtvis måste vara av utomordentlig betydelse för kriminalpolitiskt arbete. Särskilt för lagstiftarna måste det vara viktigt att kunna få kunskaper om att rättssystemet i något avseende eller i vissa delar upplevs som orättfärdigt. Sådana kunskaper kan utgöra underlag för åtgärder av

<sup>13</sup> Se Beckman, *Lagtillämpning och prejudikat*, TSA 1962 s 157 ff.

olika slag beroende på grunden för missnöjet. Förändringar kan exempelvis krävas av det straffbelagda området, av påföljdssystemet och dess handhavande eller av de processuella reglerna.

Det är dock inte alltid som rättssystemet bör anpassa sig till "rättsmedvetandet". Ofta lär missnöje ha sin grund i bristande kunskaper om de faktiska problemens karaktär och rättsliga behandling. I stället för lagändring krävs då information och insyn. I andra fall kan fråga vara om tillfälliga men kanske starka opinionssvängningar som inte bör få genomslag i rättskipningen. En viktig uppgift för rättssystemet är också att påverka det allmänna rättsmedvetandet. Även för detta ändamål kan dock rättsmedvetandeundersökningar vara väsentliga för att bedöma behov och lämplig utformning av lagstiftning.

Till trots av vad jag nu har sagt vill jag utfärda en varning mot att fästa alltför stor tilltro till användbarheten av empiriska undersökningar av detta slag.

Vetenskapsteoretiskt är de långtifrån så oskyldiga som många föreställer sig. Den vetenskapsuppfattning som ligger i grunden har utsatts för en omfattande kritik. Alternativa vetenskapsuppfattningar som har större släktskap med den tradition i vilken den historiska skolan ingår har fått ökad aktualitet och betydelse. Ett viktigt inslag i kritiken har varit just att metodologisk individualism riskerar att förhindra adekvat teoribildning. Genom att stanna vid ytfenomenen får man en splittrad och sammanhangslös verklighetsbild.

Det måste också betonas att enkät- och intervjuundersökningar är mycket svårtolkade. Frågeställningarna måste vara klara och kortfattade. Svaren måste vara entydiga och behandlingsbara med statistisk metod. Mer komplicerade sammanhang och överväganden riskerar att falla utanför det undersökningsbara området. Om man menar att kriminalpolitiskt arbete bör grunda sig på gedigna kunskaper och respekt för rationell argumentation kan inte rättsmedvetandeundersökningar av reduktionistiskt slag få styra politiken utan kan endast utgöra en del, men en viktig sådan, av det kunskapsunderlag som beslutsfattandet bör bygga på.

Det allmänna rättsmedvetandet som det uppfattats i traditionen från den historiska skolan lär de flesta i dag ställa sig avvisande till. Personligen menar jag dock att även om mycket av det som framförts inom olika läror i skolans tradition förtjänar att avvisas, så är ett generellt avståndstagande olyckligt. Det finns väsentliga inslag i traditionen att ta till vara. Kanske kan och bör man för detta ändamål, för att undvika terminologisk oklarhet, avstå från ordet allmänt rättsmedvetande men med den historiska prioritetens rätt bibehålls det dock här.

Termen fungerar, i motsats till inom den reduktionistiska förståelseramen, som led i en teori om vad gällande rätt är. Denna kan sägas ha sin udd riktad mot två alternativa teorier, *naturrättsteorier*, religiösa eller sekulariserade, som i princip ser rätten som oföränderlig, och *lagpositivistiska* teorier som i princip ser rättens grund i en lagstiftarvilja.

Utrymme lämnas i stället för en förståelse av rättssystemet såsom avhängigt av de historiskt utvecklade samhällsförhållandena, av sociala och ekonomiska förhållanden. Utrymme lämnas vidare för förståelse av vad varje praktiskt verksam jurist vet – att i rättssystemet ingår en mängd principer och normer som inte har stöd i lag – och vad varje lagstiftare vet (eller borde veta) – att rättssystemet i lika hög grad styr lagstiftaren som vad denne styr rättssystemet.

Men även om man på detta sätt får en teoretisk förståelseram för vad gällande rätt är lämnar teorin öppet hur rättskällevärdet är utformad i en historiskt given situation. Förskjutningar kan inträda i den betydelse som lagar, förarbeten, prejudikat, sedvanerätt, doktrin, etc tillmäts. Rättskällevärdet i epistemologisk mening är en uppgift för konkret empirisk forskning och inte teoretiska spekulationer.

Vad som nu sagts innebär att gällande rätt tillerkänns sådan "existens" att den kan vara föremål för någon form av verklig kunskap. Samtidigt är det dock uppenbart att gällande rätt i denna mening inte är ett empiriskt fenomen av sådant slag att det kan undersökas med en reduktionistisk teoribildning.

Här ligger en av grundmotsättningarna mellan de två synsätt på rättsmedvetandet som jag tagit upp. För egen del menar jag att vi dömer oss till en endimensionell och fattig verklighet, om vi inte accepterar att det är möjligt att utveckla kunskap som förtjänar kallas vetenskaplig också om sådant som ideologier, kulturmönster och gällande rätt.

Som formell princip utgör det allmänna rättsmedvetandet alltså ett led i en teori om rättens existensform. Men i en given historisk situation tillerkänns rättsmedvetandet också ett materiellt innehåll.

Det får därigenom också en *normativ* funktion. Rätten finns inte direkt given för omedelbar iakttagelse. Rättsmedvetandet blir ett hjälpmedel för dess *konstruktion*. Om den formella sidan kan sägas innebära en öppning mot empiriskt samhällsstudium så öppnar den materiella sidan mot dogmatisk systematisering. Det är här betoningen av den juridiska traditionen och professionen kommer in.

Denna del av traditionen från historiska skolan har hos exempelvis *Reuterstiöld* kommit till uttryck i begreppet *rationell rätt* som enligt honom var en

del av det allmänna rättsmedvetandet. Den rationella rätten är enligt honom "sammanfattningen eller systemet af de ur rättsmedvetandet på logisk väg härledda rättsreglerna".<sup>14</sup> Att vi här ligger långt från de sociologiska enkätundersökningarna är uppenbart.

För många torde förekomsten av det nu behandlade normativa perspektivet utesluta möjligheten av vetenskaplighet. För egen del är jag av annan uppfattning och menar att även normativa sammanhang är möjliga att behandla objektivt.<sup>15</sup>

Med denna frågeställning tangerar vi ett par av den allmänna rättslärens mest uppmärksammade problem under senare år. Det gäller de om villkoren för *rationell argumentation* i juridiska sammanhang och juridiska utsagors *sanningshalt*. Begreppet *auditorium* är ett av de som kommit att användas för att förklara möjligheten till rationalitet och sanningsvärde i juridiska sammanhang.<sup>16</sup> Auditoriet är naturligtvis vad gäller rättsliga frågor ett som består av jurister. Och dess dom utgör det yttersta kriteriet för hållbarhet. Det är svårt att komma ifrån jämförelser med den historiska skolan.<sup>17</sup> Och det är också svårt att komma ifrån att det är någonstans i denna riktning som vi måste gå om vi inte vill döma ut juridisk verksamhet som hänvisad till att vara en känslornas och tyckandets fria tummelplats.

### Straffvärde<sup>18</sup>

Resonemangen om det allmänna rättsmedvetandet är i betydande omfattning överförbara till frågan om straffvärde. Detta följer redan av att rätts-

<sup>14</sup> Reuterskiöld, *Grunddragen af den allmänna rätts- och samhällsläran*, Uppsala 1912, s 72.

<sup>15</sup> För närmare detaljer hänvisas till min avhandling *Rättsystem och vetenskap*, Lund 1977, kap 7.

<sup>16</sup> Se t ex Perelman/Olbrechts-Tyteca, *The New Rhetoric*, Notre Dame 1971. För nordiskt vidkommande se Aarnio t ex *On Legal Reasoning*, Turku 1977, och *Linguistic Philosophy and Legal Theory*, *Rechtstheorie*, Beiheft 1 (1979) s 17.

<sup>17</sup> Begreppet *auditorium* har också, liksom historismen, djupa rötter i en aristotelisk tradition. Begreppet användes exempelvis även av den tidigare nämnde Vico till i princip samma ändamål som i modern teori. Se t ex Vico, *Opere*, ed Ferrari, vol II, s 10.

<sup>18</sup> Begreppet straffvärde har i motsats till det allmänna rättsmedvetandet inte en stark och lång historisk tradition. Det är under senare år som det fått en alltmer central ställning i kriminalpolitisk debatt. Detta har till stor del sammanhängt med frågan om *processuell nedkriminalisering*. Detta problem kan inte analyseras här men vad som i det följande sägs är enligt min mening av betydelse även för detta problem. För allmänna framställningar om straffvärde se Elwin, Heckscher & Nelson, *Den första stenen*, Stockholm 1975, s 314 ff, Jareborg, *Brotten*, Första häftet, Lund 1979, s 13 ff och 6 ff samt artiklar i *Påföljdsval, straffmätning och straffvärde* (BRÅ Rapport 1980:2). I den följande framställningen har försök gjorts att lägga huvudvikten vid andra aspekter än som behandlats i dessa verk. Dessa kompletterar alltså denna framställning. Jag vill i detta hänseende särskilt peka på Jareborgs artikel *Straff och rättvisa* (i BRÅ Rapport 1980:2).

medvetandet i straffrättsliga sammanhang naturligt kommer att huvudsakligen gälla just straffvärdefrågor – eller med andra ord, dels frågor om gränsen mellan straffritt och straffbart och dels graden av straffvärde för de straffbara handlingarna.

På samma sätt som för rättsmedvetandet kan man göra distinktioner mellan olika sätt att uppfatta straffvärdet. Man kan skilja mellan uppfattningar om vilket straffvärde gärningar har enligt gällande rätt och vilket de bör ha, man kan skilja mellan individuella och kollektiva uppfattningar och beträffande de senare mellan reduktionistiskt och holistiskt uppfattade värderingar.

Genom att vi uttryckligen rör oss med ett värdebegrepp kan en komplikation i förhållande till resonemanget vid rättsmedvetande synas tillkomma. Jag avser frågan om värderingarnas natur. Någon ny komplikation är det dock inte frågan om. Rätten är ett värdesystem och även rättsmedvetandet innefattar därför självfallet värderingar. Det är här inte möjligt att gå in på den värdeteoretiska problematiken. Det skall endast sägas att min ståndpunkt i korthet innebär att det finns värdesystem som kan sägas ha objektiv existens, att systematisk kunskap om dessa är möjlig och att det är möjligt att argumentera rationellt givet ett visst värdesystem.<sup>19</sup>

Vad gäller straffvärde finns också anledning att skilja mellan bedömningar som görs av lagstiftare och sådana som görs av rättstillämpare. De förra avser alltid gärningstyper medan de senare avser konkreta gärningar. I det förra fallet kan vi tala om *abstrakt straffvärde* och i det senare om *konkret straffvärde*.

Att något har ett straffvärde innebär detsamma som att det finns skäl att utmäta straff för detta. Förekomsten över huvud taget av något straffvärt innebär alltså att det finns skäl att ha ett straffsystem, att vissa gärningstyper är straffvärda är detsamma som att det finns skäl att kriminalisera dessa och att en konkret gärning är straffvärd innebär att det finns skäl att bestraffa denna. Vilka skäl som är relevanta beror dock på vilken nivå man rör sig och om man rör sig inom eller utom ramen för ett givet normsystem.

När man i lag föreskriver straff är det för en viss gärningstyp och alltså i princip oberoende av vem som begår den. Skälen för själva straffbeläggningen kan därför aldrig hänföra sig till behov som är individuella i den mening att de växlar från person till person. Individuella behov som skulle vara omedelbart relaterade till företagande av brott kan däremot motivera kriminalisering. Vissa soningsläror är av detta slag. I vissa fall har tankar av

<sup>19</sup> Min uppfattning har jag utvecklat i *Rättssystem och vetenskap*. Se särskilt s 113 ff och 204 ff.



detta slag även legat i botten på individualpreventiva straffteorier. Utgångspunkten är då att lagöverträdelser kan ses som så starka symptom på individuella avvikelser i behov av vård att vårdbehovet kan motivera kriminalisering.

I dag torde ingen på allvar hävda sådana uppfattningar. Hänsynstagande till individuella behov måste när så är motiverat tas i annan ordning. Individualprevention kan inte motivera kriminaliseringar.

Skälen för kriminalisering hänför sig i stället till just gärningstyperna. Dessa anses från en eller annan synpunkt som inte önskvärda. Vad som i första hand är avgörande för om de skall anses straffvärda och vilken grad av straffvärde de bör tillmätas är hur högt man sätter de värden som gärningstypen kränker eller hotar. Straffvärdet är alltså i långa stycken en reflex av en positiv värdeskala. Efter hänsynstagande till skuldprincipen kan man placera olika gärningar på en skala som i princip uttrycker moralisk förkastlighet.

En mängd andra synpunkter kan dock inverka på hur straffvärdet bestäms. Förekomsten av andra styrmedel, möjligheten till faktisk kontroll, hur vanlig gärningstypen är och hur gärningstypen värderas i "det allmänna rättsvetandet" är exempel på faktorer som kan tillmätas betydelse. Självfallet är det också av stor betydelse för vilka faktiska straffnivåer man kommer att hamna på, hur pass effektivt straffsystemet förmodas vara ur preventiv synvinkel.

Efter sammanvägning av olika synpunkter kan beslut fattas om den abstrakta straffvärderingen i lagen. Från lagstiftarens sida är här fråga om gärningstypernas *materiella straffvärde*. Hållbarheten av besluten är beroende av hur goda skäl som kan ges för kriminaliseringen.

Skälen som ligger bakom kriminaliseringen framgår inte av lagstiftningen som sådan. Oberoende av dessa är dock rättstillämparna i princip bundna av lagens föreskrifter. För den som tillämpar lagen får därigenom den abstrakta straffvärderingen i lagen karaktär av *formellt straffvärde*. En avgörande förutsättning för att ett beslut om en konkret gärnings straffvärde skall vara korrekt är således att beslutet stämmer överens med lagens föreskrift. Så långt som det formella straffvärdet sträcker sig varken krävs eller duger andra skäl för besluten än hänvisning till detta.

Det formella straffvärdet inskränker sig dock på intet sätt till själva lagstiftningen. Omfattningen beror på var man anser att gränserna går för vad som är *gällande rätt*. Dess utformning är beroende av allmänna rättsgrundsatser, förarbeten, prejudikat m m.

Även om fristående skäl i princip inte krävs så länge som rättstillämparen

endast följer gällande rätt är det viktigt att betona att det inte finns någon naturligt given eller objektivt fastställbar gräns för rättssystemets omfattning. Gällande rätt är en tankemässigt konstruerad enhet och hur långt konstruktionen kan eller bör drivas är en värderingsfråga. Men oavsett åsikt i det hänseendet är det uppenbart att ju längre ut från rättssystemets kärnområde som man rör sig desto mer kommer argumentationen att överensstämma med den som gäller en materiell straffvärdebedömning – alltså inrikta sig på skälen för olika ståndpunkter. Rättssystemet styr dock starkt också vilka typer av skäl som får tilläggas relevans.

Att rättssystemet förutsätts vara systematiskt och enhetligt uppbyggt, utan inre motsägelser, begränsar starkt antalet möjliga alternativ i olika fall.

Vid den konkreta straffvärdebedömning som straffmätningen innefattar lämnar själva lagen i svensk rätt formellt hela straffskalan fri för utnyttjande. Självfallet är dock förutsatt att straffmätningen skall ske efter fasta principer som skall tillämpas på ett enhetligt sätt. I många länder har sådana principer uttryckligen lagfästs, i allmänhet i fakultativa regler (som alltså lämnar utrymme för avvikelser om goda skäl kan åberopas för detta). I andra länder ägnar domstolarna betydande utrymme åt straffmätningsfrågor i sina domskäl och kan därigenom främja en enhetlig tillämpning. För svensk rätts del finns inget av dessa styrmedel. Oklarhet råder också om de närmare principerna för straffmätning.<sup>20</sup>

Det abstrakta straffvärdet är alltså knutet till gärningstyper i princip oberoende av vem som utför gärningen. Vid konkret straffvärdering kan situationen synas annorlunda genom att det finns en gärningsman vilken är den som rent faktiskt får utstå straffet. Även här kvarstår dock att det är gärningen och inte gärningsmannen som har ett straffvärde. Den konkreta straffvärderingen måste därför ske från samma synpunkter och efter samma kriterier som den abstrakta. Vad som tillkommer vid konkret beslutsfattande är att gärningens straffvärde måste vägas mot andra hänsyn vid bestämmande av den särskilda påföljden. Även om det inte finns någon naturlig gräns mellan straffvärde- och andra hänsyn, och gränsen också är diffus enligt gällande rättssystem är den viktig ur principiell synvinkel.

För svensk rätts del är gränsen uppenbar i så måtto att det är helt klart att andra synpunkter än straffvärdesynpunkter är av avgörande betydelse för *påföljdsvalet*. ”Särskilt avseende” skall vid detta fästas ”vid att påföljden skall vara ägnad att främja den dömdes anpassning i samhället”. Hänsyn till den dömdes behov blir alltså av avgörande betydelse. Mot behovssyn-

<sup>20</sup> Fängelsestraffkommittén har i uppdrag (Dir 1979: 34) att överväga om det skulle innebära fördelar att införa allmänna regler för påföljdsval och straffmätning.

punkterna står straffvärdesynpunkterna. Dessa sätter gränser för behovs-  
synpunkternas inverkan (lagtekniskt sker detta vid villkorlig dom genom  
anknytning till det konkreta straffvärdet (BrB 27: 1 st 2) och vid skyddstill-  
syn genom anknytning till det abstrakta straffvärdet (BrB 28: 1 st 3).

Även vid straffmätning kan andra hänsyn än straffvärdehänsyn inverka. I  
den avdelning i brottsbalken som handlar om *påföljderna* så finns i 33 kap.  
regler som är av stor betydelse också för straffmätningen. De regler som  
medger lägre påföljd för ungdomar och psykiskt störda måste uppfattas som  
anvisning om att, vid sidan av att straffvärdet kan vara lägre i sådana fall,  
för dessa grupper en ytterligare nedsättning av straffet skall ske (jfr BrB  
33: 2 st 1 och 26: 4).

Möjligheten enligt BrB 33: 4 till att även i andra fall gå under straffmini-  
mum eller helt avstå från påföljd måste också rimligtvis uppfattas så att  
hänsyn skall kunna tas till omständigheter som ligger vid sidan av straffvär-  
det. En påföljdseftergift lär, i motsats till ett frikännande, innebära en  
förklaring att gärningen i och för sig är straffvärd men att ansvaret med  
hänsyn till andra särskilda omständigheter inte utkrävs. Sammanfattnings-  
vis vill jag kalla hänsyn som ligger vid sidan av straffvärdehänsyn för  
*billighetshänsyn*.

Till billighetshänsyn kan vi då även hänföra inverkan av exempelvis  
preskriptionsregler och regler om sanktionskumulation. Att någon råkat ut  
för andra obehagligheter än straff i samband med ett brott eller att brottet  
skedde för länge sedan påverkar inte gärningens straffvärde i och för sig.  
Däremot kan det gentemot gärningsmannen vara obilligt att kräva ut fullt  
straffansvar.

Billighetshänsyn är också avsedda att påverka straffmätningen utan di-  
rekt stöd av lagstadganden. Detta förklarar varför man använder sig av  
överlappande straffskalor mellan olika grader av samma brott. Vid brotts-  
graderingen är i princip endast straffvärdesynpunkter relevanta medan  
andra hänsyn kan göra sig gällande vid straffmätningen. Det närmare  
förhållandet häremellan är dock mycket komplicerat och oklart.

Med billighetshänsyn brukar ofta avses sådana hänsyn som ligger vid  
sidan av vad den formella rättvisan kräver. Här har ordet använts i en fråga  
dessa avvikande betydelse. Vad som avses är sådana hänsyn som ligger vid  
sidan av straffvärdebedömningen. Dessa kan ha sin grund i lagstiftning.  
Formella rättviseargument är ofta av betydelse. (I detta språkbruk bygger  
alltså exempelvis dagsbotssystemet på billighetshänsyn. Antalet dagsböter  
är huvudsakligen beroende av straffvärdet medan dagsbotens storlek beräk-  
nas utifrån billighetshänsyn – i detta fall förmåga.)

### Avslutning

Den nyklassiska kriminalpolitiken har sin grund i behandlingsoptimismens död. Man har fått belägg för att de skäl som låg bakom vårt behandlingsorienterade system inte varit hållbara. Behandlingstanken har dock aldrig fått mer än marginellt inflytande på själva kriminaliseringspolitiken. Det är därför naturligt att oppositionen främst gällt påföljdssystemets utformning och handhavande. I första hand är det påföljdsvalsproblematiken som stått i centrum.

Lagregleringen har här förutsatt att det för beslutsfattarna skall vara möjligt att göra individuella prognoser och utifrån detta välja påföljder som är ägnade att "främja den dömdes anpassning i samhället". Följden har blivit att ett normbundet beslutsfattande ersätts med ett konsekvensorienterat.

Ur tillämparnas synvinkel innebär det att man i hög grad berövats möjligheten att rättfärdiga sina beslut med att de överensstämmer med ett formellt system. Andra skäl har krävts för besluten men vilken typ av skäl som varit användbara har reglerats genom påföljdssystemets principiella uppbyggnad. Beslutsfattarna har därmed satts i en omöjlig situation. Det är varken så att de påföljder de haft till förfogande kunnat främja anpassning i samhället eller så att de haft möjlighet att göra hållbara individuella prognoser. Lösningen har i huvudsak blivit att domstolarna återfallit på informellt utbildade beslutschabloner kompletterade av en ganska ymnig prejudikatbildning.<sup>21</sup> Lagstiftaren har inte tillhandahållit någon egentlig hjälp.

I nyklassiska skrifter har som botemedel ofta angetts en återgång till att låta straffvärdebedömningar bli mer avgörande för hela påföljdsbestämningen. Kritiken mot nyklassicismen har i sin tur uttryckt farhågor för att detta skulle innebära höjda straffnivåer och minskade möjligheter till individuella hänsyn.<sup>22</sup> Utan att direkt ansluta sig till en behandlingssideologisk syn har man ansett det viktigt att trygga den nuvarande praxisen.

Om mina tidigare synpunkter är riktiga behöver dock inte någon egentlig motsättning föreligga. Såväl nyklassikerna som deras kritiker borde kunna tillgodoses genom ett system med normbundet beslutsfattande som ger rimligt utrymme för billighetshänsyn gentemot straffvärdehänsyn. Legalitet, rättssäkerhet och förutsägbarhet behöver inte vara oförenligt med hu-

<sup>21</sup> Någon absolut motsättning mellan normbundet och konsekvensorienterat beslutsfattande finns inte. Relationerna mellan dessa former av beslutsfattande finns behandlat i *Rättssystem och vetenskap*, s 257 ff.

<sup>22</sup> Frågan om möjligheten till individuella hänsyn vid straffrättsligt beslutsfattande har jag behandlat i *Gärning och individ inför domarskranken*, SvJT 1980 s 175 ff.

manitet och hänsynstagande till individuella förhållanden. Gärningens straffvärde är inte den enda faktorn av betydelse vid straffrättsligt beslutsfattande.

Vad gäller straffmätningen torde ingen oenighet föreligga om att straffvärdet måste tillmätas en avgörande betydelse. Inte heller lär oenighet råda om att en likformig och konsekvent tillämpning är önskvärd. Då tillämparna som individer naturligtvis har olika synpunkter och värderingar är enda möjligheten att trygga detta att det formella straffvärdet tillmätts avgörande betydelse. Ett sådant kan utvecklas på olika sätt men i en så oklar situation som i dag råder i Sverige, borde det vara naturligt att lagstiftaren bidrar. Självfallet måste han härvidlag vara uppmärksam för att undvika risker för att binda domstolarna vid en tillämpning som i enskilda fall framstår som stelbent eller orättfärdig. Reservutgångar måste finnas.

Både ur demokratisk synvinkel och för att systemet inte skall bli ineffektivt är det av stor betydelse att straffrättskipningen inte för folk i allmänhet framstår som orättfärdig eller obegriplig. Det är viktigt att den har kontakt med "det allmänna rättsmedvetandet" i reduktionistisk mening. Dess innehåll är visserligen endast ett av många skäl som måste vägas in vid straffrättsystemets utformning och tillämpning. För att trygga att straffrättsystemet inte förlorar kontakten med vanligt folks föreställningar kan olika metoder tillgripas. Hänsyn till rättsmedvetandeundersökningar är endast en och inte den viktigaste. Det är väsentligt att systemet är sådant att det lämnar utrymme för insyn, kontroll och påverkan. Offentlighetsprincipen och lekmannainflytandet i domstolarna är viktiga inslag för att trygga en folklig straffrätt. Systemet måste också vara enkelt och överblickbart och därför systematiskt och det måste vara explicit. Detta ställer krav på utformning av både lagstiftning och domskäl.<sup>23</sup> Enligt min uppfattning är det därför viktigt för att få förtroende för straffsystemet hos det "reduktionistiska allmänna rättsmedvetandet" att man utvecklar det "holistiska allmänna rättsmedvetandet". För straffrätten skulle det främst innebära att påföljdsvalet får ske efter ett normerat beslutssystem, att lagstiftaren utvecklar regler för påföljdsval och straffmätning och att domstolarna i högre grad utvecklar sina domskäl i påföljdsbestämningsfrågor.

<sup>23</sup> De enda möjliga alternativen är dock inte lagstadgade straffmättningsregler (som tex i Finland och Österrike) och prejudikatbildning av traditionellt slag. I USA, och även andra länder, förekommer nu försök med sk *sentencing guidelines* eller riktlinjer för domstolarna, som bygger på faktisk praxis, tillskapas och förändras i annan ordning än lagstiftning och som inte binder domstolarna. För en närmare beskrivning se Victor, *Sentencing guidelines – straffmätning i USA* (i BRÅ Rapport 1980: 2).

Några av systemets upphovsmän har beskrivit nackdelarna med gällande system och fördelarna med det nya på följande sätt:

The objectives of criminal justice decisions usually have been poorly articulated. Even when explicitly stated, they often have produced controversy and frequently have contained conflicting goals. Explicit general policies setting forth a structure within which individual decisions may be carefully and fairly made rarely have been available to those making such decisions. When such statements have been attempted they often have been so vague and devoid of operational meaning as to be nearly worthless. This lack of explicit policy has led to widespread criticisms of unbridled discretion, unwarranted decision disparity, and inequity in the making of case decisions by our sentencing and paroling authorities and by other criminal justice system workers.

In this book it will be demonstrated that the articulation of decision policy, through the development of explicit written standards or guidelines, provides a feasible method of structuring and controlling decision discretion without removing the ability for individual case consideration. Moreover, it will be argued that by having made policy explicit, both the agency concerned and the general public are in a better position to evaluate the rationality and fairness of both that policy and the case decisions made.

(Gottfredson, Wilkins & Hoffman, *Guidelines for Parole and Sentencing*, Lexington 1978, s 1.)

Det 29:e nordiska juristmötet  
Stockholm den 19–21 augusti 1981

Torkel Opsahl

Utlendingers rettslige  
stilling

## Innhold

(Innledning)	s. 3 med teser (i)–(iii)
1. <i>Den gjeldende rettsstilling for utlendinger</i>	s. 4–7 med tese (iv)
Adgang til riket, s. 4. Rettsstilling i riket, s. 5. Internasjonale garantier, s. 6.	
2. <i>Grunnbegreper og prinsipielle synspunkter</i>	s. 7–12 med teser (v)–(xiii)
Begreppet utlending: enhet og mangfold, s. 7. Fremmedrett i snever forstand: Adgang og opphold, s. 8. Fremmedrett i vid forstand: Utlendings rettsstilling i alminnelighet, s. 10. Fremmedlovgivningens form, s. 10. Den nordiske dimensjon, s. 11.	
3. <i>Nærmere om reguleringen av innreise og opphold</i>	s. 12–16 med teser (xiv)–(xviii)
4. <i>Nærmere om utlendingers rettsstilling i riket</i>	s. 16–18 med teser (xix)–(xxi)
5. <i>Andre spørsmål, bl. a. om saksbehandling og rettssikkerhet</i>	s. 18–21 med teser (xxii)–(xxvii)
Kilder og forkortelser	s. 22



## Utlendingers rettslige stilling

Av professor dr. jur. TORSEL OPSAHL

Som følge av de store folkevandringer i tiden er fremmedlovgivningen, eller utlendingslovgivningen, blitt en stadig kilde til strid og er nå i støpeskjeen i de fleste land. Erfaringens første tese lyder slik:

*(i) Så lenge det ikke er mange fremmede, kan enhver fremmedlov være god nok.*

Og den neste blir antakelig:

*(ii) Når det blir for mange fremmede for folk flest, virker ingen fremmedlov god.*

Samvittighetsspørsmålet er om dette punkt virkelig allerede er nådd i våre land, slik mye tyder på.

Sverige førte en tid bevisst en politikk med stor innvandring. Danmark, Finland, Island og Norge har vært mindre merket av spørsmålet inntil mer nylig. Men i det siste tiår er det blitt aktuelt iallfall i Danmark og Norge. Det er i Norge likevel ikke blitt noen periode med tallmessig stor innvandring, bare en som var annerledes. Det gjeldende lovverk lot seg da snart bruke til å innføre skjerpede restriksjoner. De kom gradvis, fram til den såkalte "innvandringsstopp" som diskusjonen nå står om.

Denne utvikling har ikke berørt det felles nordiske arbeidsmarked, passkontrollavtalen m.m., tiltak hvis betydning for Norden neppe kan overvurderes. Hertil har det siste tiår brakt Danmarks medlemskap i EF, med fri gjensidig bevegelse innenfor dette store område. Dette er en kraftig rettslig og politisk binding på statens alminnelige utlendingspolitikk:

*(iii) Enkelte nasjonaliteter betraktes i praksis omtrent ikke som utlendinger.*

For å få perspektiv og proporsjoner må en alltid ha disse tiltak til fordel for nært samarbeidende nasjoner for øye, men det må her være nok å nevne dem.

Dette referat kan bare skissere noen hovedtrekk og synspunkter. Det skal tjene som grunnlag for å få emnet drøftet på en prinsipiell måte, i lys av de mest aktuelle problemer. Endel "teser" og spørsmål til diskusjon markeres underveis med små romertall (i–xxvii).

## 1. Den gjeldende rettsstilling for utlendinger

De følgende hovedtrekk gjelder stort sett stillingen i Norge. Tendensene, om ikke detaljene, er så vidt jeg vet tilsvarende i andre nordiske land. De suppleres av våre internasjonale forpliktelser som ofte er felles.

### Adgang til riket

Lovgivningen – i Norge lov om utlendingers adgang til riket m.v. (fremmedloven) av 27. juli 1956, utfylt med forskrifter og praksis – innebærer at *innreise* og *utreise* generelt er forholdsvis fri, selv om det er adgang til *avvisning* og *utvisning* i enkelte tilfelle som loven nevner. Likevel gjelder det delvis også *visumplikt*, avhengig av utlendingens nasjonalitet. Og den enkelte utlendings rett til *opphold* av noen varighet (regulært utover 3 måneder) avhenger av særskilt tillatelse i h.t. lov og forskrifter. Hans rett til *arbeid* krever imidlertid en egen tillatelse utover dette. Og under ”innvandringsstoppen” siden 1975 gjelder som hovedregel at det ikke skal utstedes nye første gangs arbeidstillatelser. Men det er dispensasjonsadgang for en rekke kategorier, enten p.g.a. en særlig tilknytning, eller fordi det er behov for dem (spesialister). Disse kategorier utgjør dagens innvandring av arbeidstakere. Samtidig er presset for å oppnå oppholdstillatelse økt, bl.a. gjennom familie- og studentinnvandring, som også medfører adgang til arbeid, iallfall delvis (studenter). Dette gir i mange tilfelle muligheter til å unngå virkningene av innvandringsstoppen.

Adgangen til å nekte tillatelse til opphold og arbeid til de utlendinger som ikke fyller vilkårene, er et viktig innvandringspolitisk virkemiddel. I utgangspunktet gir det utlendingsmyndighetene stor skjønnsmessig frihet. Den særlige adgangen til under enhver omstendighet å utvise den enkelte utlending når særlige forhold foreligger, i første rekke kriminalitet og annen dårlig tilpasning, er noe nærmere regulert i loven.

I forsøkene på å vinne generell kontroll over innvandringen, er lovverket brukt gjennom nye og skjerpede forskrifter, bl.a. om vilkårene for å gi tillatelser til opphold og arbeid, og om behandlingen av disse saker. Et slikt vilkår som at tillatelser skal være søkt og avgjort før innreise, har fått større og større betydning som middel til å sile innvandringen og forebygge vanskeligheter med å håndheve loven og fremmedpolitikken. Forøvrig gjelder i prinsippet de vanlige regler om forvaltningens saksbehandling, men tilpasningen av disse regler (i Norge særlig forvaltningsloven av 10. februar 1967),

har i praksis undertiden vært noe uklar.

Utlendingssakene behandles dels av den ordinære utenriks- og innenriksforvaltning, hovedsakelig av politiet som den ordinære ytre etat, og i Norge av Justisdepartementet som sentralt organ og dermed som instruksjons-, klage- og omgjøringsinstans. Men også et eget sentralt organ, i Norge Statens utlendingsskontor, har i praksis viktige oppgaver, dels i klagesaker og dels som første instans (sml. i Sverige Statens Invandrarverk og i Danmark Tilsynet med udlændinge).

Alt dette tilhører det vi kan kalle fremmedretten i snever forstand.

### **Rettsstilling i riket**

Til fremmedretten i videre forstand hører også de regler som gjelder utlendingen forøvrig, særlig hans rettsstilling i riket. Her gir ikke fremmedloven og fremmedforskriftene svar, men andre lover og alminnelige prinsipper.

Enkelte lands grunnlover har alminnelige regler om utlendingers stilling. I Norden er det få eller ingen alminnelige regler som fastslår utlendingers likerett eller rettsbeskyttelse, og heller ikke mange uttrykkelige særregler. Det må avhenge av den enkelte rettskilde hvilken personkrets den omfatter. Grunnloven kan f.eks. forbeholde stemmerett ved valg til nasjonalforsamlingen og embeter i staten for statsborgere (slik N.grl. §§ 50 og 92). Også mange andre offentligrettslige lover skiller mellom statsborgere og utlendinger, bl.a. m.h.t. erverv av eiendom og tillatelser til å drive visse slags virksomhet. Slik diskriminering i lovgivningen på økonomiske og sosiale områder på basis av nasjonalitet har historisk spilt stor rolle, men har vært noe på retur i de siste årtier. Den er f.eks. stort sett fjernet fra den alminnelige konsesjons- og trygdlovgivning i Norge. Den motvirkes bl.a. av internasjonale avtaler og av mer forpliktende samarbeid, på basis av gjensidighet. Det er også lover som trekker skillet annerledes, f.eks. mellom innvånere (som foruten statsborgere omfatter utlendinger med fast domisil) og andre (utlendinger).

Det kan idag neppe stilles opp noen hovedregel eller alminnelig presumsjon om nasjonal lovgivnings anvendelse på utlendinger. Den interlegale rett fastlegger stillingen nærmere. Foruten de internasjonale-privatrettslige lov- og algsregler m.h.t. personalstatutt, eiendom, familierettslige spørsmål m.m., er det sikre holdepunkter for når en kan anvende straffeloven (i Norge § 12 jfr. § 14) og andre sentrale lovverk, f.eks. prosesslovgivningen, i forhold til utlendinger. Avgjørende er naturligvis ikke bare statsborgerforholdet, men

en rekke andre faktorer, som oppholdssted, stedet for handlingen eller det omtvistede gode, og det kompetente forum.

### **Internasjonale garantier**

Ingen rett for utlendinger til innreise eller opphold har fulgt av den alminnelige og uskrevne folkerett. Alene nasjonal rett eller traktater kan sikre denne, og har altså vært de eneste kilder til fremmedretten i snever forstand. Det er i den videre forstand at fremmedretten har vært et klassisk emne allerede i den alminnelige folkerett: *Under sitt opphold er utlendinger folkerettslig beskyttet i visse henseender, dels med grunnlag i sivilisasjonens minstekrav, dels i sin egenskap av borgere av en annen stat, og dels som følge av et krav om respekt for fremmed rett og fremmede rettsakter (Ross).*

Den nasjonale retts adgang til å fastlegge utlendingers stilling hva angår fremmedretten både i snever og vid forstand ("lov følge eller land fly") begrenses ytterligere av en rekke nyere internasjonale garantier. Jeg tenker ikke her så mye på de internasjonale markedsordningene og andre regionale integrasjonstiltak (foredragsemne på Nordisk Juristmøte 1969), men mer på det internasjonale vern om menneskerettighetene (forhandlingsemne samme sted 1978). Fremmedretten er som følge av dette nå hverken et reservert domene, eller hovedsakelig "domestic jurisdiction", som det heter i FN's pakt art. 2(7).

Vernet om menneskerettighetene har påvirket begge de klassiske hovedsynspunkter i folkeretten – for det første er selve utgangspunktet rokket, og for det annet er beskyttelsen konkretisert og supplert i atskillige enkeltheter og på inngripende vis. Ved ratifikasjon av en menneskerettskonvensjon som den europeiske, blir følgen at staten, som den Europeiske Menneskerettskommisjon uttrykte det i en tidlig sak mot Sverige,

*(iv) "must be understood as agreeing to restrict the free exercise of its rights under general international law, including the right to control the entry and exit of foreigners to the extent and within the limits of the obligations which it has accepted under that Convention."*

Denne almensats lyder temmelig selvfølgelig, men er i sin sammenheng et meget viktig tolkningsprinsipp av generell rekkevidde. Selv om konvensjonen i likhet med alminnelig folkerett ikke i seg selv gir noen rett til adgang eller opphold, kan den følge indirekte av at statens frihet til å regulere og

kontrollere begrenses av de enkelte forpliktelser staten har tatt på seg. I en omfattende praksis er det slått fast at bl. a. retten til beskyttelse mot umenneskelig og nedverdiggende behandling (EMK art. 3) og retten til respekt for familielivet (EMK art. 8) kan gi et slikt grunnlag.

Av særlig interesse for utlendinger under deres opphold er f.eks. kravet på opplysning i et språk man forstår ved arrest (EMK art. 5(2) og tiltale (6(3)(a)), domstolskontroll med frihetsberøvelse med sikte på avvising, utvisning eller utlevering (EMK art. 5(4) jfr. 5(1)(f)), og fri tolk under straffesak (EMK art. 6(3)(e)). Alle disse prinsipper går igjen i FN's pakt om sivile og politiske rettigheter, som med sin valgfri protokoll om individuell klagerett nå binder alle de nordiske land. Pakten gir dessuten et visst vern mot vilkårlig utvisning (art. 13).

Den *internasjonale klagerett* er en prosessuell garanti. Prinsipielt og praktisk er den en like fundamental nydannelse som de materielle begrensningene. Både Europakonvensjonen (art. 1) og pakten (art. 2) beskytter enhver, og altså ikke bare innlendinger, og heller ikke bare borgere av statspartene overfor andre statsparter. Av samtlige klager registrert ved Menneskerettskommisjonen i årene 1976–78 (1135), kom henimot fjerdeparten (258) fra utlendinger mot oppholdsstaten, altså relativt langt fler enn fra innlendinger. Og svært mange av dem var fra fjernere land, utenfor Europarådet.

## 2. Grunnbegreper og prinsipielle synspunkter

Noen stikkord er allerede angitt: Utlending, fremmedrett i snever og i vid forstand.

### Begrepet utlending: Enhet og mangfold

I sin abstraksjon kan loven som utgangspunkt nøye seg med å fastslå at utlending er enhver som ikke er statsborger, (i Norge til og med bare i en lakonisk parentes i fr.1. § 3). Men i praksis må nærmere omstendigheter bestemme rettsstillingen.

Selv om diskriminering f.eks. etter nasjonalitet, rase eller politisk oppfatning er prinsipielt lite egnet som holdepunkt for de nærmere regler etter det herskende syn idag, er en differensiering mellom utlendinger etter andre kjennetegn vel kjent og helt nødvendig. Loven og forskriftene gir glimt inn i livets og utlendingenes mangfold (med sine særregler f.eks. for omstreifere,

fr. l. § 11, artister, handelsreisende, profesjonelle idrettsutøvere, sjømenn, frf. §§ 34, 46, 48).

Samfunnets holdninger til utlendingene vil variere meget sterkt, som historien har vist, ettersom de f.eks. kommer som leiesoldater (Kringen 1612), okkupanter, krigsfanger eller allierte styrker (1940–45), som kapitalister og entreprenører (gründere) eller anleggsarbeidere (rallare), som diplomater eller flyktninger, som sigøynere eller studenter. Et tidligere utvandringsland har vanskelig for å klare omstillingen til innvandringsland. Så lenge utlendingene var få og som regel hadde utdanning og inntekt over gjennomsnittet av befolkningen, var problemene – om noen – helt andre enn når forholdet blir vendt om til innvandring av sosialt, økonomisk, kulturelt og politisk underprivilegerte, enkle mennesker i oppbrudd fra nød og stagnasjon.

Det rettspolitiske dilemma er hvordan variasjonene i omstendigheter hos de ulike nasjonaliteter, raser og kulturer skal avspeiles i loven og innvandringspolitikken. I strevet for likestilling er dette i prinsipp blitt tabu som debatterte. Men i praksis farger det standpunktene, både hos idealister og hos kynikere:

*(v) Hvor det er hjerterum er det husrom, med velvilje er det plass for mange flere i våre land. Men idag er det vanskelig f.eks. i Norge å skrive en generell fremmedlov som ikke blir en kamuflert lov for enkelte markerte innvandrergupper.*

### **Fremmedrett i snever forstand: Adgang og opphold**

Gjennomgående bestemmes utlendingens rettslige stilling av et regelverk som ikke umiddelbart gir ham noen rettigheter, særlig med hensyn til adgang og opphold. Reglene er *heteronome*, gitt av statsborgere for andre. Med en Hegelsk tanke kunne en hevde at de først og fremst tjener til å legitimere makten over de avmektige.

En slik *lougivning uten rettigheter* har den konsekvens for utlendingers adgang og opphold at en *offentlig tillatelse* i alminnelighet er den eneste kjennsgjerning som kan stifte en rett. Således går idag det kanskje mest fundamentale skillet mellom den anerkjente og den ikke anerkjente utlending, mellom ham med og ham uten de behørige papirer. Bør ikke loven anerkjenne andre rettsstiftende kjennsgjerninger enn slik tillatelse, dvs. umiddelbare rettigheter i visse forhold?

*(vi) Humanitære hensyn må ofte slå igjennom når spenningen blir sterk, og skillet virker urimelig. Disse hensyn gjelder ikke bare for statsløse og flyktninger.*

Det er på den annen side vanskelig å tenke seg noen utlendingskontroll uten slike skillelinjer og papirer. Men like vanskelig er det å håndheve reglene når følelsene – og pressen – råder: ”Hvor tårene siler og blitzene lyner, er det ikke lett å iverksette en avvisning”, kom det noe resignert fra en embetsmann med daglig erfaring på området. Dilemmaet kan bli totalt. Eller som en norsk politiker nylig fastslo:

*(vii) Nordmenn er for den generelle innvandringsstopp, men de er mot at den blir praktisert i det enkelte tilfelle.*

Likevel kommer en neppe utenom *tillatelsessystemet* som hovedvirkemiddel. I norsk fremmedrett har dette system grodd fram på en noe tilfeldig måte. I andre rettsgrener, både eldre, som næringsrettens konsesjonslovgivning, og nyere, ikke minst innenfor petroleumsretten, er tillatelsessystemet planmessig utviklet til et hovedinstrument for styring. Det har ikke stått like mye kapasitet til rådighet for den juridiske utbyggingen av den alminnelige fremmedrett som på slike mer rentable fagområder. Og heller ikke er klientene – utlendingene – ofte så forsynt med juridisk ekspertise som f.eks. oljeselskapene.

Det lyder nok derfor som et rimelig krav at utlendingene selv skal kunne holde oversikt over reglene og sin rettsstilling. Det er også et rimelig ønske hva jeg har hørt fra utlendingsmyndighetenes side, at reglene i det minste ikke må bli for innviklet for disse myndigheter selv. De har alt for lenge måttet greie seg med et fåtall ansatte.

Hele systemet må imidlertid nå gjennomtenkes. At staten *etter folkeretten* kan sies å stå *fritt* mht. hvem den vil gi og nekte opphold, er bare et utgangspunkt. Det er ikke lenger alltid holdbart. Men viktigere er at hverken utgangspunktet eller de folkerettslige modifikasjoner gir noen større hjelp under den nasjonale lovgivers overveielser.

*(viii) Det er helt urimelig i en rettsstat, og slett ikke noen god måte å fremme folkerettens utvikling på, så å si å delegere den folkerettslige handlefrihet totalt f.eks. til lokale myndigheter. Man må derfor godta en betydelig utbygging både av apparatet og av regelverket, hvis en vil ta hensyn til alle de omstendigheter – og kontrollere/tilgodese alle de utlendinger – som nå er blitt aktuelle.*

Selv om fremmedretten i snever forstand ikke baseres på subjektive rettigheter for den enkelte utlending, må den iallfall så vidt mulig objektivt tilgodese også deres interesser. Dette kan skje ved at myndighetene pålegges plikter selv om motstykket ikke er subjektive rettigheter for utlendingen.

*(ix) Lovens formål bør være å danne grunnlag for nødvendig regulering av og kontroll med inn- og utreise samt utlendingers opphold og virksomhet i riket. Den bør lette besøk, trygge bosetting og fremme rettssikkerhet for den enkelte utlending.*

### **Fremmedrett i vid forstand: Utlendings rettsstilling i alminnelighet.**

Som nevnt kan man idag neppe stille opp noen alminnelig presumsjon om rettssystemets rekkevidde i forhold til utlendinger. Lovgivningen kan i mange forbindelser gjøre forskjell etter nasjonalitet, og spesielt mellom statsborgere og utlendinger, uten at dette kan anses for usaklig eller kommer i konflikt med internasjonale forpliktelser. Men det er etter min mening mulig og ønskelig å stille opp en hovedregel.

*(x) Utlending bør under sitt opphold i riket ha samme rettigheter og plikter som statsborgere når ikke annet er bestemt.*

Grunnlag for unntak kan det være f.eks. at oppholdet er midlertidig og kortvarig. Men slik bestemmelse må treffes ved lov eller med hjemmel i lov.

### **Fremmedlovgivningens form**

Det kan vel være at de eldre fremmedlover har hatt noen tekniske svakheter, og de har ikke tidligere vært gjenstand for så omfattende offentlige utredninger som i de senere årene. At fremmedloven er en "fullmaktslov", er et sentralt trekk, og det er kommet i forgrunnen i kritikken. Men det er jo ikke enestående i offentlig rett. Det er heller ikke så lett å få øye på bestandig. Hvor viktig en "uskyldig" fullmakt vil vise seg å være, avhenger ikke så mye av lovteksten som av sammenhengen. I Norge viste det seg først i 1970-årene hvilken omfattende fullmakt som lå i bestemmelsen om arbeidstillatelse (frl. § 10 jfr. § 29). Den ble grunnlaget for innvandringsstoppen. Også i Danmark har utlendingslovens fullmaktskarakter vært fremhevet i kritikken mot



den. (Til. gjengjeld forlyder det fra Sverige at den nye lov av 1980 allerede har pådratt seg kritikk for å være komplisert og vanskelig å forstå.)

Annen erfaring har vist at det er mulig å komme fra fullmaktslover til mer utførlige "rammelover". Regler som fra først av er gitt pr. fullmakt, kan vise seg så levedyktige at de kan avansere til selve loven. Men dette innebærer ikke nødvendigvis større garantier for "rettssikkerhet" i betydningen av mer direkte anvendelige regler. Både nærmere forskrifter og individuelle skjønnsavgjørelser kan fortsatt være nødvendige. Når et lovutvalgs mandat – som det norske fremmedlovutvalgs – er å forme en lov som kan være et instrument for den fremmedpolitikk myndighetene til enhver tid ønsker å føre – og underforstått: ikke låse denne politikk fast – kan ikke rammene bli svært stramme.

*(ix) Selv om man etter dette sannsynligvis kan finne teoretisk "bedre" løsninger i ny lovgivning, bør man neppe stille alt for store forventninger til den praktiske betydning av dem.*

Nasjonal rett bør også gi rum for statens internasjonale forpliktelser overfor utlendingene. I de nordiske land er transformasjon den vanlige måte å gjennomføre slike internasjonale forpliktelser på. Men de aktuelle internasjonale konvensjoner er stort sett bare blitt ratifisert, ikke transformert. Det gjelder bl. a. menneskerettighetskonvensjonene. Det er mulig at de nasjonale myndigheter allerede idag har en plikt til å anvende dem når de treffer forvaltningsavgjørelser i henhold til myndighet tillagt dem ved lov, slik det særlig læres i Danmark. Men stillingen er ikke så synbar som om dette gikk fram av loven selv.

*(xii) Derfor bør loven for alle tilfelles skyld slå fast at den, og vedtak i medhold av den, bare gjelder når ikke annet følger av internasjonale regler som staten er bundet av og som har til formål å gi utlendingen en bedre stilling.*

### **Den nordiske dimensjon**

De gjensidige nordiske preferanser innad har medført at Norden i utlendingspolitisk henseende også er en naturlig enhet utad. Ønsket om mer enhetlig utlendingslovgivning og innvandringspolitikk lå til grunn for en rekke forslag i 1970 innenfor rammen av Nordisk Råd. (Utlänningspolitik och Utlänningslagstiftning i Norden, Nordisk utredningsserie, NR 16/70.)

Opgaven er like aktuell som da. Men strømmen av problemer i 1970-årene har feiet selve dette dokument til side.

*(xiii) Det er sterkt å beklage at de nasjonale utredninger senere ikke har sett det praktisk mulig å legge så stor vekt på den nordiske dimensjonen som man tenkte seg i 1970.*

Bare ved å drøfte enkelhetene på ny kan en idag få bekreftet muligheten for slikt samarbeid. Det er neppe for sent å rette opp noe av det vi her har forsømt. Kanskje kan diskusjonen som dette referat leder til, bidra til dette.

### 3. Nærmere om reguleringen av innreise og opphold

Hovedspørsmålet er om loven kan og bør gi utlendingen *rett* til eller *krav* på innreise og opphold. Selv om den alminnelige folkerett ikke gir ham det, har fri internasjonal bevegelse faktisk forekommet i visse perioder, uten at den har vært direkte vernet av loven som en rett, og den forekommer undertiden i begrensede områder med grunnlag i traktater m.v. (EF, de nordiske ordninger). Avvikling av restriksjoner på reiselivet har idag i betydelig grad gjeninnført fri innreise. Men over alt kommer visstnok varig opphold etter lov og praksis i en helt annen stilling.

Den svenske utlendingslovkomité konstaterte nylig at det såkalte frie folkeutbytte som ble sagt å eksistere før første verdenskrig, og som da ble avbrutt for siden egentlig aldri å ha blitt gjenopptatt, bare var en utveksling mellom de hvite folkeslag. Og heller ikke i denne begrensede betydning har det kunnet bli bevart. (SOU 1979: 64 s. 105.) Fra den norske regjering het det riktignok for ikke så mange år siden at fri bevegelse vil være "en del av den alminnelige valgfrihet som framtidens mennesker vil kreve", en utvikling som vil være "naturlig og ønskelig, og det bør fra myndighetenes side legges minst mulig hindringer i veien for den." (St. meld. nr. 45, 1968–69, s. 64.) Denne tankegang må nå også i Norge anses for oppgitt. "Det hadde vært ønskelig om Norge fortsatt hadde kunnet føre en liberal invandringspolitikk slik vi gjorde til ca. 1970. Norge er imidlertid blitt et innvandringsmål for arbeidssøkende fra utviklingsland." Under henvisning til vanskelighetene og de oppgaver en står overfor, heter det nå: "Regjeringen mener derfor at det så langt en kan se framover bare unntaksvis vil være rom for innvandring utover den familie- og flyktningeinnvandring vi har forpliktet oss til" (St. meld. nr. 74, 1979–80, Om innvandrere i Norge, s. 6 jfr. s. 27 flg.).

I det medlemsforslag i Nordisk Råd som ga støtet til utredningen i 1970, ble det i sin tid hevdet at det skulle være mulig å gå over til det omvendte prinsipp av det som da gjaldt, nemlig at bare egne statsborgere hadde rett til innreise og opphold: Man kunne la lovens utgangspunkt være at også utlendinger hadde rett til å komme inn i

de nordiske land, men knytte til dette prinsipp slike regler at en på rimelig måte kunne kontrollere strømmen av reisende og arbeidssøkende. De nordiske sakkyndige fant imidlertid ikke noen fordeler, selv for den enkelte utlending, ved dette. Unntakene fra retten til innreise og opphold ville selv under normale forhold bli så omfattende at retten ville bli nærmest innholdsløs. Reformen ville gi et misvisende inntrykk, og verdien for den enkelte utlending ville være svært usikker, med de mange forbehold og det vekslende innhold, bl. a. avhengig av variasjoner i sysselsettingen (NR 16/70, s. 31).

Det er mer enn ti år siden disse nordiske drøftelser pågikk. Etter hvert som den nye innvandringsbølgen fra fjerne land ble stanset andre steder, nådde den fram til Norden, toppet seg ca. 1971 og ble deretter møtt med restriksjoner. Arbeidet med ny utlendings- og innvandringslovgivning i de seneste år må nødvendigvis bli preget av dette.

Den nye svenske lov av 1980 bygger således på det tradisjonelle utgangspunkt at utlendinger ikke har noen rett til opphold, og den danske betenkning gjør det samme, samtidig som en riktignok i en rekke tilfelle finner det "ønskeligt og forsvarligt" at det gis utlendinger krav på oppholdstillatelse på spesifiserte betingelser (Betænkning nr. 82, 1979 s. 24 jfr. s. 19).

Tiden er altså neppe gunstig for å gjennomføre tanken om å gi utlendinger noen form for ubetinget rett til opphold gjennom nasjonal lovgivning. Det vil nok tvert om heller vise seg vanskelig å opprettholde de internasjonale bestemmelser som styrker utlendingens stilling i så måte. Men det er også krefter som virker i motsatt retning. Kritikken mot de vide fullmaktslover og skjønnsmessige avgjørelser av enkelttilfelle med krav om større rettsikkerhet i fremmedsakene, gjør det nødvendig å gjennomtenke lovens ordninger på nytt.

Hverken frihet til innvandring eller ubetinget lovbestemt rett til innvandring er vel aktuelle utgangspunkter for nye lovforslag. Men det kan nok bli spørsmål om å lovregulere adgangen til opphold på en måte som under visse forutsetninger gir utlendingen rett eller krav. I allfall når en tillatelse er gitt, må det oppstå visse rettigheter. Og det er spørsmål om rettigheter også skal oppstå tidligere, så snart nærmere betingelser foreligger, slik at tillatelse da skal gis.

Det ligger nær å ville lovfeste vilkårene for opphold, slik at tillatelsen som forvaltningsakt blir regelbundet istedenfor fri som nå. Dette vil innebære at utlendingen får en rett til opphold når vilkårene foreligger, og at domstolene må påse at et avslag alltid har et særskilt rettsgrunnlag. Alternativet til et slikt "krav på" oppholdstillatelse, blir at den "kan gis", som nå.

*(xiv) Også med hensyn til opphold bør loven om mulig fastslå utlendingens rett, ikke bare myndighetenes.*

Den prinsipielle forskjell er tilsynelatende stor. Men den praktiske betydning avhenger jo av hvordan lovens vilkår blir utformet, om de kan suppleres ved forskrifter, og hvilke krav som stilles til grunngivning for avslag.

Et hovedproblem er om slike vilkår kan bli lovfestet samtidig som den innvandringspolitiske handlefrihet blir bevart. Denne oppgaven, som kan minne om sirkelens kvadratur, har lenge beskjeftiget det norske fremmedlovutvalg. Man kan tenke seg å bevare et skille mellom de grunnvilkår enhver utlending må oppfylle, og de generelle, innvandringspolitisk begrunnede begrensninger som kan medføre at en søknad blir å avslå selv om de individuelle grunnvilkår er oppfylt.

Som individuelle grunnvilkår måtte en tenke seg særlig at bolig og underhold er sikret, eventuelt også et krav om at utlendingen gir riktige opplysninger om sine forhold. En viss presisering, men ikke supplerings, ved forskrifter vil være aktuell. Idag går slike vilkår i Norge ikke fram av loven, bare av de ordinære fremmedforskriftene.

*(xu) De innvandringspolitiske begrensninger har nå fått slik betydning at det lovgivende organ i praksis vil måtte behandle dem.*

De prinsipielle retningslinjer for innvandringspolitikken kommer idag til uttrykk i andre forskrifter, for tiden stansen i innvandringen av arbeidssøkende, med dispensasjonsadgang for visse kategorier. I Norge er disse blitt forelagt for Stortinget, men man har visstnok ansett det som selvsagt at de ikke er blitt lovfestet.

Kanskje er det siste mest en vane som kan endres. Hvor stort er behovet for elastisitet? Den någjeldende innvandringsstopp har ligget fast i over fem år, og mange lover endres hyppigere, ikke bare de "midlertidige". Administrasjonen kvier seg nok for merarbeidet med å forelegge saker for Stortinget, men det gjør neppe noen avgjørende forskjell å måtte forberede et lovforslag (odelstingsproposisjon) istedenfor å forelegge nye retningslinjer (stortingsmelding).

Det någjeldende regelverk er komplisert og spredt, og tilsvarende vanskelig å sette seg inn i. Informasjonsbehovet som loven skal tjene, kan tale for å ta med et kapittel om de innvandringsregler som til enhver tid gjelder i den alminnelige fremmedlov, og eventuelt forberede seg på relativt hyppige endringer der. Alternativet, som er mest i tråd med tidligere praksis, blir å innføre som f. eks. ved prislovgivningen, et system med "delegasjon" til Stortingets plenum i viktigere saker.

Det kan imidlertid være grunn til å se seg om etter andre modeller.

Også lovreglene om erverv av statsborgerskap uttrykker et viktig stykke innvandringspolitikk. Men de bruker en helt annen teknikk enn fremmedloven. Hverken detaljerte, utfyllende forskrifter eller fritt skjønn i enkeltsaker spiller her noen større rolle. Og likevel har statsborgerreglene hittil vært mer stabile, og mindre diskutert. I de særlige tilknytningstilfelle som loven presiserer, og bl.a. etter avtale med fremmed stat (i praksis hos oss de nordiske), får utlendingen rett til å bli statsborger, dels automatisk, dels ved å gi melding om at han ønsker det (lov om norsk riksborgerrett av 8. desember 1950 §§ 2–5 jfr. § 10). Forøvrig er han også her henvist til søknad (lovens § 6). Men vilkårene er lovfestet, og når de foreligger, er avslag visstnok uhyre sjeldne.

De faktiske forskjeller i utgangspunktene og spørsmålsstillingen kan nok langt på vei forklare dette. Og selvsagt kan ikke reglene om oppholdstillatelse (eventuelt erverv av "innvandringsrett") være de samme som reglene om erverv av statsborgerskap. Men snevrere skal de jo iallfall ikke være. Må da grunnlaget for å passere den lavere terskel være bygget på en helt annen retts-teknikk enn den høyere? Eller er det bare et tidsspørsmål hvor lenge en slik forskjell skal bestå? Jeg nøyer meg også her med å spørre.

*(xvi) I lys av denne sammenligning bør man særlig drøfte om enten*

- statsborgerloven i større grad kan være teknisk modell for fremmedloven, eller om
- statsborgerloven tvert om må ventes å "sprekke" dersom, eller etter hvert som den nye innvandringen slår mer ut på dens område.

De fleste ervervsføre utlendinger vil søke arbeid der de kommer. Folkevandringene i vår tid er hovedsakelig en arbeidskraftsvandring. *Arbeidstillatelsen* er blitt vår tids spesifikke virkemiddel i innvandringspolitikken, tilsynelatende det uunnværlige.

Likevel var det nærmest en historisk tilfældighet at dette instituttet ble innført, iallfall i Norge, der det skjedde i 1927. Det fører idag med seg en noe tungvint og unødvendig saksbehandling. *Arbeidstillatelsen* gis sentralt (av Statens utlendingskontor), oppholdstillatelsen lokalt (av politiet). Kravet harmonerer heller ikke godt med tanken om arbeid som en menneskerett.

*(xvii) Det særlige krav om arbeidstillatelse bør kunne sløyfes, både av praktiske og prinsipielle grunner.*

Da må en samle systemet om én ordning: Oppholdstillatelse med og uten begrensninger m.h.t. formålet for oppholdet. Den vanlige tillatelse uten begrensninger må da gi rett til å ta arbeid, og det må gå fram av tillatelsen

selv, dersom det tillatte formålet med oppholdet bare er f.eks. studier eller samvær med familie.

Skal arbeidstillatelsen likevel bevares som eget instrument, kunne prinsipp- og håndhevelseshensyn tale for at det var arbeidsgiveren som måtte ha slik tillatelse for å ansette utlendinger.

Til å begynne med må en vel, som nå, basere seg på tidsbegrensede tillatelser med adgang til fornyelse. Men etter hvert blir det aktuelt å trygge innvandreneres bosetting, når denne er et faktum, ved at de da kan oppnå særlige garantier bl.a. for alltid å kunne vende tilbake til oppholdslandet etter fravær, og mot utvisning.

*(xviii) En lovregulert bosettingstillatelse bør etter en viss tids opphold kunne erstatte den generelle arbeids- og oppholdstillatelse på ubestemt tid som praktiseres bl.a. i Norge idag, og som har noe mer ubestemte virkninger.*

Endelig bør disse grunnleggende tillatelser formodentlig avgjøres, eller iallfall bare kunne avslås, av den sentrale og sakkyndige utlendingsforvaltning, istedenfor som nå til dels lokalt, av politiet.

Vanskelige tilfelle, rettslige og menneskelige, er oppstått fordi myndighetene ofte må avslå søknader om oppholdstillatelse etter at utlendingene allerede er kommet inn i riket, som turister eller besøkende, eller etter å ha reist rundt på "skoleshopping". Individuell innvandring etter denne oppskrift ("går det så går det metoden") har utvilsomt sin naturlige tiltrekning for den enkelte, men er blitt et problem for en effektiv fremmedkontroll. Den nye svenske lov har i prinsippet valgt et probat middel ved å kreve at oppholdstillatelse som hovedregel må være gitt før innreise. Eksemplet kan friste andre lovgivere til etterfølgelse. Men det ble hårdt kritisert på forhånd, og med de unntak som må stilles opp, står det igjen å se om det vil løse problemene.

#### **4. Nærmere om utlendingers rettsstilling i riket**

Det er vel stort sett enighet om at å slippe mange utlendinger inn i landet og la dem være rettløse på viktige punkter, er en dårlig utlendingspolitikk enn å begrense og regulere adgangen for bedre å kunne sikre dem som kommer. Det var også i sin tid hensikten med innvandringsstoppen.

Men da må hensikten følges opp. Uansett om reglene om innvandring til riket (innreise og opphold, foran, 3) er vide eller snevre, bør etter min

mening utlendingenes rettstilling i riket styrkes, både innvandreres og besø- kendes, i flere henseender.

Ved siden av prinsippene om likestilling med statsborgere når ikke annet er bestemt, og om gjennomslagskraft for interasjonale regler (foran, 2), kan nevnes:

*(xix) Størst mulig medbestemmelsesrett for utlendinger i spørsmål som angår dem.*

Å gi dem politiske rettigheter var lenge utenkelig. Men nå er det delvis gjennomført i form av stemmerett ved de lokale valg (først i Sverige), og tenkes også i Norge utvidet fra å gjelde bare nordboer (siden 1979) til alle utlendinger (St.meld. nr. 74, 1979–1980 s. 130).

Medbestemmelsesrett på arbeidsplassen må, i den grad den gjennomføres i alminnelighet, sikkert også gjelde utenlandske arbeidstakere når ikke annet er bestemt. I Norge må dette følge av prinsippet i Grl. § 110, annet ledd som ble vedtatt i 1980.

Ellers må en iallfall gjennomgående høre utlendingene i forbindelse bl.a. med endringer i lover, forskrifter og retningslinjer som særlig berører dem. Som oftest vil det si at deres representative organisasjoner må få uttale seg. Dette er naturligvis god praksis og følger dels av loven allerede idag. For den særskilte utlending som er berørt av et enkeltvedtak, gjelder retten til å bli hørt som hovedregel ifølge forvaltningsloven (jfr. nedenfor, 5).

Andre sider av lovgivningen som særlig berører utlendinger, kan vi ikke gå synderlig inn på her. Den spenner fra utlevering til statsborgerskap. Behovet for mellomstatlig bistand, eventuelt traktatpliktig, ved utlevering i straffesaker blir i lov undergitt viktige og nødvendige rettssikkerhetsgaran- tier. Og adgangen til å bli statsborger, som en rett eller etter søknad, besegler innvandrernes rettslige tilknytning til Norge.

Blant de reformer som er gjennomført i andre nordiske land, er en senkning av kravet til botid som vilkår for statsborgerskap. Det er også blitt aktuelt i Norge. Det må en se i sammenheng med den styrking av innvan- drernes stilling som er foreslått foran, ved bosettingstillatelse. Etter mitt skjønn bør det være flere valgmuligheter. Men hvor mange tilknytningstrinn loven i så måte bør ha, kan naturligvis i høy grad diskuteres.

Straffelovgivningen inneholder nå, i samsvar med våre internasjonale forpliktelser, generelle forbud mot diskriminering av grovere art med hensyn til bl.a. rase, hudfarge eller nasjonal opprinnelse (i Norge straffelovens § 135a, tilføyd 1970). Dette vern er av særlig betydning for utlendinger. Det ligger i en litt annen gate enn den likestillingspresumsjon m.h.t. rettstilling

som ble foreslått foran. Både utformingen og håndhevelsen av diskrimineringsforbudene kan trenge nærmere gjennomsyn etter den erfaring som hittil er gjort.

Likestilling og diskrimineringsforbud dekker imidlertid langt fra alle behov for vern av utlendingers berettigede interesser.

*(xx) I visse henseender hvor utlendinger står særlig svakt, er det behov for å gi dem "positiv særbehandling" i riket, ved lov eller med hjemmel i lov.*

Det gjelder bl.a. med hensyn til språkundervisning (morsmål og norsk), annen opplæring, bostøtte og andre sosiale tiltak, bl.a. til støtte for deres egen kultur. Dette er i vårt samfunns velforståtte interesse. Men en slik politikk og lovgivning vil i "vanskelige tider" kunne støte på økende motstand. Etter min mening er det ingen vei tilbake. Det pluralistiske samfunn er en realitet, og vi må innrette oss deretter.

Tilbake til fremmedloven: Det er idag prinsipielt uklart hvor langt den gir fullmakt til særregulering av utlendingers forhold under deres opphold i riket. Særlig kan en spørre om det kan stilles vilkår for oppholdstillatelse f.eks. med hensyn til deres sosiale tilpasning under oppholdet (vandel), helse, arbeid, bolig eller familieforhold. Kan en oppholdstillatelse gjøres betinget, eventuelt som et generelt vilkår, av at man under sitt opphold f.eks. forsørger sin familie, og ikke blir skilt, er edruelig og betaler sin husleie? Direkte myndighetsmisbruk ville dette neppe kunne kalles, og kanskje ikke engang usaklig forskjellsbehandling.

*(xxi) Etter min mening ville slike vilkår imidlertid oftest ligge utenfor fremmedlovens formål og måtte derfor ha særskilt hjemmel.*

En slik regelutbygging via vilkår som f.eks. i Norge ellers er brukt i konsesjonslovgivningen, er det neppe plass for på dette området.

## **5. Andre spørsmål, bl.a. om saksbehandling og rettssikkerhet**

Blant utlendinger i særstilling bør iallfall *flyktningene* nevnes. Som kjent har traktater, lovgivning og praksis av humanitært tilsnitt, og ikke minst et organisert hjelpeapparat i de enkelte land og internasjonalt, sørget for at



verdens flyktingsproblemer har fått en sentral plass i våre myndigheters arbeid med utlendinger.

Rettssspørsmålene omkring flyktninger er for omfattende til å drøftes her. Det gjelder flyktningebegrepet ifølge konvensjonene og mandatet for FN's Høykommissær på den ene side, og ifølge nasjonale bestemmelser på den annen (f.eks. § 2 i den norske fremmedlov). Det gjelder også flyktnings status og beskyttelse i de ulike rettssystemer. I asylspørsmålet går noen av de nordiske lands lovbestemmelser tilsynelatende noe lenger enn folkeretten og de fleste lands lover, hvor asylsøkerne ikke har noen subjektiv rett. Likevel kommer praksis ofte under kritikk på dette punkt.

Det folkerettslige grunnkravet er at flyktningen ikke må sendes til områder hvor han er utsatt for forfølgelse, og dette står urokket. Men noen av de andre spørsmålene er gradvis kommet i en ny stilling i våre land fordi hensynet til andre grupper av utlendinger, ikke minst fremmedarbeiderne, har fått mer å si.

*(xxii) I allfall under selve oppholdet kan privilegier for flyktningene i forhold til andre utlendinger bli vanskeligere å forsvare enn tidligere.*

Til den alminnelige fremmedrett i snever forstand hører også de "negative reaksjoner" som står til rådighet i fremmedkontrollen, i første rekke *avvisning* og *utvisning*. Begrepene og reglene varierer i detaljene. Det første er i hovedsak en grenseforanstaltning, et vedtak som hindrer innreise. Det fører til at utlendingen frivillig eller ufrivillig forlater innreisestedet, f.eks. i sin bil, eller blir satt på første fly tilbake dit han kom fra. Av og til kan denne reaksjon være et meget følelig inngrep. Den kan åpenbart ikke brukes uten hjemmel i lov (i Norge fremmedlovens § 11), men lovens avvisningsvilkår overlater mye til lokale og underordnede myndigheters skjønn i enkeltsaker. Enda mer følelig er *utvisning* av en utlending. Også denne reaksjon reguleres av loven, og i Norge i prinsipp uttømmende (fremmedlovens §§ 13 og 15). Men det har vært nødvendig å presisere at selv om utvisningsgrunn foreligger, skal den ikke skje i alle tilfelle. Også avslag på søknad om oppholdstillatelse eller fornyelse av denne, fra en søker som allerede er i riket, får i realiteten samme virkning. Det gjelder også et eventuelt tilbakekall av en slik tillatelse.

*Saksbehandlingen* i disse og andre utlendingssaker er blitt et sentralt spørsmål i løpet av 1970-årene. Ikke minst i spørsmålene om anerkjennelse og eventuelt asyl og beskyttelse som flyktning, og om avvisning eller utvisning, har dette blitt merkbart. Men hele tillatelsessystemet reiser også spørsmålet i utallige varianter. Det samme gjør de mange vanskeligheter utlendingene

daglig står overfor under oppholdet i det som for dem er fremmed og ofte ukjent land.

For flyktninger gjelder noen særregler som skal garantere en forsvarlig saksbehandling, fordi avgjørelsene ellers kan bli særlig skjebnessvangre. (Hvis en flyktningepåstand sannsynliggjøres, suspenderes de vanlige avvisningsregler, og en asylsøknad avgjøres på høyeste hold i forvaltningen).

*(xxiii) Ellers gjelder stort sett de alminnelige regler om forvaltningens saksbehandling, men gjennomføringen av disse regler har til dels vært vanskelig på fremmedrettens område, og kanskje dessuten vært mangelfull til og med der hvor den kunne ventes fulgt uten videre.*

Ofte tales det her om utlendingenes mangelfulle *rettssikkerhet*, eller deres særlige behov for rettssikkerhet.

Med dette tenker en vel normalt i første rekke på de rettslige og faktiske garantier for at rettsreglene blir etterlevd av forvaltningen og håndhevd av domstolene. Imidlertid har også lovens innhold og utformning mye å si. En av lovens vesentligste oppgaver er nettopp å sørge for slike garantier.

Etter gjennomføringen av forvaltningsloven også på fremmedlovens område, står det likevel en del igjen på dette området i Norge. Mer presise lovregler, mindre fullmaktspregede ordninger, kanskje også mer utlendingsvennlige regler, står på ønskelisten. Noen generalklausuler (som blir lite brukt) er stadig i skuddlinjen.

*(xxiv) Å tilfredsstillte alle de krav som idag reises til såkalt rettssikkerhet for utlendinger, lar seg imidlertid ikke gjøre.*

Det er mange eksempler på at regler og saksbehandling som fra den ene side ses som en fare for rettssikkerheten, fra den annen side må ses som nødvendige for en effektiv fremmedkontroll. Og dilemmaet er åpenbart f.eks. når krav om dokumentasjon og korrekte opplysninger stilles overfor utlendinger fra land hvor slikt simpelthen ikke lar seg skaffe, på grunn av mangelfulle registre. Er det "imperialisme" å opprettholde de vanlige vilkår i slike tilfelle?

Ofte er det imidlertid ikke klart hva kravet om rettssikkerhet for utlendinger sikter til. Undertiden er nok det man etterlyser, selve den rett man primært ønsker seg, men som rettsreglene ikke gir. Hvis intet annet tilfredsstillt "rettssikkerhetsbehovet" enn det å få medhold, uansett hva saken gjelder og uansett kjensgjerningene, er diskusjon naturligvis nytteløs.

*(xxv) Hva det ofte i virkeligheten er tale om, er ikke manglende rettssikkerhet (garantier for håndhevelse av reglene), men simpelthen manglende rett.*

Naturligvis må det kreves saksbehandlingsgarantier og rettssikkerhet selv om loven ikke gir subjektive rettigheter. Spørsmålet er bare hvor langt samfunnet må gå i så måte for å sikre fjernere og mer avledede interesser. Det gjelder f.eks. ved behandlingen av søknader fra personer som er utenfor statens myndighetsområde. Bør de i alle tilfelle ha krav på samme veiledning, dokumentoffentlighet og søksmålsadgang i forvaltningssaker, som de som oppholder seg i riket?

Dilemmaet forsterkes når en, som antydnet ovenfor, prøver å holde utlendingene mest mulig utenfor landets grenser mens sak pågår. Får de ikke være i riket for å vareta sine interesser, og sendes de ut uten oppsettende virkning, er adgangen til rettshjelp (fullmektig, advokat m.m.), ofte til liten trøst. På den annen side er det mange eksempler på en fantasifull og hårdnakket bruk av klagemuligheter som neppe har hatt annet fornuftig formål enn håpet om å få bli lengst mulig i riket mens saken behandles.

Til tider har merbelastningen på sentraladministrasjonen (i Norge Statens utlendingskontor og Justisdepartementet) på grunn av utsiktsløse klager, begjæringer om omgjøring, saksanlegg ved domstolene, begjæringer om midlertidige forføyninger og eventuelt henvendelse til Ombudsmannen for forvaltningen, vært meget følelig. Faktisk har kanskje denne belastningen i seg selv blitt en fare for rettssikkerheten.

*(xxvi) Rettsmidler er nødvendige, men det er vanskelig å gå med på at bruken av dem skal gi selvstendig grunnlag for opphold i riket.*

Lar man det skje, viser det seg undertiden at det blir meget vanskelig å gjennomføre vedtak som opprinnelig var helt berettiget, fordi saken i mellomtiden har vart for lenge mens utlendingen har oppholdt seg i riket.

Likevel tror jeg ikke de lovgivningsarbeider som er i gang, på noen måte må undervurdere rettssikkerhetskravene. Det blir nødvendig å se seg om etter nye virkemidler, dels med hensyn til rettshjelp, dels med hensyn til andre former for rettsmidler enn de som nå er i bruk. Å opprette nye organer er en løsning man nødvendigvis griper til. Heller ikke er domstolsveien nødvendigvis bedre enn forvaltningsklagen.

*(xxvii) Men når det gjelder noen slags spørsmål, og særlig asyl- og utvisningssakene, ser det ut til at domstolene eller nye organer bør overta endel av de avgjørelser som nå volder justisministeren og Justisdepartementet så meget arbeid og så mange vanskeligheter.*

### Kilder og forkortelser

Innenfor referatets ramme har det foreliggende kildestoff bare kunnet bli sparsomt brukt, og henvisningene er ufullstendige.

De viktigste kilder til emnet idag er nok i alle nordiske land lovgivning, forskrifter, praksis og ikke minst lovforarbeider og andre utredninger.

Utlänningspolitikk och Utlänningslagstiftning i Norden, Nordisk utredningsserie, NR 16/70, er stadig av grunnleggende betydning.

Fra *Sverige* kan fra de senere år særlig nevnes to betänkande av Utlänningslagkommittén, Kortare väntetider i utlänningsärenden (SOU 1977: 28), og Ny utlänningslag (SOU 1979: 64), som førte til Regeringens proposition 1979/80: 96 og den nye lov av 5. juni 1980.

Også i andre nordiske land er arbeid i gang med alminnelig revisjon av utlendings- eller fremmedlovgivningen. I *Danmark* har det foreløpig (inntil februar 1981) bl. a. resultert i den i referatet nevnte Betænkning (nr. 882. 1979) om Udlændingelovgivningen, Administrative retningslinier, som førte til Justitsministeriets bekendtgørelser nr. 195 og 196 av 23. mai 1980, samt et utkast til lovendring (overføring av utvisningskompetanse til domstolene) ved Udlændingelovsudvalgets skrivelse til Justitsministeriet av 22. desember 1980.

Fra *Finland* og *Island* sakner forf. nyere opplysninger.

I *Norge* håper utvalget av 1977 til revisjon av fremmedloven av 1956 å avgi sin utredning i 1981. (Dette referat har hverken vært drøftet eller sett av utvalget – der forf. er formann – og uttrykker bare forf.s personlige synspunkter.) Se ellers bl. a. Innvandringspolitikk (NOU 1973: 17), Om innvandringspolitikken, St. meld. nr. 39 (1973–74), Innst. S. nr. 85 (1974–75) som førte til ”innvandringsstoppen” som ble satt i verk fra 1. februar 1975, og senere St. meld. nr. 107 (1975–76) som ikke ble behandlet, men i mai 1980 av Regjeringen erstattet med St. meld. nr. 74 (1979–80), Om innvandrere i Norge. Den siste ble nylig behandlet av Stortinget (17. mars 1981) på grunnlag av en komitéinnstilling, Innst. S. nr. 183 (1980–81) der det bl. a. enstemmig ble uttalt (s. 9) at den ordning man nå har, ikke innebærer ”stopp, men derimot en regulering av innvandringen etter bestemte retningslinjer”.

Referatet viser ikke uttrykkelig til fremmedrettslig faglitteratur. Denne er imidlertid foreløpig av beskjedent omfang, iallfall i Norge: Bortsett fra en omfattende spesiallitteratur om flyktingers rettsstilling, hvor særlig Atle Grahl-Madsens forfatterskap må nevnes, finnes bl. a. en bok av Edvard Hambro, Norsk fremmedrett (1950) som nå er foreldet, og fra nyere tid en rekke stensilerte seminarinnlegg og artikler fra prosjektet ”Fremmedlov og innvandringspolitikk i Norge” (under ledelse av forf.). Disse er inntatt i fem hefter (med ialt 16 bidrag) som nr. 19, 25, 27, 30 og 33 i Institutt for offentlig retts stensilserie, Universitetet i Oslo (1977–79). De internasjonale garantier som er berørt i referatet s. 6–7 foran, har forf. behandlet nærmere i denne serie nr. 33 (1979), Fremmedrett og menneskerettigheter, s. 94–146 med henvisninger. Sitatet i tese (iv) foran er fra en avgjørelse i klagesak 434/58, inntatt bl. a. i Yearbook of the European Convention on Human Rights Vol. 2 (1958–59) s. 354 flg. på s. 372.

Foran er bl. a. brukt disse forkortelser: *ftl.* = lov om utlendingers adgang til riket m. v. (fremmedloven) av 27. juli 1956 (Norge); *ff.* = forskrifter til samme lov, fastsatt av Justisdepartementet; *N.grl.*, *Grl.* = Kongeriget Norges Grundlov av 17.

mai 1814 med senere endringer; *SOU* = Statens offentliga utredningar (Sverige); *NOU* = Norges offentlige utredninger; *EMK* = Den europeiske konvensjon om menneskerettighetene (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) av 4. november 1950.

Det 29:e nordiska juristmötet  
Stockholm den 19–21 augusti 1981

Anders Victorin:  
Äganderätt till lägenhet

# Äganderätt till lägenhet

Av docent ANDERS VICTORIN

## Inledning

Överläggningsämnet tillhör utan tväkan de som har debatterats flitigast i flera av de nordiska länderna under senare år. Det som här följer är ett försök att bringa en viss reda i argumenten som framförts från olika håll och att analysera dem. Avsikten är inte att ta upp en allmän politisk debatt för och emot ägarlägenheter. Analysen kommer så långt det är möjligt att ha rättsliga förtecken. Men man kan med fog ställa frågan om det är möjligt att undvika en allmän politisk diskussion i ett ämne som är så omstritt? Jag tänker inte diskutera den frågan – bara den skulle ta upp det utrymme som står till buds för referenten. Låt mig bara säga att det inte finns någon klar avgränsning mellan en rättslig diskussion och en allmän politisk diskussion. Det rättsliga systemet är en spegel av det politiska system som råder. Men en lösning och en borgfred kan kanske nås om man hänvisar till juristens yrkesroll. I den diskussion som inte rör bundna argument brukar en jurist tillfrågas i framför allt två avseenden, nämligen om de argument som framförs är hållbara med utgångspunkt i regelsystemet samt om den föreslagna ordningen utgör ett lämpligt normsystem. I det första fallet utnyttjas juristens lagkunskap på gränsen till allmän samhällskunskap. I det andra fallet vänder man sig till juristen i hans egenskap av konstruktör av samhällssystem. Till juristens yrke hör också att konstruera system som är enkla att använda och som därmed inte är kostnadskrävande för samhälle och enskilda. Det ligger också ett visst mått av rättsekonomiska överväganden i de råd en jurist ger. Jag har valt att endast diskutera äganderätt till bostadslägenheter. Anledningen till detta är att endast få av de argument som framförts tar sikte på lokaler. Detta gäller särskilt argumenten mot ägarlägenheter.

I det följande kommer jag inte att använda mig av orden "äganderätt till lägenhet" utan av uttrycket "ägarlägenheter", men menar därmed samma sak. Ordet "ägarlägenhet" har skiftande betydelse. I svenskan förekommer det som beteckning på praktiskt taget alla besittningsformer till bostad annat än hyreslägenheter. Tanken är att den boende direkt eller indirekt äger sin lägenhet. I strängare mening talar man emellertid om ägarlägenheter i meningen äganderätt till en fysiskt bestämd del av en byggnad.

Kännetecknande för detta synsätt är att äganderätten gäller själva lägenheten.<sup>1</sup> Begreppet ägarlägenhet används emellertid också för att beteckna en samäganderätt till en fastighet kopplad till en exklusiv dispositionsrätt till en viss bestämd del – själva lägenheten.<sup>2</sup> Skillnaden mellan dessa synsätt är i praktiken inte så stor.<sup>3</sup> Begreppet används även för att beteckna indirekt ägande – framför allt i formen aktielägenheter.<sup>4</sup> I detta fall är dispositionsrätten knuten till ett värdepapper – t.ex. en aktie – som den boende äger. Skillnaden i förhållande till de nyss nämnda två typerna är att objektet för äganderätten är lös egendom, medan det i de förstnämnda två fallen är fast egendom. En annan skillnad består i att vid indirekt ägande utövar ägaren vissa rättigheter som medlem av en association. När det gäller äganderätt till lägenheter kan man jämföra utövandet av rättigheter med direkt äganderätt – i regel saknas någon association i egentlig mening, även om vissa gemensamma angelägenheter måste skötas genom en ägareförening.<sup>5</sup> Detta medför viktiga skillnader när det gäller ägarens möjligheter att företaga ekonomiska dispositioner. För att förenkla framställningen kommer jag i det följande enbart att tala om ägarlägenheter i meningen äganderätt till viss del av fast egendom (eller samäganderätt i förening med exklusiv dispositionsrätt). När resonemang om aktielägenheter och andra typer av indirekt ägande kommer in markeras det särskilt.

Ägarlägenheter är inte någon ny företeelse. Framställningar om ägarlägenheter brukar inte försumma att nämna att företeelsen var känd redan i det gamla Babylon.<sup>6</sup> Under 1900-talet och framför allt under tiden efter andra världskriget har institutet fått ett kraftigt uppsving i Europa samt under senare tid även i USA.<sup>7</sup> I Norden är institutet väl känt. I Finland finns, som tidigare nämnts, ett system med aktielägenheter som är synnerligen vitt utbredd.<sup>8</sup> På Island gäller sedan 1959 en lag om ägarlägenheter.<sup>9</sup> Danmark har sedan 1966 lagstiftning i frågan.<sup>10</sup> I Norge har under år 1980

<sup>1</sup> Detta är innebörden i det danska systemet. Till äganderätt till lägenheten är kopplad en samäganderätt till mark och gemensamma anläggningar. Till äganderätten är även kopplad ett medlemskap i en ägareförening. Dessa rättigheter kan inte åtskiljas. Bet. s. 143, Blok s. 25 ff., NOU s. 23 f. Också det isländska systemet bygger på egendomsrätt till lägenheten. NOU s. 28.

<sup>2</sup> Detta är innebörden i det föreslagna norska systemet. NOU s. 68, 83 (1 §).

<sup>3</sup> Blok s. 27, NOU s. 81. Den norska modellen kan sålunda beskrivas som "monistisk" medan den danska är "realistisk".

<sup>4</sup> Detta är det finska systemet. NOU s. 27, Norrmén s. 30 ff., SOU s. 314 f.

<sup>5</sup> I det danska och i det föreslagna norska systemen är ägareföreningen inte en juridisk person i egentlig mening. Blok s. 136 f., NOU s. 46 f.

<sup>6</sup> Blok s. 11, NOU s. 10.

<sup>7</sup> Blok s. 11 f., Bet s. 107 ff., NOU s. 11.

<sup>8</sup> Jansson s. 59 ff., NOU s. 27 f., Norrmén s. 30 ff.

<sup>9</sup> NOU s. 28 f.

<sup>10</sup> Blok s. 12 f.



lagts fram en offentlig utredning med förslag att införa lagstiftning, även om ägarlägenheter redan finns.<sup>11</sup> I Sverige har förslag lagts fram åtskilliga gånger utan att detta lett fram till lagstiftning.<sup>12</sup> Sverige skiljer sig såtillvida från de övriga nordiska länderna att bildandet av ägarlägenheter inte är möjligt. Lagfart på fysisk andel i fast egendom beviljas inte.<sup>13</sup> Det är p.g.a. bestämmelserna i bostadsrättslagen inte heller tillåtet att koppla nyttjanderätt direkt till andel i förening eller bolag.<sup>14</sup>

Debatten i flera av de nordiska länderna om ägarlägenheter har stundtals varit intensiv. Detta gäller framför allt Danmark, Norge och Sverige. I Finland har också aktielägenheter diskuterats, men den debatten har rört särskilda frågor och skall inte observeras annat än i begränsad omfattning.<sup>15</sup>

Mot bakgrund av denna debatt finns det skäl att först i korthet granska vilka skäl som förts fram för och emot ägarlägenheter.

## Debatten om ägarlägenheter<sup>16</sup>

### Skälen för ägarlägenheter

Det kanske starkaste skälet som talar för införande eller tillåtande av ägarlägenheter är önskemålet för enskilda att skydda sitt sparkapital mot inflation.<sup>17</sup> Det är en gammal erfarenhet att fast egendom eller andelar i fast egendom är ett av de bästa placeringsobjekten under inflation. Vad som gör detta särskilt förmånligt är att beskattningsreglerna i, såvitt jag förstår, samtliga nordiska länder är så utformade att de inte kompenserar för inflationens effekter. Sparandet tenderar att överflyttas till fast egendom också som en följd av skattesystemet. Detta är emellertid inte något som särskilt har att göra med ägarlägenheter och skall inte behandlas i det följande mer än i den mån att vissa av argumenten för och emot ägarlägenheter måste granskas i ljuset av inflation och skattesystem sådant det ser ut i dag.

En grupp av skäl för ägarlägenheter är önskemålet att finna finansiering

<sup>11</sup> NOU 1980: 6

<sup>12</sup> NOU s. 17 f. Bet s. 112 ff., Jansson s. 1 ff.

<sup>13</sup> JB 1:1

<sup>14</sup> Bostadsrättslag 1, 2, 79 §§.

<sup>15</sup> Debatten har främst gällt det s.k. gründerförhållandet. Norrmén s. 79 ff.

<sup>16</sup> Redovisningen av debatten grundar sig främst på följande källor: Bet, NOU, Jansson, Blok.

<sup>17</sup> Bet s. 130

för nybyggnation och mera omfattande renoveringar av äldre byggnader.<sup>18</sup> Detta skäl förefaller ha spelat en stor roll, framför allt under tiden närmast efter andra världskriget i övriga Europa. Ägarlägenheter anses medföra en högre grad av självfinansiering från de boendes sida. Att detta kan ha stor betydelse för möjligheterna att genomföra sanering av äldre bebyggelse t.ex. i stadskärnor säger sig självt.

En annan grupp av skäl hänför sig till de möjligheter som ägarlägenhetsinstitutet ger för de boende att göra en kapitalplacering.<sup>19</sup> Det ses då som önskvärt i och för sig att en så stor del av befolkningen som möjligt får tillfälle att bygga upp en personlig förmögenhet, låt vara i mindre skala. Villaboendet ger sådana möjligheter och det anses lämpligt att finna likställda former för boende i flerfamiljshus. Det är tydligt att önskemålet att finna värdebeständiga kapitalplaceringar samverkar med dessa skäl.

En annan grupp av skäl, som har visst samband med den nyss nämnda, är att det ses som angeläget att ge möjligheter till ett billigare alternativ till småhusägande, som också lämpar sig för stadsboende.<sup>20</sup> Ur samhällets synvinkel kan boende i flerfamiljshus ge möjligheter till ett billigare alternativ än villaboende. Efterfrågan på mark minskar, service kan göras billigare, osv.

En annan grupp av skäl hänför sig till inflytande över boendet och den enskildes ekonomiska situation i vidaste mening.<sup>21</sup> Här kan man skilja mellan två olika typer av skäl, nämligen dels sådana som har att göra med förvaltningen av bostäder, dels sådana som har att göra med den ekonomiska dispositionsrätten. Till inflytandet över boendet hör i första hand att ägarlägenheter ger ett mycket starkt besittningsskydd. Vidare är inflytandet över förvaltningen av den egna lägenheten stor. Det gäller dels fysisk förvaltning, t.ex. rätt att ändra den, men även rätt att förfoga över den på annat sätt, t.ex. hyra ut den. Vidare blir inflytande över fastighetens gemensamma frågor starkt. Det starka inflytandet över fastigheten ses också som en fördel ur resurssynpunkt.<sup>22</sup> De boende kan med ägarlägenheter påverka förbrukningen av el, varmvatten m.m., och minska förslitningen. Det finns klara ekonomiska incitament för de boende att iaktta sparsamhet. Ett argument som också framförs är att ägaren har möjlighet att utföra arbete själv och därigenom få det billigare. Samhörigheten ökar också inom fastigheterna därför att olika frågor måste ordnas i samverkan mellan de boende.

<sup>18</sup> Bet s. 129 f., NOU s. 52.

<sup>19</sup> Jansson s. 5.

<sup>20</sup> Bet s. 130.

<sup>21</sup> Bet s. 130 f., NOU s. 49 ff.

<sup>22</sup> Jansson s. 4 f.

När det gäller den ekonomiska dispositionsrätten framhålls naturligtvis möjligheterna att sälja lägenheten till marknadspris. Men av nästan lika stor betydelse är möjligheterna att ordna finansieringen av lägenheten individuellt.<sup>23</sup> Den boende kan ta upp lån från närstående eller sätta in en stor egen insats och på det viset få en lägre boendeutgift. En annan fördel – rätten att hyra ut lägenheten – har redan nämnts.

### Skälen mot ägarlägenheter

Av den korta framställningen här ovan har framgått att argumenten för ägarlägenheter ligger på många olika plan. Detta gäller även för argumenten mot ägarlägenheter. Argumentationen är också något mera komplicerad. I argumentationen finns också starka element av målkonflikt – i vidaste mening finns det skillnader mellan de olika mål i samhället som ses som eftersträvaransvärda. Men också medlen är föremål för meningsskiljaktigheter. En ytterligare faktor som gör jämförelser svåra är att det finns skillnader mellan boendepreferenserna i de nordiska länderna. Jag vågar inte uttala mig om i vilken utsträckning dessa preferenser styrs av de ekonomiska villkoren för olika boendeformer. För svensk del förefaller även den ”gröna vågen” ha en ekonomisk grund. Samtidigt är boende i flerfamiljshus mest utbrett i Sverige.<sup>24</sup> Än har emellertid inte någon på allvar kunnat konstatera ett starkt önskemål från befolkningen att få bo i ägarlägenheter, något som man t.ex. har tyckt sig kunnat finna i Danmark.<sup>25</sup> Att det finns vissa ideella inslag i boendepreferenser skall emellertid inte förnekas. Det ansågs t.ex. en gång värdefullt att bo i höghus med milsvid utsikt.

En grupp av argument som anförs mot ägarlägenheter kan betraktas som nivelleringsargument. Det framstår m.a.o. inte som önskvärt att stora delar av befolkningen bygger upp personliga förmögenheter, åtminstone inte så länge som den möjligheten inte står öppen för andra delar av befolkningen.

En variant av detta är att det är olämpligt att kapitalbildning uppstår för enskilda i samband med boende. Boendet utgör enligt detta sätt att ge saken en social förmån eller rättighet. Det viktiga är rätten att bruka en bostad, inte rätten att tjäna pengar på den.

I anslutning till denna typ av argument dras olika negativa effekter av ägarlägenheter fram. Bl.a. pekar man på att ägandet ger tillgång till kredit t.ex. för att efterfråga dyra lyxartiklar såsom stora fritidsbåtar. Det fram-

<sup>23</sup> Bet s. 130 f., NOU s. 50.

<sup>24</sup> NBD Bofakta 1980.

<sup>25</sup> Bet s. 129.

hålls också att det är olämpligt att som i ägarlägenhetssystemet skapa möjligheter för enskilda att investera i sådana lägenheter och hyra ut dem.<sup>26</sup> Det olämpliga består främst i att enskilda ges möjligheter att tjäna pengar på andras behov av bostad. I tanken att bostaden är en social rättighet ligger att denna rättighet skall garanteras och tillgodoses genom samhällets försorg eller genom andra kollektiva åtgärder.

En delvis besläktad argumentationslinje går ut på att ägarlägenheter tenderar att skapa segregation i boendet.<sup>27</sup> I stället är en social integration önskvärd. Ägarlägenheter kommer att inrättas i de mest attraktiva områdena. De kommer att vara åtkomliga endast för dem som har kapital eller möjlighet att få kredit. Andra kommer att hänvisas till hyreslägenheter i oattraktiva områden.

En annan grupp av argument inriktar sig på frågan om skatter och inflation. Ägande av ägarlägenheter måste, liksom ägande av fastigheter i allmänhet, till stor del grunda sig på kredit. Med nuvarande skatte- och lånesystem innebär ägandet att ägaren kan tillgodogöra sig hela den nominella värdeökningen på fastigheten, medan han genom skatteregler om avdragsrätt för skuldräntor får en skattesubvention för att betala räntor som utgår för att skydda långivaren mot inflationen.<sup>28</sup>

Det är emellertid tydligt att flera av de argument som här presenteras riktar sig mot enskilt ägande av fastigheter och bostäder över huvud taget. De kan likaväl framföras som argument mot villaägande. Det återstår alltså att redovisa vilka argument som förklarar vad som är särskilt olämpligt med ägarlägenheter. Jag utgår då ifrån att det finns en ganska bred politisk enighet i de nordiska länderna om att småhusägande är något önskvärt. De som tar avstånd från ägarlägenheter brukar även anse att indirekt ägande av bostäder i flerfamiljshus – t.ex. i bostadsrättsform – är ett bra system. Därmed måste man också ta hänsyn till gränsdragningen i förhållande till sådana besittningsformer.

Detta betyder att argumentationen för och emot ägarlägenheter blir mera komplicerad och samtidigt mera teknisk. Allmänt kan sägas att uppgiften för dem som argumenterar mot ägarlägenheter blir svårare i och med att målområdet för verksamma argument har krympt till en ganska smal sektor. I det som följer skall jag ta upp argumenten för och emot ägarlägenheter med dessa utgångspunkter. Jag presenterar alltså de mera speciella argu-

<sup>26</sup> Jansson s. 85.

<sup>27</sup> Jansson s. 145, Bet s. 134 f. Det motsatta argumentet är naturligtvis att det blir lättare för vissa kategorier att skaffa en lägenhet i innerstaden. Blok s. 14.

<sup>28</sup> Se rörande den svenska debatten Anders Victorin: Kollektiv hyresrätt, Värnamo 1980, s. 73 ff. med hänvisningar. Jansson s. 94 ff., 148 ff.

menten mot ägarlägenheter och tar inte hänsyn till de allmänpolitiska. Vidare presenterar jag de mera speciella argumenten för ägarlägenheter. I båda fallen syftar behandlingen till att diskutera argumentens hållbarhet. Med den frihet en referent har kommer jag att ge min personliga syn på en del av de frågor som ventileras i samband med denna debatt.

Det finns ingen given disposition för argumentationen om ägarlägenheter. En ordning med ägarlägenheter innebär ett system som skall vara sammanhängande och som skall inpassas i samhällets bostadspolitik. Argumenten hänger därför ihop med varandra. Delfrågorna kan inte lösas ut ur sitt sammanhang och behandlas separat. Jag har därför valt att ställa upp ett antal frågor eller teser och organisera dem så att de någorlunda följer efter det samband de har med varandra.

## De särskilda argumenten

### *1. Ägarlägenheter strider mot principerna för fastighetsindelningen*

Detta argument har framförts framför allt i Sverige.<sup>29</sup> Mot detta kan emellertid anföras att i de nordiska länder där ägarlägenheter införts har denna fråga inte berett några särskilda bekymmer. Principen att fast egendom är jord är inte självklar. Det finns inte något som hindrar att andra mera beständiga företeelser också räknas som fast egendom. Det avgörande är inte föremålets art utan snarare att det finns ett pålitligt registreringssystem. Att räkna byggnader eller delar av byggnader som fast egendom medför visserligen ett mera komplicerat registreringssystem, men bereder i och för sig inte några särskilda bekymmer.

Ett argument som också framförs är att ett ägarlägenhetssystem för med sig gemensamma inteckningar, något som om möjligt bör undvikas.<sup>30</sup> Det finns emellertid inte något som hindrar att ett ägarlägenhetssystem utformas så att gemensamma inteckningar undviks.

Slutsatsen av detta torde bli att argumentet kan avföras från diskussionen.

### *2. Ägarlägenheter medför större transaktionskostnader, något som minskar rörligheten*

Ett registreringssystem kommer otvivelaktigt att medföra större kostnader än ett system där hela fastigheten befinner sig i en enda ägares hand.

<sup>29</sup> Blok s. 14. Jansson s. 6.

<sup>30</sup> 3LU 1958 nr 19.

Kostnader för lagfart och inteckningar kommer förmodligen att tas ut av ägarna i samband med överlåtelser och belåning. Ytterst blir det emellertid fråga om en kostnad för hela samhället.

Vidare kommer kostnaderna för belåning att öka. Det förutsättes att ägarlägenheterna skall belånas individuellt, något som medför högre administrationskostnader i bankväsendet. Dessa kommer att få bäras av ägarna. Eftersom transaktionerna kommer att röra ganska betydande belopp kommer det att bli nödvändigt att använda sig av mäklare och stundom jurister i ökad omfattning vid överlåtelser. Också detta medför ökade kostnader.<sup>31</sup>

Som en transaktionskostnad kan man också se risken för förlust vid överlåtelse. F.n är riskerna för förlust ganska små, men de kan tänkas öka i framtiden.

De nyss nämnda transaktionskostnaderna bär ägarna säkert villigt under förutsättning att de ändå kommer att göra en slutlig vinst på överlåtelsen. Men har prisutvecklingen varit oförmånlig bidrar transaktionskostnaderna till att förlust kan uppstå. Om risken för förlust är betydande innebär det att ägarna kommer att försöka undvika transaktionen och därmed kommer rörligheten att minska.

De erfarenheter man har, t.ex. från Danmark, pekar emellertid på att åtminstone så länge som risken för förlust är liten, är rörligheten stor när det gäller ägarlägenheter.<sup>32</sup> Ofta synes de fungera som en genomgångsstation på väg mot de attraktivare villorna. Man kan tala om ytterligare ett trappsteg på den bostadssociala stegen.

Argumentet synes emellertid förutsätta att en stor rörlighet på bostadsmarknaden är önskvärd. Detta är en komplicerad fråga. Jag noterar emellertid att varken detta argument eller det nästföregående förefaller ha någon större tyngd när det gäller villaägares sätt att resonera. Man bör enligt min mening inte ha någon anledning att ömma för ägare av ägarlägenheter i större utsträckning än för villaägare. Vill man gå utöver detta kommer man in på komplicerade frågor som är perifera för ämnet. Det kan t.ex. vara frågan om ägarlägenheter kan öka svårigheterna för samhället att bedriva viss regional- och arbetsmarknadspolitik. Om risken för förlust vilar på de boende kommer därmed en del av de s.k. sociala kostnaderna att övervältras på dem.

<sup>31</sup> Jansson s. 130.

<sup>32</sup> Jansson s. 28 f.

### 3. Ägarlägenheter belånas individuellt, något som medför fördelar för de boende

Eftersom ägarlägenheter kan registreras och pantsättas som andra fastigheter kan de också belånas. Den enskilde ägaren kan ta upp lån med inteckningar i lägenheten som säkerhet. Som tidigare nämnts medför detta fördelar. Den boende är inte beroende av kollektiva anordningar för finansiering.<sup>33</sup> Om den boende väljer att ta upp lån har han vidare den tidigare nämnda fördelen att kunna tillgodogöra sig hela värdeökningen på lägenheten medan han har avdragsrätt för räntekostnaderna. Tanken med låne- och avdragssystemet är att en ägarlägenhet skall likställas med en villaägare. Detta gäller även beskattningen.

Det finns förmodligen inte någon anledning att överdriva fördelarna i detta. Ett av samhällets mål brukar vara att försöka hålla "boendekostnaderna" mellan olika besittningsformer någorlunda neutrala i förhållande till varandra. Hittills har man dock inte lyckats särskilt väl med detta, åtminstone inte i Sverige.

Under den starka inflation som har rått under de senaste åren i de flesta nordiska länderna är den grupp som önskar hålla belåningen av sina bostäder så låg som möjligt förmodligen liten. En hög belåning för emellertid med sig en hög boendeutgift, även om boendekostnaden kan vara mera förmånlig än vid låg belåning. Man kan föreställa sig att de hushåll som kommer i fråga är t.ex. äldre par som efter att ha sålt sin villa eller segelbåt flyttar till en ägarlägenhet.<sup>34</sup> Det bör därmed vara fråga om hushåll som redan har tillgång till visst kapital. Men även för sådana hushåll kan det finnas intresse av att finna andra placeringar för tillgängligt kapital. Ett exempel är att pengarna lånas ut till barn som behöver hjälp med att skaffa en egen bostad. Familjeekonomiskt kan detta vara en lysande affär – medel överförs till barnen utan att föräldrarnas utgift ökar. Vad som sker är att skillnader i marginalskatt utnyttjas samtidigt som barnen får tillgång till ett investeringsobjekt som är värdebeständigt och där de står som låntagare.

Samtidigt kan ställa frågan om möjligheterna att ta upp lån mot säkerhet i lägenheten är så stora. Om det är fråga om lån för konsumtion torde möjligheterna sällan vara särskilt stora. I regel öppnas emellertid en möjlighet för den boende att lösgöra medel i samband med en överlåtelse. Men även här kan möjligheterna vara begränsade. Det är inte ovanligt att banker som villkor för viss finansiering kräver att en stor del av en säljares vinst skall investeras i den nya bostaden.

<sup>33</sup> NOU s. 50 f., Bet s. 131.

<sup>34</sup> NOU s. 50.

I de delar som diskussionen hittills rört är förhållandena helt likartade förhållandena på villamarknaden. Det finns därför inte anledning att gå närmare in på detta.

På en punkt skiljer sig emellertid reglerna om individuell belåning av ägarlägenheter från motsvarande regler när det gäller villor. Villan är nämligen i regel en enda fastighet som befinner sig i en ägares hand. Bedömningen av lånebehovet görs av ägaren och hänförs till fastigheten som helhet. Om det finns flera ägare kan ingen av dem belåna villan utan de andra ägarnas samtycke. Det som är karaktäristiskt för ägarlägenheter är däremot att den ursprungliga fastigheten är uppdelad och att ägareföreningen i regel inte har möjlighet att för gemensamma ändamål ta upp lån mot säkerhet i fastigheten eller de enskilda lägenheterna.<sup>35</sup> Denna skillnad blir påtaglig i ett läge där renovering eller ombyggnad måste äga rum. Ofta kan det vara fråga om kostnader som ägarna inte kan skjuta till kontant utan de måste ta upp lån. I regel fordrar långgivare säkerhet för lån av den storleksordningen det kan vara fråga om. De flesta ägare har inte annan kreditsäkerhet att erbjuda än den egna lägenheten. Samtidigt är det otänkbart att ta upp kredit med in-teckningar i lägenheterna som säkerhet. För att detta skall kunna genomföras fordras enighet från låntagarna. Det är också möjligt att en eller flera av ägarna har belånat sin lägenhet så högt att det inte finns utrymme för ytterligare belastning. Den fråga som uppstår då är hur säkerhet skall kunna erbjudas.

Man kan tänka sig flera principiella lösningar på detta problem. En lösning är att förutsätta att någon säkerhet inte ges i de enskilda lägenheterna, utan de enskilda lägenhetsägarna är solidariskt ansvariga för gälden som ägareföreningen upptagit. Kreditgivarna kommer då att ha en tillfredsställande säkerhet — det är i regel fråga om så många lägenhetshavare att det inte för långgivarens säkerhet spelar någon roll om en av lägenhetsägarna kommer i ekonomiska svårigheter. Risken att flera skulle komma i svårigheter är liten eftersom ägarna i regel inte har någon gemensam ekonomisk grund.<sup>36</sup>

Om en av ägarna kommer i svårigheter betyder detta i praktiken endast att de övriga ägarna får ta på sig en tillfällig höjning av utgifterna. De kan sedan söka betalning genom utmätning hos den felande ägaren eller sätta

<sup>35</sup> Blok s. 202, NOU s. 75 f.

<sup>36</sup> Blok s. 144. Naturligtvis kan säkerhet lämnas av ägareföreningen. Denna kan i enlighet med normalstadgarnas bestämmelser ha en grundfond. En annan möjlighet är att ägarna överlämnat pantbrev (ägarhypotek) till föreningen att läggas som säkerhet. Jfr Blok s. 221 f.



honom i konkurs.<sup>37</sup> Naturligtvis kan detta innebära att de övriga ägarna gör en förlust — man får anta att en person som kommer i ekonomiska svårigheter endast i sista hand tar risken att förlora sin bostad. Föreningen kommer endast att ha en oprioriterad fordran som riskerar att bli nödlidande. Eftersom man får anta att det för de övriga ägarna endast rör sig om ett mindre belopp kommer detta att spela mindre roll. I det norska lagförslaget har man likväl försökt förebygga detta genom att ge en rätt för ägareföreningen att genom beslut med kvalificerad majoritet (2/3) besluta att den enskilde ägaren skall ge föreningen panträtt för dess fordran i lägenheten.<sup>38</sup> Någon bestämd prioritet för denna säkerhet gäller emellertid inte. Inte heller är något högsta belopp angivet. Enligt utredningen skall emellertid beloppet stå i rimligt förhållande till vad som är ett troligt normalt ansvar.

En tredje lösning som har tillgripits i Sverige med avseende på gemensamhetsanläggningar innebär att oguldna avgifter till gemensamhetsanläggning och andra samfälligheter har en legal panträtt framför andra panträtter i den anslutna fastigheten.<sup>39</sup> Eftersom panträtten är begränsad till ett års oguldna avgifter anses den inte utgöra någon större risk för övriga långivare. Denna legala panträtt i gemensamhetsanläggningar gör det möjligt för bankerna att låna ut pengar till sådana anläggningar utan säkerhet.<sup>40</sup> Här är det således inte ens fråga om personligt ansvar för medlemmarna. Ansvaret åvilar föreningen som har rätt att göra uttaxeringar av medlemmarna. Det egendomliga med dessa system är att de öppnar möjligheter till större kredit med fastigheten som säkerhet än vad som är möjligt när det gäller t.ex. villor. Man kan jämföra de danska och norska systemen med ett antal villor som har gått in i en borgensring — en legal sådan. Men borgenslån utnyttjas här för fastigheternas behov och det underlag för kredit som finns i villorna kan utnyttjas på annat sätt, t.ex. för kredit för ägarens rörelse eller för konsumtion eller för att underlätta en försäljning till högt pris. Systemet förefaller osunt. Även andra lösningar kan naturligtvis tänkas. En sådan vore att göra de gemensamma anordningarna i fastigheten (mark, tak, ytterväggar, källare, ventilationsanordningar m.m.) till en särskild fastighet som förvaltades av en ägareförening. Med detta skulle emellertid de fördelar som här har beskrivits med ägarlägenheter i stor utsträckning minska. Man måste även komma ihåg att en sådan fastighet inte kan

<sup>37</sup> Blok s. 143 ff., NOU s. 76 f.

<sup>38</sup> 11 § 3 st., NOU s. 75 f.

<sup>39</sup> Lag 1973 om förvaltning av samfälligheter 40 §. Lag 1973 om förmånsrätt för fordringar enligt lagen om förvaltning av samfälligheter.

<sup>40</sup> Lag 1955 om bankrörelse 59 §.

realiseras – den har inget värde. En realisation måste ske samtidigt med lägenheterna. Den enda meningen med systemet är att ge prioritet till in-teckningar för fastighetens behov.

#### 4. Ägarlägenheter leder till spekulation i bostäder

Påståendet att ägarlägenheter leder till spekulation i bostäder är ett av de tyngsta argumenten som systemets motståndare för fram.<sup>41</sup> Nu är det emellertid välkänt att villaboende också innebär en sorts spekulation i bostäder. Finns det då något som är särskilt problematiskt med ägarlägenheter utöver det enkla faktum att de kan antas stiga i pris med inflationen och att ägarna genom en liten kontantinsats får tillgodogöra sig hela denna värdeökning? Svaret på denna fråga måste enligt min mening bli jakande. Det finns särskilda problem som närmast föranleds av de olika åtgärderna för priskontroll på hyresmarknaden. (Inom parentes kan nämnas att motsvarande problem förekommer på villamarknaden, nämligen där kommunen utbjuder nybyggda villor till lågt och t.o.m. subventionerat pris och där den förste ägaren kan tillgodogöra sig hela prisökningen upp till marknadspriset.) Om man sedan vill kalla detta spekulation eller inte är en annan sak. Här vill jag bara peka på mekanismer som gör det svårt att undvika att förmögenhetsbildningen fördelas ojämnt mellan ägarna över tiden.

Det resonemang som kommer att föras är i första hand ekonomiskt. Det tar främst sikte på svenska förhållanden.<sup>42</sup> – Ett första mål för den enskilde är att minimera sin boendekostnad i förhållande till boendevärdet. Ett annat mål är att få en tillfredsställande förräntning på den egna insatsen. En viktig faktor som man måste ta med i bilden är att i ägandet av bostäder ligger ett sparande. Den boende måste ta hänsyn till att han vid en försäljning kan komma att göra en realisationsvinst. Man måste därför skilja mellan boendeutgift, som är den kontanta utgift den boende har för att bo, inberäknat eget sparande, och boendekostnad som är den totala kostnaden för boendet, inberäknat realisationsvinst vid en senare försäljning.

Ett vanligt sätt för den enskilde konsumenten att resonera är följande: En viss lägenhet har ett boendevärde. Boendevärdet utgör i regel den hyra som en motsvarande hyreslägenhet betingar eftersom det vanligen finns ett utbud av hyreslägenheter som kan erhållas utan uppoffring av eget kapital. (Om sådana lägenheter inte finns, finns det å andra sidan ofta en svart

<sup>41</sup> Se t.ex. NOU s. 54 ff.

<sup>42</sup> Jfr Jansson s. 105 ff., NOU a st. Se även not 28 här ovan.

marknad. Beräkningarna blir i så fall något mera komplicerade. Boendevärdet ökar. Jag väljer att inte gå in på detta. I några fall åter kan priset på hyreslägenheter vara för högt i förhållande till boendevärdet. I sådant fall finns det ett överskott på lägenheter. Den situationen är emellertid mera ovanlig. Av flera skäl är konsumenterna förvånande okänsliga för priset. Detta sammanhänger naturligtvis med det stora behovet av bostad, marknadens trögrörlighet, förekomsten av subventioner som bostadsbidrag m.m.)

Om konsumenten kan finna en bostad som har en lägre "hyra" än motsvarande hyreslägenhet är han beredd att betala för denna förmån. Det högsta pris som han kan tänkas vara villig att betala är det kapitaliserade värdet av förmånen att bo till lågt pris, men här tillkommer en viktig faktor. Den boende måste ta hänsyn till effekten av beskattningen. Denna faktor tenderar att öka priset. Förmånen att bo billigt beskattas i och för sig inte, lika litet som låga levnadsomkostnader över huvud taget. Vid de flesta alternativa penningplaceringar kommer däremot den boende att finna att hans inkomster kommer att bli beskattade. Man kan alltså grovt ange priset som det kapitaliserade värdet av förmånen att bo till lågt pris med hänsyn tagen till skatteeffekten. Kan då konsumenten vänta sig att finna en bostad som betingar lägre pris än motsvarande hyreslägenhet, dvs. en bostad som har lägre boendeutgift? Svaret på detta är otvivelaktigt ja. Om vi granskar en svensk bostadsrättsförening och jämför den med en hyresfastighet av motsvarande ålder finner man att årsavgiften i bostadsrättsföreningen är lägre än hyran i hyreshuset. Förklaringen till detta är följande:<sup>43</sup> I en inflationsekonomi stiger byggpriserna i takt med inflationen och räntenivån ligger högt. Markvärdet tenderar att stiga ännu snabbare än inflationen. De stigande mark- och byggnadspriserna gör att hyrorna i nyproduktionen hela tiden ökar. Samtidigt – och under förutsättning av en bestående efterfrågan – ökar också hyrorna i det äldre beståndet. Nyproduktionen är prisledande. Om inte hyrorna ökade också i det äldre beståndet skulle en s.k. hyressplittring uppstå med köer och svarta marknader för det förhållandevis billigare äldre beståndet. I en bostadsrättsförening däremot tas endast självkostnaderna ut. Dessa självkostnader är historiskt betingade – de baserar sig på kapitalkostnaderna för de ursprungliga lånen som togs upp när föreningen bildades. Den mellanskillnad som råder mellan hyran i en hyreslägenhet och årsavgiften i en bostadsrättsförening kan alltså bostadsrättshavarna tillgodogöra sig vid en försäljning. – När det gäller äldre hus

<sup>43</sup> Jfr Jansson s. 97 ff.

kan kostnaderna för kapital återigen stiga, eftersom lån kan behövas tas upp för renoveringar och ombyggnad. Så länge som det inte är fråga om radikala ombyggnader rör det sig emellertid inte om särskilt stora belopp i förhållande till nyproduktionskostnaderna. Den som bor i bostadsrättsförening kan därför räkna med att skillnaden i förhållande till hyreslägenheten kommer att bestå och t.o.m. öka.

En faktor som också kan visa sig betydelsefull för prisbildningen är lägesfaktorn. I den svenska hyresregleringen är lägesfaktorn medvetet undanskattad. I en bostadsrättsförsäljning kan däremot lägesfaktorn åsättas ett pris. Detta är detsamma som att säga att boendevärdet för en hyreslägenhet är satt för lågt.<sup>44</sup>

Värdet av ett hyreshus bestäms först och främst av hur stora hyresintäkterna är i förhållande till kostnaderna. Man kan naturligtvis ta hänsyn till markvärde och byggnadsvärde, men detta förutsätter att det finns möjligheter att finna en alternativ användning för mark och byggnader som gör att dessa värden kan realiseras. När hyrorna ökar, ökar också hyresfastighetens värde. När det gäller ett hyresföretag är det inte realistiskt att räkna med inkomstskatteeffekter som man ofta gör när det gäller löntagare och andra privatpersoner. Det spelar inte någon roll om räntor är avdragsgilla så länge som företaget strävar efter att ge vinst. Om å andra sidan företaget tillhandahåller bostäder till självkostnadspris finns inget överskott att dra av emot.

Om den enskilde boende däremot görs till betalningsansvarig för de lån som vilar på fastigheten blir läget ett annat. Under förutsättning att inte beskattningen på fastigheten ökar på ett eller annat sätt kommer den enskilde nu att kunna dra av skuldräntorna från sina övriga inkomster och på det sättet få till stånd en skatteminskning motsvarande ca 2/3 av ränteutgifterna. Boendeutgifterna har därigenom radikalt nedbringats.

Detta förfarande att göra den boende betalningsansvarig för lån som åvilar fastigheten praktiseras i Sverige framför allt i vissa bostadsrättsföreningar. Den boende görs till betalningsansvarig för vissa lån för vilka bostadsrättsföreningen erbjuder säkerhet i form av inteckningar i fastigheten. Systemet kallas för "strimlade" eller "fördelade" lån. Den största nackdelen med systemet är att statliga subventionerade lån inte beviljas för sådana

<sup>44</sup> Jansson s. 106 ff. En ytterligare faktor kan vara den segregationstendens som ligger i systemet. Bostadsrätter köpas ofta av små hushåll med goda inkomster och oftast utan social belastning. Detta kan förklara minskad förbrukning och minskat slitage lika väl som teorierna om att dessa kostnader är påverkbara för den enskilde och att dessa har ett ekonomiskt incitament att iaktta sparsamhet.

föreningar. På senare tid har också statsmakterna ingripit med en viss begränsad skatteskärpning.<sup>45</sup>

När lånen fördelats på detta sätt ökar förmodligen det pris en köpare är villig att betala för bostadsrätten. Priset måste naturligtvis bli högre än för en vanlig bostadsrätt – boendeutgiften har ju nedbringats väsentligt. Effekten blir beroende av hur stor marginalsatt den tilltänkte köparen har.

Förfarandet med strimlade lån förekommer i stor utsträckning när det är fråga om hyreshus som omvandlas till bostadsrättsföreningar. De fördelas som de förmånliga skattereglerna ger innebär, liksom utnyttjandet av lägesfaktorn, att boendeutgiften sjunker så mycket för de enskilda, att man får ett läge med en dubbel prisbildning. Priset som kan tas ut vid försäljning av en fastighet beror på om den kan utnyttjas som hyreshus eller som bostadsrättsförening med strimlade lån – i det senare fallet är priset betydligt högre.

Om man antar att ägarlägenheter skulle införas i Sverige skulle effekten och de ekonomiska resonemangen te sig i hög grad likartade. Till detta kommer den tidigare nämnda ägareffekten (som även finns vid bostadsrättsföreningar med strimlade lån) nämligen att prisökningen fortsätter i takt med inflationen, en prisökning som ägaren kan tillgodogöra sig med en liten kontantinsats. Om ägare räknar med en senare försäljning kan han vara villig att betala ett så högt pris att boendeutgiften ligger över vad som gäller för en motsvarande hyreslägenhet. Om man tar hänsyn till realisationsvinsten blir boendekostnaden ändå låg. Man kan invända att detta sista resonemang är ointressant därför att kostnaderna för att skaffa en ny bostad ökar i samma takt som priset på den egna bostaden ökar. Vinsterna kommer därför aldrig att kunna realiseras. Denna invändning är emellertid endast delvis riktig. Den förmögenhetsbildning som äger rum kan realiseras på flera sätt – om inte annat kommer det att ske vid arvfallet.

Allt detta gör det förklarligt att ägare av ägarlägenheter eller bostadsrätter kan vara beredda att ta på sig en högre boendeutgift än hyresgäster. Det är för dem fråga om en investering, eller, om man så vill, en form av "frivilligt tvångssparande". I den mån detta äger rum är det emellertid tydligt att endast begränsade delar av befolkningen kan vara villiga till något sådant.

Jag menar därför att det inte är något fel att ägarlägenheter betingar höga priser – i varje fall inte mera fel än att villor gör det. Det är en automatisk

<sup>45</sup> SFS 1979: 1017. Skärpningen innebär att viss procentsats (f.n. 4) av medlemmens andel av föreningens förmögenhet som överstiger 25 000 kr skall tas upp som inkomst av kapital. – Ju större lånen för vilka medlemmen är betalningsansvarig är, desto större blir naturligtvis föreningens förmögenhet (tillgångar minus skulder).

följd av den struktur för belåning och sparande som ligger i systemet. Man kan emellertid göra två huvudsakliga invändningar. Den ena går ut på att prisbildningen är acceptabel endast när systemet nått ett s.a.s fullfunktionsstadium. Den andra går ut på att ägarnas ställning är i hög grad osäker därför att prisbildningen till allra största delen är beroende av samhällets åtgärder.

Den första invändningen kan sägas bestå i att prisbildningen för nyuppförda bostäder verkar styrande på hyresnivåerna. Hyresnivåerna styr i sin tur prisbildningen på ägarlägenheter. Eftersom priserna på ägarlägenheter ligger högre än priserna inom hyresbeståndet måste realisationsvinster uppstå vid en överföring – antingen vid försäljning av ren nyproduktion eller av äldre hyresfastigheter. Spekulationen kan sägas bestå i att dessa vinster har en tendens att falla ut tidigt. Redan vid den första överlåtelsen försöker säljaren att få ut det högsta pris som köparen är villig att betala. Såvitt jag förstår finns det inte någon enkel lösning på detta problem. Att reglera priserna vid den första upplåtelsen leder endast till att de första förvärvarna gör de stora vinsterna.<sup>46</sup> – Detta får samtidigt effekten att ett tryck skapas från hyresgästernas sida att få fastigheten överförd till en fastighet med ägarlägenheter eftersom så stora vinster finns att göra för dem.

En lösning kan naturligtvis vara att beskatta förmånen att bo i lägenheterna så högt att boendeutgiften blir hög och därmed priserna blir lägre. Men man får därvid tänka på att det kan vara svårt att behandla ägare till ägarlägenheter sämre än t.ex. villaägare. Om det dessutom redan finns ett bestånd av ägarlägenheter måste man tänka på vilka konsekvenser skärpta skatteregler får för dem.

Detta leder till den andra huvudinvändningen, nämligen att när priserna väl kommit upp på en hög nivå, är vinsten att bo i en ägarlägenhet inte särskilt stor. Boendeutgiften är hög. Ägarna tvingas till ett sparande. Detta enkla faktum förefaller inte ha observerats särskilt mycket i debatten. Eftersom prisbildningen i så hög grad är beroende av den av samhället bestämda skatte- och subventionsstrukturen är också ägarna i hög grad beroende av att några försämringar inte görs. Det behöver inte vara fråga om förändringar som direkt berör ägarna, som t.ex. höjningar av schablonbeskattning eller minskning av rätten att göra ränteavdrag. Redan en ökning av räntesubventionerna för hyresfastigheter kan ha negativa konsekvenser för prisbildningen på ägarlägenheter.

<sup>46</sup> Jag åsyftar de numera upphävda reglerna i 14 § i den danska lagen, som dock gällde priset vid överlåtelse till en andelsboligförening.

Eftersom prisbildningen på ägarlägenheter i så hög grad är beroende av politiska beslut kommer ägarnas politiska genomslagskraft att vara betydelsefull. Så länge som gruppen är liten kommer dess möjligheter att med politiska medel försvara sig att vara små i jämförelse med t.ex. vad de förhållandevis välorganiserade hyresgästerna och villaägarna kan åstadkomma. Och eftersom ägande av ägarlägenheter ofta ses som liktydigt med spekulation och oskäligen skatteförmåner blir ställningen än svårare. Det kan tilläggas att i Sverige ser partierna, framför allt de socialistiska, inte med blida ögon på ägarlägenhetskonstruktioner. Det socialdemokratiska partiet i Sverige har sålunda på sitt bostadspolitiska program att sätta "stopp" för bostadsrätter med strimlade lån.<sup>47</sup> Medaljen har naturligtvis ännu en sida. Ju större den grupp är som för sitt boende är beroende av det nuvarande ofullkomliga skattesystemet desto svårare blir det att reformera det.

Man kan tillägga att införandet av en lagstiftning, t.ex. i Sverige, om ägarlägenheter förändrar läget på ett ganska svårbestämt sätt. Det är mera äventyrligt för dem som arbetar med bostadsrätter med strimlade lån och liknande företeelser i utkanten av vad som anses acceptabelt. Om statsmakterna väljer att lagstifta om ägarlägenheter eller liknande företeelser innebär detta också en sorts moralisk förpliktelse att inte i fortsättningen ingripa mot den med pålagor som särbehandlar den i förhållande till andra godkända ordningar eller som gör formen oanvändbar.

##### *5. Ägarlägenheter ger möjlighet att uppnå lägre boendekostnader genom egna arbetsinsatser från de boendes sida*

Detta argument har naturligtvis samband med det inflytande över boendet som ägarlägenheterna ger. Eftersom det är ett ekonomiskt argument väljer jag emellertid att ta upp det här.

De besparingar det är fråga om ligger märkligen nog huvudsakligen på skatteområdet. Eftersom eget arbete inte beskattas, medan däremot anlitande av utomstående beskattas med inkomstskatt, sociala avgifter och mervärdeskatt, blir skillnaden betydande. Mot tanken att några betydande besparingar skulle kunna göras har inväntats att det inte finns så mycket arbete i ett flerfamiljshus som kan utföras av de boende på ett lämpligt sätt.<sup>48</sup> Möjligheterna att utföra småreparationer är betydligt mindre än t.ex. i småhus – i ett flerfamiljshus kan t.o.m. svårigheterna för den enskilde att byta kranpackningar vara betydande. Att de boende skulle ta på sig att

<sup>47</sup> Bostaden en social rättighet. Bostadspolitiskt aktionsprogram inför 1980-talet. Skrift utgiven av socialdemokraterna, Borås 1979, s. 43.

<sup>48</sup> Jansson s. 113 ff.

måla om fasaden eller byta taktäckning förefaller inte heller särskilt praktiskt. Möjligheterna att göra vinster med eget arbete skulle därför huvudsakligen bestå i att sköta om den egna lägenheten genom att t.ex. måla och tapetsera. Dessa vinster är inte så stora att de kan ha någon avgörande betydelse i debatten om ägarlägenheter.

#### *6. Ägarlägenheter ger större inflytande över den egna bostaden*

Som inledningsvis sades kan man när man talar om inflytande avse såväl den ekonomiska dispositionsrätten som inflytandet över förvaltningen. Här skall jag endast ta upp vissa punkter i det stora området till behandling. Vissa har redan behandlats, nämligen rätten att belåna lägenheterna och rätten att utföra reparationer och liknande. Frågor som har att göra med förvaltningen inom ägarkollektivet kommer till största delen att behandlas i det följande avsnittet. Vad som jag här kommer att ta upp är i huvudsak följande punkter: friheten att sälja till vem man vill och till marknadspris, friheten att hyra ut och använda lägenheten för annan verksamhet samt till slut besittningsskyddet, som jag ser som en inflytandefråga. Argumentet att ägarlägenheter ger ett större inflytande över den egna bostaden än andra besittningsformer för boende i flerfamiljshus är vid sidan av de ekonomiska argumenten de kanske viktigaste som för fram till stöd för ägarlägenhetsinstitutet. Man kan emellertid ställa sig tvekan inför om det är möjligt att åstadkomma väsentliga förbättringar t.ex. i förhållande till bostadsrätten. Framför allt är detta beroende på att förhållandet mellan kollektivet och den enskilde träder i förgrunden i flera avseenden.

Friheten att sälja till det pris man kan få är en av de viktigaste principerna. Som tidigare har utvecklats är emellertid prisbildningen till stor del beroende av statliga och kommunala åtgärder. Det argumentet har också framförts att det kan vara svårt att upprätthålla en fri prisbildning på ägarlägenheter om det samtidigt råder ett system med begränsning av överlåtelsevärdena på andra områden, t.ex. när det gäller bostadsrätter.<sup>49</sup>

Den argumentation som förs av motståndarna till ägarlägenheter går i stället ut på att ägarlägenhetsinstitutet är onödigt – det finns inte några fördelar att vinna med det, särskilt inte när det gäller inflytande för de boende.<sup>50</sup>

Också friheten att sälja till vem man vill kan vara inskränkt. Det är inte självklart att kollektivets intresse att ha inflytande över vem som skall få bli medlem i kollektivet skall stå efter för ägarens intresse att utse köpare. Det

<sup>49</sup> NOU s. 57.

<sup>50</sup> NOU s. 56, Bet s. 131, Jansson s. 134 ff.



kan finnas skäl för en hembudsskyldighet eller regler om godkännande. Skillnaden mellan ägarlägenheter och bostadsrätter är på denna punkt inte så stor. I Norge, som har en stark tradition med regler om hembudsskyldighet när det gäller bostadsrätter, förutses att sådana kan komma till användning också när det gäller ägarlägenheter.<sup>51</sup>

På samma sätt kan rätten att hyra ut lägenheten eller använda den för annan verksamhet inskränkas av hänsyn till övriga ägare. Rätten att använda lägenheten för annat ändamål är kanske den minst självklara. Här kommer – förutom stadsplaneintressen och eventuella förbud mot s.k. smygtkontorisering – övriga ägares intresse i att inte behöva tåla en livlig ström av kunder till ett kontor eller läkarmottagning eller buller från en mindre hantverksrörelse.

Rätten att hyra ut lägenheten till vem man vill brukar vara förknippad med ägarlägenhetsinstitutet. Men också här kommer övriga ägares intresse in att inte behöva tåla störande eller på annat sätt olämpliga hyresgäster. Men frågan om uthyrning av ägarlägenheter är också föga självklar med hänsyn till hyresgästernas intressen i stort och med hänsyn till samhällets bostadspolitik. Det förefaller också finnas en tendens i ett ägarlägenhetssystem att så småningom ett stort antal av lägenheterna blir uthyrda. I denna riktning pekar erfarenheterna såväl från Danmark som från Västtyskland.<sup>52</sup> För Finlands del är situationen speciell såtillvida att det knappast finns några privata hyresvärdar annat än i ägarlägenheter.<sup>53</sup> Åtminstone ur svensk synvinkel förefaller det som om en utveckling i den riktningen är mindre önskvärd. Man kan här peka på flera omständigheter.

Hyresgästernas besittningsskydd blir med nödvändighet lägre när lägenheten är upplåten som ägarlägenhet. Om besittningsskyddet är starkt innebär detta att lägenheten knappast inom överskådlig tid kan användas annat än som hyreslägenhet – värdet av ägarlägenheten är beroende av dess användningsform. Att ge hyresgästerna ett starkt besittningsskydd skulle innebära att lägenhetens värde minskades kraftigt. Ägarens intresse av att förfoga över lägenheten väger därför tyngre. Ett annat skäl är att det blir svårare för hyresgästerna att bedriva förhandlingar kollektivt, att få till stånd ökat boinflytande och liknande. Ur samhällets synpunkt är också en splittring av ägarstrukturen olämplig. Det blir svårare att ingripa med krav på sanering, att obilliga avtalsvillkor skall upphöra och liknande. Man kan möjligen också vänta sig att antalet tvister ökar när parterna till hyresavta-

<sup>51</sup> Lagförslaget 11 §.

<sup>52</sup> Jansson s. 27, 51 f.

<sup>53</sup> ib s. 65.

let är oerfarna och utan större kunskaper när det gäller administration och rättsliga frågor.

Man kan i och för sig ställa frågan varför det är så vanligt att ägarlägenheter hyrs ut. Förklaringen är enligt min mening enkel. Under förutsättning av en fortgående prisökning är lägenheten ett förmånligt placeringsobjekt. Det kan t.o.m. vara förmånligt för ägaren att bära en viss förlust i uthyrningen, särskilt som förlusten är avdragsgill i deklarationen och alltså till stor del "skattesubventionerad". Man får också ta hänsyn till de relativt höga transaktionskostnaderna vid överlåtelse som gör att uthyrning kan te sig som ett bra alternativ under viss tid.

Att besittningsskyddet är bättre för ägaren med ett ägarlägenhetssystem än i andra besittningsformer framförs stundom som ett argument för systemet. Likväl återstår det problemet att de övriga ägarna kan ha ett intresse av att frigöra sig från förbindelsen med en ägare som inte fullgör sina förpliktelser. Är det fråga om ekonomiska förpliktelser gäller endast marginellt bättre villkor för en ägare än t.ex. för en hyresgäst. Den som i längden missköter sina åligganden kommer att förlora sin lägenhet, antingen det sker genom åtgärder från en hyresvärd eller från medägares eller kreditors sida. Om det är fråga om en ägare som missköter sig på annat sätt kan det tänkas att kraven på övriga ägare att visa fördragsamhet är större. Jag ser emellertid inte någon direkt anledning att behandla en ägare som missköter sig på ett mildare sätt än en bostadsrättshavare. Han kan, som i Danmark,<sup>54</sup> tvingas att flytta ifrån lägenheten under en tid, eller han kan, som i Västtyskland tvingas att sälja lägenheten.<sup>55</sup> Den stora fördelen för ägarlägenhetshavare är att han kan tillgodogöra sig det ekonomiska värdet även om han tvingas att lämna lägenheten.<sup>56</sup>

### *7. Ägarlägenheter är på sikt en olämplig förvaltningsform för flerbostadshus*

Detta är ett argument som jag inte sett framfört med full styrka i debatten. Jag framför det därför som mitt eget. Mycket av den diskussion och reglering som har ägt rum i Danmark med avseende på uppdelning av äldre hyresfastigheter tar sikte på att se till att uppdelningen äger rum under

<sup>54</sup> Lov om ejerlejligheder 8 §.

<sup>55</sup> NOU s. 32.

<sup>56</sup> Den svenska lösningen när det gäller bostadsrätt innebär att vid vissa fall av misskötsel är nyttjanderätten förverkad. Bostadsrätten säljs då genom föreningens försorg på offentlig auktion. Överskottet tillfaller bostadsrättshavaren sedan föreningen fått täckning för eventuella fordringar för oguldna avgifter och liknande. Bostadsrättslag 33 och 37 §§.

tryggade former.<sup>57</sup> Jag väljer att här inte gå in på de problem som kan uppstå för hyresgäster – den diskussionen torde vara välkänd.<sup>58</sup> Vad jag i stället avser är den reglering som går ut på att endast välskötta fastigheter och fastigheter som fyller vissa minimikrav får bli föremål för uppdelning. Tanken med det hela är att förhindra spekulation i nedgångna bostäder och att förhindra att sådana säljs till omisstänksamma konsumenter. Vad som däremot inte reglerats annat än i begränsad omfattning är förhållandena vid överlåtelse av ägarlägenheter sedan dessa förvärvats och sedan vidareförsäljes. I den danska lagstiftningen finns sålunda vissa regler om upplysningsplikt för säljaren beträffande bl.a. föreningens och husets ekonomiska förhållanden.<sup>59</sup> Vidare finns regler om prövning av köpesumman.<sup>60</sup> Köparen kan i efterhand kräva återbetalning av en viss del av köpesumman om denna anses obillig. Den fråga som kan ställas är om inte de problem som gäller överföring av äldre hyreshus till ägarlägenheter när det gäller standard m.m. kommer att aktualiseras inom ägarlägenhetsbeståndet i ett senare skede.

De erfarenheter man har i Sverige av bostadsrättsföreningar pekar på att förvaltningen tenderar att bli konservativ. Det är svårt för ägarna att komma överens om genomgripande saneringsåtgärder. I ägarlägenhetssystemet finns såväl enligt dansk lag som enligt det norska förslaget regler om kvalificerad majoritet för s.k. offensiv förvaltning.<sup>61</sup> Men härtill kommer att åtgärder som kan påverka fördelningen av andelstalet förutsätter medgivande från samtliga berörda. Det kan vara frågan om flyttning av en vägg, t.ex. i samband med installation av en hiss. Det är också besvärligt att ordna ersättningslägenheter under en period då vissa lägenheter måste evakueras eftersom renoveringsarbeten pågår. Det är då en naturlig reaktion från vissa ägare när de ser en renovering eller ombyggnad närma sig att de löser frågan genom att sälja lägenheten och flytta. Här uppstår frågan om hur stora skyldigheter man kan ålägga säljaren i förhållande till köparen. Om detta ses som ett reellt problem måste förmodligen skyldigheterna bli långtgående. Men det kan tilläggas att det alltid är enklare att ålägga näringsid-

<sup>57</sup> Rätten till uppdelning är numera avskaffad för bostadshus byggda före 1/7 1966. Hus med högst 2 bostadslägenheter får uppdelas under förutsättning att de uppfyller vissa minimikrav. Tidigare (före 1979) gällde minimikrav för bostadshus byggda före 1/7 1966. Jfr även ovan om anbud till hyresgäster.

<sup>58</sup> Det norska förslaget tillåter endast uppdelning av nya hus. Ett undantag är hus med högst 2 lägenheter och hus med enbart lokaler. 8 §. Se vidare s. 71.

<sup>59</sup> Lov om ejerlejligheder 9 §.

<sup>60</sup> ib 16 a §.

<sup>61</sup> Normalvedtægt 1 § 4 st. NOU 20 §, jfr s. 79, Blok s. 177 ff.

kare skyldigheter i förhållande till konsumenter än att uppställa regler för privatpersoner hur de skall handla sinsemellan.

Med detta problem sammanhänger de invändningar som har gjorts mot ägarlägenhetsinstitutet, nämligen att de försvårar samhällets och framför allt den kommunala kontrollen över bostäder.<sup>62</sup> När det t.ex. gäller hyresfastigheter har man i regel endast att göra med en enda ägare. Dessutom är det svårt att vinna gehör för att regler om kommunalt förköp eller upprustningsålägganden enligt saneringslagstiftning och liknande skulle kunna vinna tillämpning på ägarlägenheter.

Frågan kan därför ställas om man inte genom att inrätta ägarlägenheter skapar en stark, konservativ kraft i samhällets bostadsbestånd, en kraft som på sikt kommer att visa sig svärbemästrad.

En fråga skall särskilt observeras, nämligen upplösning av en samfällighet med ägarlägenheter. I de nordiska länder där man arbetar med ett fastighetsrättsligt ägarlägenhetsinstitut är äganderätten absolut i den meningen att någon upplösning och därmed utsläckning av äganderätten inte kan ske utan den enskilde ägarens medgivande.<sup>63</sup> För att en fastighet skall rivas eller genomgå grundläggande förändringar fordras därmed samtycke från samtliga ägare. Det kan finnas många skäl för en upplösning, såväl rent fysiska som ekonomiska. Det är emellertid inte svårt att tänka sig att meningarna om hur man skall förfara kan vara delade bland ägarna. För en del av ägarna kan en upplösning te sig som lösnings, eftersom en realisation av markvärdet då äger rum. Andra däremot föredrar att bo kvar, eller hyra ut lägenheterna under ännu en tid, likaså av ekonomiska skäl. En del vill bo kvar av mera sentimentala skäl och till sist har vi naturligtvis problemet med eventuella hyresgäster. Det förefaller emellertid som om en enda ägare kan hålla kvar de andra ägarna i samfälligheten tills huset bokstavligen faller ihop av sig själv och därmed äganderätten fysiskt utsläcks. Den lösning på detta problem som ligger närmast till hands nämligen att införa regler om upplösning genom majoritetsbeslut innebär emellertid en allvarlig försvagning av äganderätten till lägenheten. Skillnaden i förhållande till den ständiga besittningsrätt som en bostadsrätt innebär skulle minska betydligt.

### 8. Övriga argument

I debatten kring ägarlägenhet har ett stort antal argument framförts. Det är inte möjligt att behandla eller ens nämna alla. Det finns emellertid skäl att kortfattat ta upp några ytterligare.

<sup>62</sup> NOU s. 53 f. Bet s. 135.

<sup>63</sup> NOU s. 67, Blok s. 170 ff, Bet s. 143.

Ett mycket vanligt argument är att ägarlägenheter ökar segregationen i boendet.<sup>64</sup> Detta är såvitt jag kan förstå riktigt. Argumentets värde ligger emellertid enbart i att segregationen ökar – hur mycket den totalt kommer att öka beror naturligtvis på vilken spridning institutet får. I jämförelse med den segregationseffekt som ligger i villaboende och i bostadsrättsboendet tror jag emellertid att argumentets värde är begränsat.

Ett annat argument som delvis behandlats är att ägarlägenheter ökar svårigheterna för stat och kommun att utöva bostadspolitik.<sup>65</sup> Också detta argument är antagligen riktigt. Det finns inte någon anledning att närmare gå in på det. Dess tyngd beror uteslutande på vilken vikt man fäster vid en aktiv bostadspolitik och vilka intressen den antas företräda.

Ett argument som har behandlats såväl i Danmark som i Norge är att ett införande av ägarlägenheter kommer att försvåra verksamheten för de nuvarande organisationerna, framför allt de som sysslar med bostadsrätt.<sup>66</sup> Meningarna är emellertid delade om detta. För svensk del kan tillägas att hyresgästföreningarna inte skulle se med blida ögon på ett införande av ägarlägenheter.

Andra frågor som har tagits upp är om ägarlägenheter kommer att leda till att det skaffas mera kapital till bostadssektorn eller om det kommer att byggas flera bostäder.<sup>67</sup> Båda frågorna förefaller tveksamma.

Slutligen har frågorna när det gäller överföring av äldre hyreshus (samt av bostadsrättshus finansierade med statliga lån) till ägarlägenheter varit mycket omdebatterade. Den största frågan har kanske varit hyresgästernas ställning. Delvis har detta berörts tidigare. Det finns inte någon anledning att ytterligare belysa denna fråga.

## Sammanfattning

Det råder djupt delade meningar om ägarlägenheter är en önskvärd företeelse i samhället. Till största delen bottenar motsättningarna i allmänna motsättningar om det önskvärda i om lägenheter eller bostäder skall ägas över huvud taget och om hur äganderätten skall vara utformad i förhållande till samhället och ägarkollektivet. Om man för de mest grundläggande politiska motsättningarna åt sidan och gör antagandet att såväl äganderätt till villor

<sup>64</sup> Jansson s. 145.

<sup>65</sup> Ovan vid not 62.

<sup>66</sup> Bet s. 135 ff., NOU s. 53.

<sup>67</sup> Bet s. 129 f., NOU s. 52 f.

som bostadsrätt i flerfamiljshus är önskvärda besittningsformer i samhället begränsas argumentationen till stor utsträckning till tekniska argument.

Om man accepterar villaboende som önskvärt har argumenten till förmån för ägarlägenheter en obestridlig styrka. Man kan emellertid ställa frågan om inte svårigheterna med systemet är så stora att det inte kan genomföras fullt ut. För att lösa de svårigheter som har pekats på här måste så stora förändringar vidtagas att den ursprungliga tanken till stora delar blir förfelad.

De viktigaste argumenten härvid är enligt min mening följande:

Det är svårt att inpassa ägarlägenheterna i den prisstruktur som gäller för hyreslägenheter. Vinster måste uppkomma och det är svårt att fördela dem på ett tillfredsställande sätt. Denna invändning riktar sig f.ö. till viss del även mot bostadsrätter.

Reglerna om fördelning av lånen för gemensamma behov och för de enskilda ägarna ter sig i ägarlägenhetskonstruktionen märkliga. Det är enligt min mening naturligt att lån för gemensamma behov skall belasta lägenheterna med bästa rätt. Utrymmet för säkerhet för kredit för andra ändamål kommer i andra hand.

Ägarlägenheter kan knappast förenas med en obetingad rätt till uthyrning. Något sådant vore oacceptabelt med tanke på konsekvenserna för hyresgästerna.

Det inflytande som ägarlägenheter ger över den egna bostaden är knappast större än vad som ges för t.ex. bostadsrätter. Fördelarna ligger nästan helt och hållet på den ekonomiska sidan. Möjligheterna till besparingar genom egna arbetsinsatser skall inte överdrivas.

Risken för en alltför konservativ förvaltning förefaller också påtaglig. Man kan anta att husen underhålls bra, men mera genomgripande åtgärder blir svårare att enas om. Särskilt äventyrlig förefaller regeln om vetorätt vid upplösning vara.

Låt mig till sist tillägga att jag inte ser några nämnvärda nackdelar till ägarlägenheter som avser lokaler (för annat än bostadsändamål).

## KÄLLOR

(Endast citerade källor)

- <sup>1</sup> Betänkning angående ejerlejligheder m.v. Betänkning Nr. 395/1965. Cit *Bet*
- <sup>2</sup> *Blok, Peter*, Ejerlejligheder, Köpenhamn 1969. Cit. *Blok*.
- <sup>3</sup> Bostaden en social rättighet. Bostadspolitiskt aktionsprogram inför 1980-talet. Skrift utgiven av socialdemokraterna. Borås 1979.
- <sup>4</sup> *Jansson m.fl.*: Ägarlägenheter i flerbostadshus. Statens institut för byggnadsforskning meddelande M79:15. Cit *Jansson*.
- <sup>5</sup> NOU 1980:6 Ejerlejligheder. Cit *NOU*
- <sup>6</sup> *Norrmén, Gustaf W.*, Om bostadsaktieköparens rättsliga ställning i det s.k. gründerförhållandet. Ak avh. Helsingfors 1968. Cit *Norrmén*.
- <sup>7</sup> Näringslivets Byggnadsdelegation (NBD), Bofakta 1980.
- <sup>8</sup> SOU 1974: 51 Cit *SOU*. Bostadsförsörjning och bostadsbidrag.
- <sup>9</sup> 3 LU Utlåtande 1958 nr 19 i anledning av motioner om införande av ett rättsinstitut innebärande äganderätt till lägenheter.
- <sup>10</sup> Utredningsdirektiv 1980: Äganderätt till lägenheter i flerfamiljshus.
- <sup>11</sup> *Victorin, Anders*, Kollektiv hyresrätt, Värnamo 1980.

Det 29:e nordiska juristmötet  
Stockholm den 19–21 augusti 1981

Lars Erik Taxell:  
Styrelseledamöters rättsliga ansvar



# Styrelseledamöters rättsliga ansvar

Av professor LARS ERIK TAXELL.

## A. Allmänt

1) Oberoende av *associationstyp* – aktiebolag, ekonomisk och ideell förening, stiftelse etc. – intar *styrelsen* i princip samma ställning både inom associationen och i förhållande utåt: styrelsen sörjer för associationens förvaltning och handhar sålunda ledningen av verksamheten. Detta schema, som vanligen grundar sig på stadganden i lag, kan i praktiken avsevärt modifieras och kompletteras beroende på relevanta olikheter: associationens rättsliga struktur och inre organisation, verksamhetens art (ekonomisk eller ideell) och omfattning, kapitaltillgångar och ägoförhållanden, styrelseledamöternas kvalifikationer och graden av deras engagemang i ledningen (insiders och outsiders) etc. Allt detta har relevans för ansvaret.

2) Begreppet och termen *ansvar* (ansvarighet) har i detta sammanhang rättslig innebörd: ansvarig är den person som enligt rättsliga normer och överväganden skall stå för följderna av en handling eller underlåtenhet. Det är således inte fråga om styrelseledamöterna tilldelade uppgifter (ansvarsområde) eller om ansvar för att ett visst ekonomiskt resultat uppnås (resultatansvar).

För styrelseledamöternas del kan ansvaret vara:

- skadeståndsansvar,
- ansvar med innebörd att en styrelseledamot avlägsnas från sin position,
- straffansvar,
- ansvar för skulder som åvilar associationen.

I det följande behandlas endast *skadeståndsansvaret*. Detta har i många fall samband med straffansvaret – som här förbigås – i den meningen att skadestånd också i associationsförhållanden i regel utdöms när skada orsakats genom brott.

3) Styrelseledamöternas ansvar innesluter många *delproblem*:

- ansvarets grund (ansvars- eller ansvarighetsgrund),
- fördelning av ansvaret mellan flera ansvariga (ansvarsfördelning och jämkning),
- ansvarets inriktning (internt och externt ansvar),

- skadeståndsansvarets aktualiserande (*talán*),
- befrielse från ansvar (*befrielsegrunder*),
- olika typer av skada som skall ersättas (*person- och sakskada, ren förmögenhetsskada*),
- skadeståndets beräkning.

I det följande behandlas enbart ansvarsgrunderna och ansvarsfördelningen. Därvid har det ansetts motiverat att särskilt för sig dryfta

- *internt* ansvar eller styrelseledamöternas ansvar mot associationen för skada som denna lidit, och
- *externt* ansvar eller styrelseledamöternas ansvar för skada som orsakats medlemmar och delägare, anställda, borgenärer och övriga tredje män.

I princip innefattar styrelseledamots ansvar såväl person- och sakskada som *ren förmögenhetsskada*. I det följande uppmärksammas huvudsakligen blott ren förmögenhetsskada: skada som inte har samband med person- eller sakskada.

Styrelseledamöternas ansvar är *individuellt*. Ansvarsgrunden, ansvarets omfattning och befrielsegrunder bedöms särskilt för envar ledamot. Flera ledamöter kan ansvara gemensamt (*solidariskt*), ansvaret är inte ens då kollektivt, inte styrelsens utan den enskilda ledamotens.

4) Styrelseledamöters skadeståndsansvar regleras av *rättsnormer* av olika typer:

I *lagar* som normerar olika typer av associationer (aktiebolag, föreningar etc.) ingår stadganden rörande ansvarighetsfrågor. Så långt de sträcker sig utesluts tillämpningen av konkurrerande stadganden (t.ex. i en allmän skadeståndslag) och av allmänna skadeståndsrättsliga principer. I många fall är lagens stadganden ofullständiga eller oklara. Av betydelse för ansvaret är ofta stadganden som inte direkt tar sikte på ansvarigheten, t.ex. stadganden rörande styrelsens uppgifter och ställning.

Lagens stadganden kompletteras för den enskilda associationens del av *interna normer*: bolagsordning, stadgar etc. – i det följande används termen stadgar. Dessa fastställs i regel av offentlig myndighet vilket leder till att de blir offentliga. Detta kan ha relevans för den externa ansvarigheten.

Till interna normer hänförs också generella eller för enskilda fall givna föreskrifter av bolagsstämman, föreningsmöte eller annat beslutande organ inom associationen.

De interna normerna reglerar i allmänhet inte direkt ansvarsfrågor. Men de får betydelse genom att de i vissa avseenden anger styrelsens ställning och styrelseledamöternas uppgifter vilket kan ha betydelse t.ex. för

culpabedömningen och ansvarsfördelningen.

Som en samlande beteckning på lag och interna normer används i det följande termen *föreskrift*.

## B. Internt ansvar

Ansvaret är beroende av hur associationens *organisation* har utformats.

Det organisationsschema som lagen föreskriver för olika associationstyper bygger på en tredelning av organen och deras funktioner. Högsta beslutanderätten utövas av ett organ sammansatt av associationens delägare eller medlemmar (bolagsstämma, föreningsmöte etc.). Förvaltningen handhas av styrelsen (bestyrelsen, styret) och, i de flesta fall, verkställande direktören (ell. motsv., administrerande direktør, i dansk rätt direktion) vilka tillsammans bildar associationens ledning. Kontrollen utövas av revisorerna. Detta organisationsschema är inte i praktiken renodlat, det anger likväl en grundlinje.

Denna funktionsfördelning mellan organen påverkar ansvaret enligt följande mönster:

- Det högsta organet är oansvarigt i den meningen att de personer som bildar detsamma inte är rättsligt ansvariga för följderna av sina beslut. Endast i undantagsfall förekommer ett ansvar, t. ex. för aktieägare som bidragit till ett beslut om olaga utdelning. Ansvaret vilar i princip på dem som berett eller verkställt beslutet.
- Revisorerna kan bli ansvariga för skada föranledd av bristfällig kontroll, ansvaret delas normalt med dem som direkt orsakat skadan, t. ex. en verkställande direktör.
- Huvudansvaret kommer att ligga hos associationens ledning.

Den omständigheten att ansvaret koncentreras hos ledningen behöver inte betyda att styrelseledamöternas ansvar borde bedömas särskilt strängt. Visserligen bör man å ena sidan framhäva styrelsens ledande position. Å andra sidan bör man beakta att verksamheten ofta förutsätter ett avsevärt ekonomiskt risktagande, särskilt när associationen är ett affärsföretag. Ett strängt ansvar kunde leda till passivitet och överdriven försiktighet med menliga följder för verksamheten. Också nu bör man – liksom inom skadeståndsrätten över huvud – eftersträva en moderat avvägning mellan å ena sidan den skadelidandes (associationens) rimliga krav på ersättning, å andra sidan den skadeorsakandes anspråk på skydd mot överdrivna ersättningskrav.

Hotet om ansvar, även om detta är "skäligt", kan vara tillfyllest för att förmå styrelsens ledamöter att följa gällande föreskrifter, iakttä den omsorg som deras mandat förutsätter och sakligt beakta olika i associationen sammanstötande intressen – delägares, medlemmars, anställdas, borgenärers, samhällets etc.

Det är inte möjligt att i större utsträckning formulera för alla situationer gällande entydiga regler. De faktorer som kan påverka ansvaret- och som inledningsvis nämnts (A 1) – har olika tyngd i olika associationer och i växlande faktiska lägen. Bedömningen måste väsentligen bygga på överväganden in casu.

En viss generalisering av ansvarets förutsättningar, omfattning och fördelning bör likväl ske i konformitet med allmänna skadeståndsrättsliga grundsatser. När man formulerar och tillämpar generella regler bör man likväl vara medveten om att särskilda skäl ofta betingar undantag och att schematiska lösningar ingalunda alltid är bra eller riktiga.

## 1. Ansvarsgrunden (rättsgrunden)

**a.** När man har att avgöra om ansvar är för handen eller inte utgår man från de *uppgifter* och ur dem härledda skyldigheter som ledamöterna har inom den styrelse de tillhör. Man beaktar dels det som är stadgat om ifrågavarande associationstyp (t. ex. aktiebolag), dels de konkreta förhållandena i den association vars skadeståndskrav det gäller (t. ex. aktiebolaget X). Ansvarsbetingande är ytterst den omständigheten att en styrelseledamot vid fullgörandet av sitt uppdrag handlat i strid med eller försummat uppgifter som är förenade med styrelsemandatet. Han kan ha gjort detta genom att ta del i ett styrelsebeslut, medverka till en åtgärd av annat slag eller underlåta att handla.

Vanligen ingår i *associationslagarna* dels ett generellt stadgande om styrelsens befogenheter – t. ex. att "sörja för bolagets förvaltning" – dels stadganden om konkreta skyldigheter – t. ex. med avseende på bokföring och redovisning. Regleringen kan inte vara fullständig. Styrelsens uppgifter måste i mycket härledas ur den ställning styrelsen intar som ledande organ inom den ram som anges av associationens verksamhetsföremål. Ansvarsgrunden är därför i viss mån obestämd.

*Interna rättsnormer* kan komplettera lagen och precisera styrelsens uppgifter. De kan också begränsa dessa uppgifter. En reglering kan sålunda ske dels genom en delegering till lägre instanser, dels genom en arbetsfördelning

inom styrelsen. Styrelsen måste likväl under alla omständigheter bibehålla sin ställning som ledande organ.

Ytterligare bestäms styrelsens uppgifter av den *factis* utformningen av organisationen och det sätt på vilket denna i praktiken fungerar. Av särskild betydelse är arbetsfördelningen mellan styrelsen och verkställande direktören (motsv.).

Alla dessa faktorer - lag, interna normer, faktisk organisation - måste beaktas när ansvarsgrunden fixeras.

Den enskilda *styrelseledamotens uppgifter* härleds ur styrelsens. Då styrelsen fungerar kollektivt, dvs genom beslut av ledamöterna, är deras uppgift att *medvera* i fullgörandet av det som ankommer på styrelsen som helhet. En ledamot är inte utan särskilt uppdrag behörig att handla för associationen vid sidan om styrelsen eller i dess ställe. I den kollektiva aktiviteten ingår även ett individuellt moment: varje ledamot är vid behov skyldig att påyrka och ta del i erforderliga åtgärder samt tillse att styrelsens uppgifter blir riktigt fullgjorda. Han har sålunda både ett handlings- och ett övervakningsansvar.

Styrelsens ledamöter kan ytterligare ha skyldigheter som åvilar dem direkt och personligen, t. ex. tystnadsplikt.

Av relevans för ansvarets grund är även att styrelsens ledamöter på basen av ett val, till vilket de samtyckt, inträtt i ett avtalsliknande förhållande till associationen. Detta rättsförhållande, som har karaktären av ett förtroendeförhållande, får sitt innehåll av de uppgifter som här nämnts.

I princip har alla styrelseledamöter samma uppgifter. Självvald passivitet eller beslut av styrelsen befriar inte en ledamot från hans skyldigheter. Det förutsätts likväl att organisatoriska åtgärder i viss utsträckning kan försätta ledamöterna i olika ställning: ordförande utses, vissa uppgifter anförtros ledamöter med speciella kvalifikationer etc.

Det ansvar varom nu är fråga gäller endast inom den ram som styrelseuppdraget anger. Utanför detta tillämpas andra skadeståndsregler. Gränsen för handlande inom och utanför styrelsen är dock inte alltid klar.

**b.** För att ansvar skall inträda måste styrelseledamots handlande eller underlåtenhet innefatta *vållande* (culpa). Det är inte tillräckligt att konstatera att en ledamot förfarit i strid med uppgifter som ankommer på honom.

Denna culparegel har kommit till uttryck i många nordiska associationslagar. Formuleringarna uppvisar inte olikheter i sak: t. ex. " uppsåtlig eller av vållande" (vårdslöshet), "forsætlig eller uagtsomt", "forsettlig eller aktløst".

*Culparegeln* som grund för styrelseledamots ansvar betyder:

- Ansvaret bygger på en central princip i det allmänna skadeståndsrättsliga systemet. Detta utesluter inte att man beaktar speciella förhållanden av relevans för ansvaret inom associationer i allmänhet eller av viss typ.
- Ansvaret är inte objektivt (strikt) och inte ett principalansvar (ansvar för inom associationen anställdas fel och försummelser).
- I culpa innefattas både uppsåt och vårdslöshet, både handlande och underlåtande (försummelse). För ansvar räcker lindrigt vållande (culpa levis, oaktsamhet).

Culparegelns innebörd är relativt klar. Svårigheterna möter när regeln skall tillämpas i konkreta fall. För *culpabedömningen*, som måste vara förankrad i de faktiska förhållandena, kan man svårligen uppställa entydiga och undantagslösa regler. I det följande anges några *vägledande synpunkter*.

1) Culpabedömningen är i princip *objektiv*: man ser bort från faktorer som har anknytning till den person som orsakat skada. Det gäller att klarlägga vilken grad av omsorg, kunskap, skicklighet och förutseende som man rimligen kan och bör kräva av den som är ledamot av styrelsen i en association av den typ och storlek samt med den organisation och verksamhet som är utmärkande för den ifrågavarande associationen. Man beaktar även vad som är förenligt med god och skäligen praxis. På det sättet försöker man skapa en måttstock med vilken det aktuella skadecorsakandet kan mätas. Jämförelsen avser att i det konkreta fallet ge svar på frågan: culpa eller inte.

2) *Subjektiva* faktorer är inte irrelevanta.

I en styrelse kan ingå ledamöter som inte i alla avseenden är tillräckligt kvalificerade för uppdraget. Man har t. ex. valt in personer med inriktning på ideell verksamhet eller personer som till följd av namn och socialt anseende väntas tillföra associationen goodwill. Sådana ledamöter har inte alltid förmåga att bedöma ekonomiska, administrativa eller rättsliga faktorer av betydelse för verksamheten.

Utgångspunkt för resonemanget är att bristande sakkunskap eller andra otillräckliga kvalifikationer inte utesluter eller minskar det ansvar som enligt lag vilar på styrelsens ledamöter. Den som inte förmår fullgöra det mottagna uppdraget får själv stå för följderna. Det är inte skäligt att övervältra ansvaret på övriga ledamöter.

Det vore likväl verklighetsfrämmande att schematiskt hålla fast vid denna ståndpunkt. Varje association bör ha en viss frihet att till styrelsen utse

personer med olika kompetens och intresseinriktning. Det kan vara en fördel att i styrelsen inte bara ingår "professionella" element utan att där också finns personer med anknytning till offentliga myndigheter, samhällsverksamhet, vetenskaplig forskning etc. Det är också rimligt att en association som själv valt sina styrelseledamöter och som förutsätts känna deras kvalifikationer, åtminstone delvis bär den ekonomiska risk som kan följa av att någon av ledamöterna saknar nödig sakkunskap och erfarenhet. Man bör därför kunna ta viss hänsyn till personliga kvalifikationer.

En gräns måste likväl dras. Varje ledamot är ansvarig för att styrelseuppdragets elementära uppgifter fullgörs. Ingen bör befrias från ansvar på den grund att han inte var medveten om eller inte förstod vilka uppgifter som enligt bestämmelser i lag eller stadgar åvilar styrelsen. Däremot kan t. ex. bristande insikter i ekonomiförvaltning beaktas vid culpabedömningen eller vid en jämkning av skadeståndet. Huvudansvaret läggs på dem som med sina insikter och erfarenheter kunnat och bort förutse följderna av ett handlande.

Ett strängare ansvar kan ifrågakomma för styrelseledamöter som är "professionella" eller experter inom ett specialområde. Övriga ledamöter, som bör kunna lita på expertisens utredningar och förslag, kan sällan anses ha culpa när det gäller fel och försummelse inom de sakkunnigas specialområde.

I sammanslutningar med kulturell, social eller annan ideell verksamhet kan styrelsen vara sammansatt så att erforderlig ekonomisk sakkunskap och erfarenhet kanske helt saknas. En mild culpabedömning bör då ske. Några krav kan likväl ställas. Styrelsen bör vid behov anlita experter utanför sin krets. Ledamöterna ansvarar för att beslut och åtgärder faller inom ramen för lag och stadgar. En av förhållandena betingad kontroll av de anställda bör ordnas.

3) Storleken av styrelseledamöts *arvode* kan ha viss betydelse för culpabedömningen.

Den som mottagit ett styrelseuppdrag är på grund härav skyldig att fullgöra därmed förenade uppgifter. Arvodet kan likväl i viss mån betraktas som en måttstock med vilken man mäter ledamöternas arbete och därmed indirekt deras ansvar. Om arvodena är olika kan man förmoda att avsikten varit att genomföra en arbetsfördelning: högre arvode förutsätter större arbetsinsats. Om skada orsakats av försumlighet eller felaktiga åtgärder kan bedömningen vara strängare när styrelseuppdraget är högt arvoderat. Har beslut fattats i strid med lag eller stadgar vilar ansvaret på envar som

kunnat och bort inse detta, oberoende av arvodets storlek. Vid en jämkning av skadeståndet kan arvodets belopp beaktas.

4) En styrelseledamot kan i stöd av lag, stadgar eller avtal ha utsetts eller nominerats *av någon utomstående*: fackorganisation, ideell förening, offentlig myndighet etc. Han framträder då mera eller mindre utpräglat som företrädare för en grupp eller för vissa intressen. Val av arbetstagarledamöter i företags styrelser har främst motiverats med strävanden att ge de anställda dels insyn i företaget dels inflytande över dess ledning.

För ledamöter med sådan yttre förankring kan lojalitetskonflikter uppkomma i det praktiska arbetet på grund av intressemotsättningar mellan associationen och den utomstående "huvudmannen". Det vore verklighetsfrämmande att se bort från denna problematik.

Alla styrelseledamöter är i princip skyldiga att handla i överensstämmelse med lag och interna normer. En ledamot får inte i strid med dessa följa direktiv från dem han företräder. I förhållande till dessa har han, trots sin rätt att ge information, samma tystnadsplikt som övriga ledamöter. Överträdelse betyder culpa. En culpabedömning till en ledamots förmån är likväl möjlig med avseende på beslut och åtgärder som, utan att strida mot någon konkret föreskrift, orsakat förlust. En styrelseledamots strävan att tillgodose intressen hos dem som han representerar är i och för sig godtagbar. En utomstående gruppns fördel behöver inte alltid vika för associationens ekonomiska intressen. Sålunda kan det vara försvarligt att ett företag fullgör sociala förpliktelser trots att detta orsakar förluster, t.ex. bibehåller arbetsplatser. Däremot kan culpa anses vara för handen om en styrelseledamot orsakat skada genom att otillbörligt främja sin "huvudmans" intressen i strid med associationens fördel.

5) Intressekonflikter kan uppkomma när en styrelseledamot själv är eller representerar en *delägare* i associationen, t.ex. en majoritetsaktieägare.

Det har ansetts att en aktieägare i den egenskapen i viss utsträckning får driva egna ekonomiska intressen i bolaget. Vid bolagsstämma kan han i det syftet påverka bolagets verksamhet och inrikta styrelsens företagspolitik. I sin egenskap av styrelseledamot intar aktieägaren eller hans företrädare däremot en annan position. Skyldigheter och ansvar ändras inte av att han är aktieägare. Det gäller att hålla en gräns mellan ställning som delägare och styrelseledamot.

Olika delägare i en association kan ha olika intressen. Styrelsen skall i princip vara en objektiv instans vilken så långt som möjligt skall tillgodose



olika intressen som gör sig gällande i verksamheten. Likhetsprincipen är ett uttryck härför. När en styrelseledamot i konfliktsituationer har egna intressen att bevaka, tillämpar man gällande jävsbestämmelser. Ett åsidosättande av dem betyder culpa. Trots att man inte helt kan frånkänna en styrelseledamot rätten att agera till egen fördel kan han likväl bli ansvarig när han otillbörligt främjat egna intressen på associationens bekostnad. Ansvar ifrågakommer knappast utanför området för uppsåtligt handlande (jfr straffstadganden om oredlighet, trolöshet mot huvudman etc.).

I *enmansbolag* finns intresse motsättningar inte. Bolaget är en specifik form för ägarens verksamhet. Vid konkurs kan det likväl bli fråga om ansvar ifall bolags- eller konkursrättsliga föreskrifter åsidosatts.

## 2. Ansvar för beslut av styrelsen

Den som *medverkat till ett styrelsebeslut* ansvarar i princip för beslutets följder. Denna medverkan kan framträda på olika sätt: en ledamot har röstat för beslutet vid styrelsens sammanträde, han har på förhand tillkännagivit sin anslutning till ett konkret förslag eller han har efteråt uttryckligt eller konkludent godkänt ett beslut.

Som bas för ansvarsbedömningen lägger man den situation som var för handen när beslutet fattades. Om skada uppkommit senare till följd av omständigheter som rimligen inte bort förutses, uteblir ansvar.

Trots medverkan kan det bli fråga om befrielse från ansvar. Det är möjligt att det material som förelagts styrelsen varit felaktigt eller missvisande på ett sådant sätt att beslutsfattarna inte insett eller bort inse att skada kommer att inträda eller att rättsstridighet är för handen. Envar ledamot är visserligen skyldig att med omsorg undersöka och bedöma besluts materialets riktighet och tillräcklighet. Han kan i den meningen ha culpa. Å andra sidan är det möjligt att en ledamot inte haft anledning att ifrågasätta beredningens saklighet och tillförlitlighet. Om han inte bort inse förefintliga fel eller brister saknas culpa.

Kan en styrelseledamot bli ansvarig för ett beslut som han *motsatt sig*?

Den som röstat mot ett förslag har fritagit sig från ansvar. Det nödvändiga orsakssammanhanget saknas. Reservation till protokollet behövs inte men är ur bevissynpunkt viktig.

Det sagda gäller också om en ledamot *nedlagt sin röst* eller varit *frånvarande* när beslutet fattades. En frånvaro kan likväl – beroende på de faktiska omständigheterna – uppfattas som ett åsidosättande av skyldigheten att

handla eller övervaka. Detsamma kan tänkas vara fallet om en frånvarande ledamot underlåtit att i efterhand informera sig om styrelsens beslut och vid behov reagera mot detta.

Den som inte tagit del i eller omfattat ett styrelsebeslut kan på grund av *särskild medverkan* bli ansvarig för beslutets följder. Han kan genom övertalning eller påtryckning ha lett styrelsemajoriteten till ett beslut, genom medverkan i beredningen påverkat styrelsen eller varit med om att verkställa beslutet. Sådana omständigheter kan grunda skadeståndsansvar. Beträffande avgöranden av väsentlig betydelse för associationen kan det, beroende på omständigheterna, läggas en ledamot till last att han inte vidtagit åtgärder för att hindra verkställighet.

### 3. Några ansvarssituationer

I syfte att konkretisera ansvarighetsgrunden berörs i det följande några typsituationer.

**a.** En styrelseledamot kan ha handlat *i strid med en rättslig föreskrift*: lag eller intern norm. Principen är given: åsidosättandet av en rättslig norm – oberoende av dess art – leder till ansvar för skada som därigenom orsakats. Man presumerar culpa.

*Lagen* ger ofta entydiga direktiv, t.ex. förbud att utdela annat än vinst eller skyldighet att avge skattedeklaration. I andra fall kan en föreskrift ge anledning till olika tolkningar eller det kan vara oklart om en åtgärd strider mot en rättsnorm, t.ex. en generalklausul. Med avvikelse från den allmänna principen kan en styrelseledamot undgå ansvar om han på grundvalen av omständigheter, som var kända när ett beslut fattades eller en åtgärd vidtogs, knappast haft möjlighet att inse den bristande överensstämmelsen med en rättsnorm, t.ex. när ett tolkningsalternativ endast svårligen kan anses oförenligt med ett lagstadgande. I sådana fall kan även ledamots personliga kvalifikationer beaktas.

Den som handlat i strid med associationens *stadgar* går inte fri från ansvar på den grund att han inte känt stadgarnas innehåll. Det hör till varje ledamots skyldighet att ta del av och följa stadgarna. Åsidosättandet av direktiv givna av ett överordnat organ medför ansvar för den som bort vara medveten om deras existens och innehåll.

Styrelsen är skyldig att *verkställa* beslut som fattats av högre organ – bolagsstämma, föreningsmöte, förvaltningsråd etc. Detta gäller inte beslut

som strider mot rättsliga föreskrifter. Den som verkställt ett sådant beslut ansvarar för skada som därigenom orsakats. Detta är en konsekvens av den ansvarsfördelning som följer av principerna för associationens organisation. Den reservationen bör likväl göras att ett felaktigt beslut som är klanderbart – och inte en nullitet – får verkställas efter det rätten att klandra upphört. Tidigare verkställighet sker med risk för att ansvar kan inträda.

Ansvar kan vara en följd av att styrelsen *överskrider sin kompetens*, t.ex. fattar beslut utanför området för associationens i stadgarna angivna verksamhet.

Styrelsen kan i syfte att *undvika förluster* ha tillgripit åtgärder i strid med lag eller stadgar. Detta gör styrelsen på egen risk. Om skada trots allt uppkommer, inträder ansvar emedan culpa är för handen. Culpabedömningen kan likväl ge negativt resultat om beslutade åtgärder i strid med andra föreskrifter än absoluta stadganden i lag uppenbarligen vidtagits i bolagets intresse, t.ex. för att avvärja eller minska en hotande förlust.

**b.** Styrelsens förvaltning kan ha varit *vårdslös* eller *försumlig*: ledamöterna har utan att bryta mot någon särskild föreskrift åsidosatt den "vårdplikt" som är förenad med styrelseuppdraget. När detta in casu konstaterats har vanligen även fastslagits att culpa är för handen.

I de nordiska aktiebolagslagarna förutsätts att styrelsen skall sörja för att bolagets verksamhet är *ändamålsenligt organiserad*. Även utan uttrycklig föreskrift i lag är detta en uppgift för styrelsen. Frågan har särskild betydelse i associationer som utövar företagsverksamhet. Kravet på en ändamålsenlig organisation bestäms väsentligen av verksamhetens art och omfattning. Den uppgift som i detta avseende lagts på styrelsen är speciellt viktig när ledamöterna inte tar del i den kontinuerliga utövningen av verksamheten utan endast sammanträder med vissa intervaller. En påtaglig försummelse att skapa och upprätthålla en väl fungerande organisation och att till centrala poster utse lämpliga personer kan medföra ansvar när en förlust eller annan skada är en följd härav.

Till styrelsens primära uppgifter hör att *övervaka* associationens verksamhet. I större associationer sträcker sig kontrollskyldigheten huvudsakligen blott till planet närmast under styrelsen. Övervakningen innefattar även en skyldighet att inskrida mot åtgärder och försummelse som orsakat eller hotar orsaka skada.

Den övervakande funktionen tar sikte på såväl laglighet som ändamålsenlighet. Den ansluter sig nära till styrelsens uppgift att sörja för en ändamålsenlig organisation. I denna innefattas även en effektiv intern kontroll. När en sådan skapats, är ledamöterna i styrelsen berättigade att lita på att den fungerar.

När fel eller missbruk kommit till en styrelseledamots kännedom skärps hans övervakningsskyldighet. Underlåtenhet att föra ärendet till styrelsen eller att vidta andra åtgärder kan vara ansvarsgrundande. Om däremot någon rimlig grund för misstanke om fel eller försummelser inte är för handen kan det vanligen inte bli fråga om ansvar för ledamöter som utfört sin kontroll utgående från den information som de erhållit vid styrelsens sammanträden.

Försumlighet kan framträda däri att styrelsen underlåter att sammankalla det högsta beslutande organet när associationens intresse så kräver. Detsamma är fallet när styrelsen vid behandlingen av ärenden i det högsta organet lämnat oriktiga eller bristfälliga uppgifter och därigenom medverkat till beslut som orsakat skada.

**c. Kan ansvar grundas på att beslut eller åtgärder, som är tillåtna, inte är ändamålsenliga?**

I princip besvaras frågan nekande. Styrelsen är självständig när den handlar inom den gräns som anges av föremålet för associationens verksamhet.

Ibland vidtas dispositioner om vilka man vet att de kommer att orsaka förlust utan att man i utbyte kan räkna med ekonomiska förmåner, åtminstone inte på kort sikt. Många sådana åtgärder faller inom normal verksamhet. Dispositioner kan inte alltid bedömas separat. De måste ses som led i hela den verksamhet som associationen bedriver. Ekonomisk verksamhet, som alltid innebär risktagande, måste ganska långt beakta realiteter inom samhället och näringslivet, t.ex. med avseende på sysselsättning och regionalpolitik. Ur den synpunkten kan åtgärder som orsakat förluster anses försvarliga eller t.o.m. nödvändiga. Förlustkriteriet är inte ensamt avgörande för ansvarsfrågan.

Styrelsens beräkningar och åtgärder kan slå fel, ge förlustresultat där man räknat med vinst. Ansvar för sådana "felspekulationer" inträder endast om man kan påvisa vårdslöshet eller försumlighet, t.ex. i planering eller annan beredning. Oskicklighet, bristande erfarenhet och ineffektivitet kan ibland, ehuru ingalunda alltid, uppfattas som culpa.

Ett ansvar ligger nära då en disposition, som orsakat associationen förlust, gynnat någon inom styrelsen, en person som står ledningen nära eller ett företag vari en ledamot har ett väsentligt ekonomiskt intresse. När sådana intressekonflikter är för handen bör styrelsen iaktta särskild omsorg och försiktighet.

#### 4. Ansvarsfördelning

Det förekommer vanligen något slag av fördelning av uppgifter mellan ledamöterna i styrelsen. Hur påverkas ansvaret härav?

Fördelningen kan grunda sig på lag, stadgar eller beslut av högre organ eller av styrelsen själv. Den kan också ha uppstått oberoende härav genom en faktisk reglering av uppgifterna.

Arbetsfördelning kan ske i *olika riktningar*: inom styrelsen, nedåt genom att man utser en verkställande direktör (eller motsv.) eller uppåt sålunda att ett förvaltande och övervakande organ (förvaltningsråd etc.) tillsätts mellan styrelsen och det högsta organet. Den sistnämnda relationen, som inte är aktuell i alla nordiska länder, förbigås i det följande.

Man kan dra en *allmän riktlinje*: en arbetsfördelning som har en särskild rättslig grund (lag, intern norm) eller som annars genomförts och kan anses tillåten (faktisk fördelning) leder till en motsvarande delning av ansvaret. Uppgifter och ansvar bör rimligen följas åt. Härtill bör fogas: en styrelseledamot som befriats från vissa uppgifter, har ett övervakningsansvar med avseende på styrelsens verksamhet som helhet och de särskilda uppgifter som handhas av övriga ledamöter.

**a.** Inom styrelsen sker en arbetsfördelning när en *ordförande* valts.

Ordförandens primära uppgifter är av "teknisk" art: sammankalla styrelsen, ange vilka ärenden som skall behandlas samt leda förhandlingarna, dessutom har han utslagsröst vid votering. Andra uppgifter än dessa följer inte automatiskt av ställningen som ordförande. Denne är inte utan vidare engagerad i den ledande verksamheten i större utsträckning än övriga ledamöter.

I praktiken är situationen en annan. Det är naturligt och nödvändigt att ordföranden följer med och orienterar sig i verksamheten i större omfattning än sina kolleger. Genom interna föreskrifter kan ordföranden ha fått särskilda uppgifter. Även om så inte är fallet har man rätt att vänta att ordföranden är aktiv i den utsträckning som erfordras för att styrelsen allsidigt och med tillräckligt beslutsunderlag skall kunna ta ställning till de ärenden som inkluderas i styrelsens befogenhet och skyldighet att leda, organisera och övervaka verksamheten. Dessutom har ordföranden en kontinuerlig övervakande och ofta även rådgivande funktion med avseende på den eller dem som handhar den löpande förvaltningen.

Ordförandens uppgifter och ansvar accentueras när han i stöd av ett särskilt beslut och oftast mot särskild ersättning fungerar som aktiv ledare

eller som medlem av en ledningsgrupp (arbetande styrelseordförande). Ansvarsbedömningen sker i sådana fall enligt grundsatser som gäller en verkställande direktörs strängare ansvar.

När ordföranden handlat i strid med eller försummat här nämnda uppgifter och skyldigheter är han ansvarig framom övriga ledamöter.

En arbetsfördelning mellan styrelsens ledamöter genomförd enligt föreskrift i stadgarna eller särskilt beslut inom associationen (t.ex. uppdrag som firmatecknare) leder i princip till motsvarande förskjutning av ansvaret.

Ofta finner man en *faktisk* arbetsfördelning – utan grund i en föreskrift eller ett beslut. Densamma kan vara motiverad utgående från praktiska behov och från styrelsens skyldighet att sörja för en ändamålsenlig organisation av verksamheten. De ledamöter till vilka funktioner koncentrerats, bedöms strängare än övriga ledamöter. Detta gäller endast om arbetsfördelningen håller sig inom en rimlig av rationell organisation betingad ram. Den yttersta gränsen markeras av tesen att arbetsfördelningen inte får genomföras så långt att styrelsen som helhet förlorar sin ledande ställning eller att enskilda ledamöter befrias från elementära uppgifter som de under alla omständigheter bör ha.

En inom styrelsen genomförd arbetsfördelning – vilken grund och innebörd den än har – rubbar inte den *övervakningsskyldighet* som vilar dels på styrelsen som helhet dels på de enskilda ledamöterna. Envar av dessa kan bli ansvarig när övervakningen varit bristfällig ifall skadan kunde ha hindrats genom en kontroll som med hänsyn till verksamhetens art och omfattning motsvarar rimliga krav. Här gäller likväl att en styrelseledamot bör kunna lita på en intern kontroll som organiserats rationellt. En med avseende på övervakningen passiv ledamot kan bli ansvarig vid sidan av dem som genom sina åtgärder orsakat skadan.

Övervakningen och därav föranledda åtgärder grundas närmast på den information som styrelsen kontinuerligt får av verkställande direktören och av andra inom den löpande förvaltningen eller i särskilda uppdrag engagerade personer inom eller utanför styrelsen. Detta är likväl inte alltid tillräckligt. I synnerhet när verksamheten präglats av ekonomiska eller andra svårigheter kan ledamöterna anses ha både skyldighet och rätt att kräva sådan allsidig information som ett beslutsfattande i rådande förhållanden förutsätter.

**b.** I associationer som är företag finns vanligen en *verkställande direktör* (VD, i danska aktiebolag direktion). Också inom andra enheter, t.ex. föreningar

och stiftelser, kan en motsvarande reglering vara genomförd (ombudsman etc.).

VD handhar den löpande förvaltningen innefattande den kontinuerliga ledningen av verksamheten enligt styrelsens anvisningar eller bemyndigande. Denna bestämning av begreppet löpande förvaltning – med all den elasticitet och osäkerhet som innefattas däri – har kommit till uttryck i de nordiska aktiebolagslagarna. Samma princip gäller då varken lag eller stadgar anger VD:s (motsv.) uppgifter.

Styrelsen och VD handhar tillsammans associationens ledning. Tyngdpunkterna ligger olika: styrelsen handhar den överordnade ledningen, VD den löpande förvaltningen. Detta är ansvarsbedömningens bakgrund.

VD är oftast den centrala personen inom associationens ledning. Av hans aktivitet och förmåga är verksamhetens resultat i stor utsträckning beroende. Han förutsätts ha ingående kännedom om organisationen och verksamheten och sålunda bättre möjligheter än andra att bedöma följderna av beslut, åtgärder och försummelser. Hans ansvar kommer därför att i allmänhet bedömas strängare än styrelseledamöternas. I samma riktning inverkar den omständigheten att VD står i ett avtalsförhållande (tjänsteförhållande) till associationen.

Tillsättandet av en VD betyder att vissa uppgifter, som enligt lag vilar på styrelsen, flyttats till ett lägre plan i organisationen. Dessutom har VD uppgifter som sträcker sig länge än styrelsens: den omedelbara ledningen av verksamheten och övervakningen av de anställda. VD:s uppgifter är mera konkretiserade och går mera i detalj än de allmänna funktioner som tillkommer styrelsen.

Kompetensfördelningen mellan styrelsen och VD återspeglas i ansvaret: VD ansvarar för följderna av det som görs eller underlåts inom den löpande förvaltningen medan styrelsens ledamöter ansvarar för den "överordnade ledningen" vari även innefattas ansvar för skada som möjliggjorts av bristfällig övervakning.

Då styrelsens och VD:s uppgifter i realiteten griper in i varandra och bildar en helhet – den ledande funktionen – resulterar ansvarsbedömningen in casu ofta i ansvar för såväl styrelsens ledamöter som VD. Detta dubbla ansvar gäller t.ex. följande situationer: skada har orsakats av VD när han följt styrelsens direktiv, skadeorsakande åtgärder inom den löpande förvaltningen har möjliggjorts av bristande övervakning från styrelsens sida, genom att bereda, förorda eller verkställa ett styrelsebeslut har VD medverkat till den skada som beslutet orsakat.

Styrelsen kan bestå av "arbetande" ledamöter (direktörer) med en ar-

betsfördelning genomförd enligt särskilda beslut. Situationen kan uppfattas så att envar ledamot handhar sin sektor av den löpande förvaltningen (teknisk, administrativ, finansiell etc.) varvid den koordinerande och allmänt ledande verksamheten ankommer på dem gemensamt – jämte VD om han inte hör till styrelsen – eller på styrelsens ordförande. Beroende på de faktiska förhållandena bedöms sådana styrelseledamöter enligt den strängare norm som gäller VD. En arbetande ledamots ansvar måste dessutom bedömas med beaktande av det tjänsteförhållande (arbetsavtalsförhållande) i vilket han står till associationen. Reglerna om hans ansvar kompletteras därför av normer som gäller avtalsrättsliga förhållanden.

c. När flera styrelseledamöter konstaterats vara ansvariga för viss skada kan en ansvarsfördelning ske på det sättet att skadeståndet *jämkas* för en del ledamöters del. Nyare associationslagar innehåller föreskrifter om jämkning, t.ex. aktiebolagslagarna, och står sålunda i överensstämmelse med tendenser inom den allmänna skadeståndsrätten (skadeståndslagarna). Jämkning bör kunna ske även när den in concreto tillämpliga associationslagen inte innehåller något jämningsstadgande. En tillämpning *ex analogia* i överensstämmelse med en numera allmänt accepterad jämningsprincip bör kunna ske oaktat jämkning inte ansågs möjlig när den ifrågavarande associationslagen stiftades. Jämningsmöjligheten främjar en smidigare och mera nyanserad bedömning av ansvarigheten än grundsatsen allt eller intet.

### C. Externt ansvar

Det i det föregående behandlade interna ansvaret grundas dels på det rättsliga förhållande som existerar mellan styrelseledamöter och associationen dels och framför allt på att ledamöterna enligt särskilda föreskrifter har långtgående uppgifter i ledningen av verksamheten. I förhållande till delägare eller medlemmar i associationen och till avtalsparter och övriga utomstående är läget väsentligt ett annat: styrelseledamöterna utför, såsom företrädare för associationen, dennas uppgifter. Det interna och det externa ansvaret måste därför i många stycken bedömas olika.

En extern skada som orsakats av en styrelseledamot uppfattas som en följd av associationens handlande. Ansvaret ligger i princip hos "huvudmannen", associationen, och inte hos företrädaren. Associationens ansvar sträcker sig lika långt som dess verksamhet. Detta gäller oberoende av vilken instans som orsakat skadan.



Att associationen är ansvarig betyder inte utan vidare att ansvar vore utslutet för de styrelseledamöter som genom sina åtgärder eller försummelser orsakat en skada. Man bör med tanke på den skadelidandes skydd överväga om ett sådant ansvar kan ifrågakomma och i så fall på vilka grunder och i vilken utsträckning.

Om associationen nödgats utge skadestånd till tredje man kan den som orsakat skadan bli ansvarig mot associationen – *regressansvar*.

Kan styrelsens ledamöter åvälvas ett ansvar *omedelbart* i förhållande till delägare eller tredje man – vid sidan av associationen eller oberoende av dess ansvar?

Som bakgrund för bedömningen uppställs tesen: associationen, inte styrelsens ledamöter, ansvarar för extern skada. I det följande görs ett försök att utreda under vilka förutsättningar avvikelser härifrån kan ifrågakomma. De situationer i vilka ett ansvar för styrelseledamöter är möjligt varierar mycket. Problemlösningarna försvåras av att regleringen i lag – i den mån en sådan förekommer – är ofullständigare än den som gäller internt ansvar.

Styrelseledamöts externa ansvar är i varje fall bundet vid *culpa*.

Den skada för vilken ersättning kan ifrågakomma är antingen *direkt* – har omedelbart orsakats en utomstående – eller *indirekt* – är en följd av att associationen lidit förluster, vilket kan ha omintetgjort eller försvårat ett krav mot associationen.

## 1. Ansvar mot delägare och medlemmar

Ansaret mot delägare (t.ex. aktieägare) och medlemmar (t.ex. i en ideell förening) – i det följande används termen *delägare* – bedöms i första hand utgående från att styrelsen har vissa i lag och interna normer grundade uppgifter med avseende på delägarnas rättigheter och ställning i associationen. Något egentligt rättsförhållande mellan styrelsens ledamöter och delägarna är likväl inte för handen. De uppgifter som här avses, är nödvändiga dels för att delägarna skall kunna utöva sina rättigheter, t.ex. röst- och dividendrätt, dels som ett led i det skydd som lagen ger delägarna mot associationen, t.ex. kravet på likformig behandling.

Delägarna kan sägas ha ett berättigat anspråk på att styrelsen respekterar deras rättigheter. I vissa fall kan det därför vara naturligt att åvälva ledamöternas ansvar när de handlat i strid med sina skyldigheter, särskilt när syftet med den föreskrift som åsidosatts är att skydda delägarna. Detta är t.ex. fallet när aktieägare förvägrats rätt att ta del i bolagsstämma eller styrelsen i

samband med aktieteckning lämnat vilseledande uppgifter om bolagets finansiella ställning. Ansvar kan även tänkas inträda när delägare tillfogats skada genom att likhetsprincipen åsidosatts.

Ofta är det relativt klart vilka intressen en föreskrift har till syfte att skydda. Sålunda är reglerna om bokslut och redovisning samt vinstutdelning avsedda att skydda såväl associationen som delägare och tredje man. I andra fall är läget inte lika klart. Det är knappast en ändamålsenlig lösning att låta ansvaret bero av att den överträdde normen in casu prövas skydda delägarna. En annan mera schematisk ordning ger en säkrare bedömning: en styrelseledamot kan bli ansvarig då skada orsakats delägare genom överträdelse av föreskrifter som avser den ifrågavarande associationen: lag som gäller densamma (t.ex. ABL), associationens stadgar eller beslut av det högsta organet inom associationen, t.ex. ett beslut som tillerkänt delägare viss förmån. Ett behov av ansvar när andra föreskrifter än här nämnda överträtts finns måhända inte i förhållande till delägarna.

Denna tanke är involverad i de danska, finska och svenska aktiebolagslagarnas stadganden att ansvar för bl.a. styrelsens ledamöter är begränsat till de fall då de orsakat aktieägare skada genom överträdelse av aktiebolagslagen eller bolagsordningen; motsvarande begränsning ingår inte i den norska lagen som grundar ansvaret enbart på culpa.

Det som här sagts gäller skada som direkt drabbat delägare. Kan en delägare kräva ersättning för *indirekt* skada?

Man utgår från att det ankommer på associationens högsta organ, i vilket delägarna kan påverka besluten, att aktualisera styrelseledamöternas ansvar när associationen lidit förlust, t.ex. som en följd av vårdlös eller försumlig förvaltning. Olika skäl talar för att ersättningskrav inte ges delägarna utan endast associationen: delägarna kan anses bli gottgjorda när associationen får ersättning, frågan huruvida ersättningsanspråk skall framställas eller inte bedöms bäst av associationen själv, i praktiken kunde det leda till komplikationer att låta delägare konkurrera med associationen i fråga om ersättningstalan. Därtill kommer att lagen för vissa associationers del, främst aktiebolag, ger enskilda delägare eller en minoritet av delägarna särskilda skyddsmedel, t.ex. rätt att väcka ersättningstalan för associationens räkning. Man bör därför acceptera regeln att en styrelseledamot inte är ansvarig mot delägare för indirekt skada.

Denna regel ger inte alltid delägarna ett tillräckligt skydd. Också när associationen tilldöms ersättning eliminieras måhända inte delägarnas verkliga skada. Särskilt när associationen försatts i konkurs eller annars är insolvent finns ett behov av vidgat ansvar. Regeln att en styrelseledamot

inte ansvarar för indirekt skada kan i någon mån mjukas upp genom att pålägga ledamot ansvar när han klart handlat i strid med associationslagen eller stadgarna, t.ex. när han åsidosatt föreskrifter om associationsförmögenhetens bevarande. Dessutom bör ersättningskrav på straffrättslig grund kunna godkännas, t.ex. när konkursbrott förekommit.

## 2. Ansvar mot tredje man

Med tredje man avses i detta sammanhang andra personer än medlemmar och delägare: anställda, avtalsparter, borgenärer.

Man kan formulera en *allmän princip*: ansvar för skada som orsakats tredje man vilar på associationen och inte på dess organ eller andra företrädare enligt grundsatsen organens handlande är associationens. Den skadelidande bör inte räkna med ersättningskrav mot någon annan än den vars verksamhet det gäller, dvs. associationen. Styrelsens ledamöter står formellt på sidan.

Denna allmänna regel bör inte gälla undantagslöst. Ett ansvar för styrelseledamöter kan vara motiverat i speciella fall, en särskild grund bör då påvisas. Ett konstaterande att culpa är för handen är en nödvändig men inte en tillräcklig förutsättning.

En del uppgifter och skyldigheter som åvilar styrelsens ledamöter är betingade av behovet att skydda tredje man. Åsidosättandet av sådana skyddsföreskrifter kan motivera ansvar för styrelseledamöter. Tredje man bör i viss utsträckning kunna presumera att de som handlar för en association riktigt fullgör ur lag eller stadgar härflytande skyldigheter som tar sikte på att skydda borgenärer eller andra utomstående. Det som ovan sagts om delägars ersättningsanspråk har en viss relevans i detta sammanhang. Särskilt bör nämnas föreskrifter som åvälver styrelsen skyldigheter med avseende på bokföring och redovisning, avser att bevara associationens förmögenhetsbas (aktiekapital etc.) eller förpliktar till åtgärder för inledande av likvidation eller konkurs.

Då det kan vara vanskligt att avgöra vilka intressen en föreskrift är avsedd att skydda är det motiverat att eftersträva en mera schematisk lösning. Sålunda har de nya aktiebolagslagarna i Danmark, Finland och Sverige bundit styrelseledamöternas ansvar mot tredje man vid förutsättningen att den norm som överträtts ingår i ABL eller i bolagsordningen (enligt Norges ABL är det tillfyllest att culpa är för handen). Denna lösning betyder att en föreskrifts skyddssyfte inte behöver klarläggas. Samtidigt innebär den en

begränsning: överträdelse av andra föreskrifter leder inte till ansvar, detta har motiverats med att ansvaret annars skulle bli alltför omfattande och att tolkningssvårigheter kunde uppstå.

Man kan fråga: är en sådan begränsning motiverad, bör ansvar uteslutas när annan föreskrift än associationslag eller stadgar åsidosatts?

I olika lagar ingår stadganden med syfte att skydda personer som kan skadas genom åtgärder inom ekonomisk eller annan verksamhet oberoende av om denna utövas av enskilda personer eller av associationer. Även kollektivavtal kan innehålla skyddsföreskrifter.

*Person- eller sakskada* orsakad genom överträdelse av en sådan föreskrift ersätts av associationen såsom arbetsgivare. När överträdelsen är belagd med straff kan styrelsens ledamöter bli ersättningsskyldiga, t.ex. om de försummat arbetarskyddet. I associationslagar intagna allmänna stadganden om externt ansvar kan inte anses sätta ur spel den allmänna principen att skadestånd utdöms av den som orsakat skada genom brottslig handling. Detta bör även gälla om brottet orsakat *allmän förmögenhetsskada*. Att utsträcka styrelseledamots ansvar för sådan skada utanför området för det straffrättsligt grundade skadeståndet är kanske inte motiverat. I ingen händelse borde en styrelseledamot bedömas strängare än en i associationens tjänst anställd person, som i allmänhet inte ansvarar externt.

För skada i *avtalsförhållanden* svarar associationen i sin egenskap av part. Associationens företrädare är inte ansvariga emedan de inte är parter. Det gäller både skada vid ingående av avtal och som en följd av dröjsmål, felaktig prestation eller annat avtalsbrott. Den som kontraherar med en association bör räkna med att enbart denna ansvarar såväl för avtalets fullgörande som för eventuellt skadestånd.

I särskilda fall kan en styrelseledamots åtgärder likväl tänkas medföra ersättningsskyldighet. Om styrelsen överträtt sin kompetens på ett sådant sätt att associationen inte blir bunden av ett avtal – t.ex. klart i strid med associationens ändamål – kan de som kontraherat bli ansvariga enligt principen i AvtL 25 §. Ersättningsskyldighet kan likaså tänkas uppkomma när ett avtal blir ogiltigt på grund av culpa in contrahendo, t.ex. när svek förekommit eller upplysningsplikten åsidosatts. I dessa fall är det närmast fråga om ansvar för särskilda kostnader (negativt avtalsintresse).

Anspråk på ersättning för *indirekt skada* aktualiseras när associationen genom styrelsens vanvård eller försummelse eller konkreta åtgärder lidit förluster med påföljd att den inte kan fullgöra sina ekonomiska förpliktelser. Associationens insolvens överför inte något ansvar på styrelsens ledamöter. Det ges likväl situationer i vilka en ersättningsskyldighet – inte ett ansvar

för associationens förpliktelser – kan vara motiverad.

Ett sådant ansvar kan förekomma när associationens förmögenhet reducerats i strid med lag eller stadgar, t.ex. genom förtäckt vinstutdelning. Enligt de nordiska aktiebolagslagarna ansvarar styrelsens ledamöter i sådana fall.

Om insolvensen orsakats av vårdslös eller försumlig förvaltning synes det riktigt att låta borgenärerna hålla sig enbart till associationen. Varje borgenär bär risken för att associationens till förmögenheten begränsade betalningsansvar blir otillräckligt. Möjligen kan man göra undantag när styrelsen startat en verksamhet med uppenbart otillräcklig ekonomisk bas.

Om associationen försätts i *konkurs* kan konkursboet aktivera associationens skadeståndsanspråk mot styrelsens ledamöter enligt det interna ansvarsregler och på så sätt öka konkursborgenärernas möjligheter till utdelning. Enligt särskilda föreskrifter kan talan väckas trots beviljad ansvarsfrihet. Konkursen som sådan ger inte borgenärerna någon rätt att kräva ersättning av styrelsens ledamöter. Endast i stöd av stadganden om konkursbrott eller andra speciella konkursrättsliga föreskrifter kan ansvar ifrågakomma, t.ex. om styrelsen fortsatt verksamheten efter det insolvensen är ett faktum.

De här berörda fallen i vilka styrelseledamöter undantagsvis har ett ansvar rubbar inte principen att endast associationen ansvarar externt.

---

Den föregående översikten har visat att man blott i ringa utsträckning kan uppställa entydiga och lätt tillämpliga regler för styrelseledamöters skadeståndsansvar.

En *diskussion* med syfte att klarlägga konkreta ansvarssituationer kunde lämpligen anknyta till följande problem som berörts i det föregående:

1. Betydelsen av *subjektiva faktorer*. – Man utgår från att alla styrelseledamöter har samma ansvar. Personliga omständigheter kan likväl ha betydelse i två avseenden

- culpabedömningen in casu skall ge svar på frågan om en ledamot bort förhålla sig på ett annat sätt än han gjort, härvid kan personliga faktorer åberopas som grund för ansvarsbefrielse eller för ett mildare eller strängare ansvar trots att bedömningen i princip är objektiv (s. 8 f.),
- olika personliga kvalifikationer och möjligheter hos ledamöterna kan påverka ansvaret via en därav betingad arbetsfördelning; även arvodets

storlek kan ha relevans (s. 9); en ledamot bör likväl inte befrias från ansvar för fullgörandet av elementära med styrelsemandatet förenade uppgifter (s. 9).

2. *Arbetsstagarledamots ansvar.* — I princip har en sådan ledamot samma ansvar som de vilka valts av associationen. Vid culpabedömningen kan man likväl i viss utsträckning såsom en mildrande faktor beakta ledamots strävan att tillgodose intressen hos den grupp han företräder (s. 10).

3. *Arbetsfördelningens inverkan* på ansvaret. — I princip medför en tillåten fördelning av arbetsuppgifter en motsvarande delning av ansvaret. Varje ledamot har likväl en övervakningsskyldighet som kräver särskild aktivitet från hans sida (s. 16). Speciell uppmärksamhet förtjänar ordförandens, framför allt en "arbetande styrelseordförandes" ansvar (s. 15).

4. *Ansvaret mot tredje man.* — I princip ansvarar endast associationen. Särskilda skäl kan likväl motivera ett ansvar även för styrelsens ledamöter när de handlat i strid med den för associationen gällande lagen eller stadgarna eller gjort sig skyldiga till straffbelagda handlingar (s. 20–23).

5. *Behovet av enhetlig lagstiftning.* — Lagar som reglerar olika typer av associationer är inte alltid enhetliga med avseende på ansvaret. Den utförligaste regleringen finns i de nya aktiebolagslagarna. I samband med reformer inom associationslagstiftningen borde man överväga att förenhetliga ansvarsgrunder, ansvarsfrihet, rätt att väcka talan etc. Särskilda omständigheter som gäller associations uppbyggnad, organisation och verksamhet kan likväl i vissa stycken kräva olikartade lösningar. När en associationslag har luckor kan man för såväl internt som externt ansvar, beroende på omständigheterna, ex analogia tillämpa stadganden i aktiebolagslagarna som i dagens läge kan ses som uttryck för värderingar och bedömningar inom associationsrätten i linje med allmänna skadeståndsrättsliga principer.

Det 29:e nordiska juristmötet  
Stockholm den 19–21 augusti 1981

Erik Boe

Medborgarprotester som  
juridiskt problem

# Medborgarprotester som juridisk problem

Av førsteamanuensis dr. jur. ERIK BOE

## I. Problemstillinger

Som samfunnsfenomen har medborgerprotester dype historiske røtter, knyttet til bl.a. arbeiderbevegelsens historie, med aktiv motstand, protest og sivil ulydighet mot samfunnsforhold som var urettferdige og undertrykkende. I dag er det nye frontlinjer, verdikonflikter og trekk ved samfunnsutviklingen i de nordiske land som har gitt aksjonsformen fornyet aktualitet. Alta-aksjoner, blokkering av trafikkåre i bomiljøer, Barsebäck-demonstrasjoner, skattestreik mot at politikere bryter løfter om vei til utkanten, osv., er tilstrekkelige stikkord. Utenomparlamentariske aksjoner er kommet for å bli, heter det fra samfunnsvitenskapelig hold. "Den enkelte aksjon har gjerne kort levetid. Men som politisk yrings- og organisasjonsform er aksjonene trolig blitt et stabilt trekk ved det politiske systemet. Aksjoner vil være en del av omgivelsene til offentlige beslutningsorgan, til politiske parti og interesseorganisasjoner. Gjennom aksjoner vil saker kunne reises; handlingsalternativ bli lansert; eller tiltak bli forsøkt stoppet" (Johan P. Olsen og Harald Sætren: Aksjoner og demokrati. Maktutredningen i Norge 1980 s. 216).

Spørsmålet som her skal drøftes, er ikke hva som kan gjøre aksjonsformene etisk berettiget (typisk "sivil ulydighet"), men hvilke *rettsvirkninger* som medborgerprotestene får. Hvordan kan samfunnet, rettslig sett, stille seg til medborgerprotestene? Hvordan *stiller* det seg til dem? Og hvordan *bør* de etter mitt syn møtes?

Jeg gir først en oversikt over rådende rettstilstand (III), før jeg tar opp hovedutfordringen på rettsfeltet: Hvor langt og på hvilke måter *bør* protestene kanaliseres *inn* i beslutningssystemet? *Bør* medborgeraksjoner møtes positivt (om enn ikke slikt som å lenke seg fast, nekte å betale skatt o.l.)? Og hvor langt *bør* protestene rammes med sanksjoner som erstatning og straff (IV)?

Aller først skal jeg si noen ord om hva medborgerprotester er og hva de springer ut av. For hvilken holdning en tar til dem, beror bl.a. på hva en mener at de står for, hva formålene med dem er, osv. (II).



## II. Medborgerprotester og deres bakgrunn

I Johan P. Olsens og Harald Sætre's bok gjøres det et nummer av at den såkalte "grasrothypotesen" ikke holder stikk. Forfatterne viser at det ifølge en landsomfattende Gallupundersøkelse fra 1975 snarere var de ressurssterke enn de politisk fattige som deltok i aksjoner; det var heller ikke slik at dess fjernere man sto fra rutinepolitikken, dess mer deltok man i aksjoner. Aksjonsformen lot mer til å være de politiske taperes form enn middel for personer som er kritisk innstilt til rutinepolitikken.

Slike data sier mindre om aksjonene enn om deltakerne: Stoffet individualiseres når en går fra husstand til husstand og spør etter deltakernes alder, kjønn, utdanning, yrke, partitilhørighet, organisasjonsmedlemskap, syn på offentlige myndigheter og politikk, osv. Kan det ikke være "grasrotaksjoner" fordi om det er de ressurssterke som tar mest del? Historien er full av eksempler på at kamp mot fattigdom og sosial nød har vært drevet fram av idealister med intellektuelle og økonomiske ressurser til å tale Roma midt imot.

Mer interessante synes jeg Olsens og Sætre's data er om at aksjoner ofte gjelder saker som står svakt i rutinepolitikken: Familie- og likestillingspolitikk, miljøspørsmål o.l. Årsakene til protestene kan nok være mange og sammensatte, f.eks. neppe de samme for streikende arbeidere som trosser Arbeidsretten, som for at "periferien" protesterer mot å bli forfordelt med samfunnsgoder som sykehus, skole, vei osv. Likevel kan det være visse trekk som regelmessig går igjen. Slik jeg ser det, er medborgerprotester typisk uttrykk for et *forsvar*, en handling som et gruppefellesskap griper til som nødløsning for å forhindre alvorlige og uopprettelige ødeleggelse av natur, livsgrunnlag, kultur m.v. ("nå går det ikke lenger — så fælt skal det tross alt ikke få bli"). Noen ganger kan det være etablerte kretser som vil beskytte sine bomiljøer mot bl.a. flyplass, trafikkfare og forurensende industri, andre ganger er det minoritetsgrupper, økologer og samfunnsradikale grupper som griper inn mot rasering av kultur- og livsformer, lokalsamfunn eller natur-elementer ("grønne" eller "myke" verdier).

Midlene som tas i bruk, kan variere fra aktiv bruk av organisasjons- og yringsfriheten til mer millitante former — som husokkupasjoner, "gå sakte"-aksjoner, brenning av pornografiske blader, å lenke seg sammen på fjell eller vidde, osv. Jeg holder meg ikke til sivil *ulydighet* alene, for det er et eget spørsmål hvor langt motstanden er ulovlig og straffbar (III nr. 1 nedenfor). På den annen side avgrensers jeg mot all bandevirksomhet, selv om denne gis form av samfunnsprotest, slik som med Bader-Meinhof-

gruppene o.l. Jeg holder også utenfor hvordan enkeltindivider omgår eller saboterer lovvedtak eller administrative forbud eller påbud.

Spørsmålet vi kan stille oss, er hvorfor ikke protestene kommer før, dvs. som ledd i den demokratiske beslutningsprosessen. Hvor legitime er slike etterpåkksjoner? Svaret er etter min mening mer komplisert enn mange vil ha det til. Det har å gjøre med framveksten av det moderne ”plan- og reguleringssamfunn”, der avstanden lett blir stor mellom styrer og styrt. Av flere grunner blir valg hvert fjerde år en usikker garanti for at beslutninger skal avspeile folkeviljen i den enkelte sak. På den ene side tar det offentlige i bruk styringsteknikker som gjør at makt forflyttes fra folkevalgte til administrative organer; planlegging skjer innenfor en teknisk faglig ramme som det er vanskelig for ikke-kyndige å legge seg opp i. På den annen side reguleres de tradisjonelle virkemidler – slike som forbud, påbud og tillatelser – i stigende grad av planer og handlingsprogrammer som er stilt opp på forhånd (konsesjon til kraftutbygging, statsstøtte til bedrifter, samtykke til å etablere seg i pressområder, etc.). Poenget for dem som rammes, blir da ikke lenger å påvise enkeltstående feil og mangler, men det generelt u hensiktsmessige ved strategien myndighetene legger opp til. En må nærmest velte hele handlingsprogrammet.

Samtidig med at folkestyret blir mer innfløkt, blir rettssikkerhetsproblemlene forskjøvet fra å være et individuelt fenomen til å bli et spørsmål om hvordan grupper skal kunne øve innflytelse på planlegging og retningslinjer bak vedtak. Rettssikkerhet får dessuten en mer aktiv funksjon: Det rekkes ikke bare å etablere garantier som det er opp til det enkelte rettssubjekt å bruke (slik som lovbestemt rett til å se dokumenter o.l.). Poenget er hvordan berørte fellesskap skal *settes i stand til* å vareta sine interesser når det er aktuelt med storindustri eller oljeraffineringsanlegg som nabo, hvordan bygdefolk skal få myndigheter med på å etablere arbeidsplasser i deres hjembygd, osv.

Avspiser vi gruppene med at de kunne ha gjort sine synspunkter gjeldende da planene og handlingsprogrammene ble trukket opp, overser vi viktige avmaktstrekk ved planutviklingen – og hvem som drar fordel av at rettssikkerheten individualiseres. Hvordan skal uorganiserte gruppeinteresser klare å hamle opp med et omfattende plan- og utbyggingsapparat, som kan definere ut alle protester som ikke kommer i akkurat den formen som samfunns- og sektorplanleggingen representerer?

Utfordringen er: Kan man hindre medborgerprotester ved å øke medbestemmelsesretten og ved å gjøre planlegging til redskap for å påvirke sin egen livssituasjon og sitt lokalmiljø?

### III. Samfunnets rådende reaksjonsmåter

1. Jeg går fra det mest restriktive ("motvirkende tiltak"), via forhold som ikke stenger ("åpnende tiltak"), til det som oppmuntrer og stimulerer til aktivt medborgerengasjement ("fremmende tiltak").

Skal en kunne *straffes* for medborgerprotestene, må et straffebud dekke gjerningsinnholdet. Det vil det ofte gjøre, eksemplevis norske strl. § 355 (husokkupasjon), §§ 391–393 (brenning av bøker og blader), § 329 ("sit down"-aksjoner) osv. Men det kan være at lovgiveren har tatt det standpunkt at aksjonene bør bekjempes på andre måter, slik tilfellet er med de såkalte "ville streiker" o.l. i arbeidslivet. Tidligere var det straffbart å bryte tariffavtale, nå er straffansvaret opphevd. Lovgiveren har nøydt seg med erstatningsansvar for arbeideren såvel som for organisasjonen (den norske arbeidstvistlovens §§ 4–5).

Er medborgerprotesten først straffbar, skal det mye til før de subjektive vilkår utelukker straff. I den norske høyesterettsdommen 13/1 1981 mot lederne for Folkeaksjonen mot utbygging av Alta-vassdraget het det:

"En mulig villfarelse om plikten til å rette seg etter politiets pålegg må bedømmes etter straffelovens § 57 som en rettsvillfarelse, det vil si at villfarelsen bare kan fritas for straff dersom den er unnskyldelig. ... Jeg kan ... ikke se at de opplysninger som foreligger i dommen gir grunnlag for å anse en villfarelse om plikten til å etterkomme politiets påbud som unnskyldelig. Jeg tilføyer at det her også må legges vekt på de interesser som tilsiktes ivaretatt ved § 329, og at det må vises varsomhet med å godta villfarelse som straffrihetsgrunn når det gjelder påbud i henhold til denne bestemmelse" (s. 12).

Det som har vært noe uklart, er hvor langt reglene om *nødstilstand* rekker. Først har vi *nødverge-spørsmålet* (i Norge og Danmark): Hva er grensene for nødverge når det gjelder motstand mot administrative handlinger (norsk strl. § 48, dansk strfl. § 13)?<sup>1</sup> Deretter kommer *nødrettsproblemen*: Kan interesseavveiningen i 24 kap. 4 § BrB, norsk strl. § 47, dansk strfl. § 14 noensinne gjøre medborgerprotestene straffrie? Og hvis den offentlige myndighetsutøvelse ikke er noe "rettsstridigt Angrep"/"uretmæssigt angreb" (i den forstand strl. § 48/strfl. § 13 bruker begrepet), er det da i norsk og dansk rett overhodet plass for nødrett og nødrettsanalogier?

Motstandsretten har hovedsakelig vært drøftet under synsvinkelen: Hva kan gjøres mot *politiets* handlinger (arrestasjoner, beslag m.v.)? (Anders

<sup>1</sup> I Sverige gjør kravet til "brottsligt angrepp" i 24 kap. 1 § BrB at det ikke kan bli tale om nödvärn annet enn i helt spesielle situasjoner.

Bratholm: Strafferett og samfunn s. 150–155, Johs. Andenæs: Alminnelig strafferett s. 172–175). Overfor ugyldige forvaltningsvedtak – som skal gjennomføres – har diskusjonen gått på partens rettsstilling (Torstein Eckhoff: Forvaltningsrett s. 592 ff., Poul Andersen: Dansk Forvaltningsret s. 272 ff., Stephan Hurwitz: Den danske kriminalret, Almindelig del s. 183–184). Hvordan skal motstanden rettslig bedømmes når den ikke gjelder personlige interesser, men er rettet mot iverksetting av et påstått ugyldig forvaltningsvedtak (slik som i Alta-saken), eller mot at private f.eks. selger ulovlig, kvinneforaktende pornografi (slik som når jenter brenner blader på torget)?

I Mardøla-saken – NRt. 1971.1120 – forkastet norsk høyesterett nødvergepåstanden:

”Etter straffelovens § 48 er det en betingelse for nødverge at en ellers straffbar handling foretas til avvergelse eller forsvar mot ”et rettsstridig angrep”, i dette tilfelle fremførelsen av anleggsveien. Denne betingelse er etter min mening ikke til stede. Veien ble ... bygd av et statsorgan i en statsalmenning, og grunnlaget var i orden, idet Stortinget gjennom flere år hade bevilget penger til veianlegget, og Stortinget hadde den 18. juni 1970 vedtatt utbygging av Grytten Kraftanlegg, et vedtak som blant annet forutsatte fullførelsen av anleggsveien. Vassdragsvesenet handlet derfor rettmessig når det fortsatte veiarbeidet. Den mulighet at det bebudete søksmål om gyldigheten av stortingsvedtaket og den kongelige resolusjonen får som endelig resultat at de nevnte vedtak blir erklært ugyldige, kan etter det foreliggende saksforhold ikke innvirke på vurderingen av situasjonen, slik den forelå i juli–august 1970” (s.1122).

I Alta-dommen – 13/1 1981 – spurte retten ikke om veibyggingen var ”rettsstridigt Angreb” og blokkeringen av den straffri nødverge. Poenget var ordrenektelsen overfor *politiet*:

”Hvis det under de foreliggende forhold var rettsstridig av politiet å gi de tiltalte pålegg om å fjerne seg fra stedet, ville det av dette følge at de tiltalte ikke kunne straffes for overtredelse av straffelovens § 329. Det ville da ikke være nødvendig å gå veien om nødvergebestemmelsen i straffelovens § 48.

Den riktige problemstilling er derfor etter min mening om politiet under de foreliggende omstendigheter hadde adgang til å gi de tiltalte bindende pålegg om å fjerne seg, og om de tiltalte derfor overtrådte bestemmelsen i § 329 ved at de nektet å etterkomme politiets pålegg.

§ 329 angir ikke av hvilke grunner et pålegg kan gis, begrensningen ligger i at politiet må ha en rimelig og fornuftig grunn til å gi pålegget. Om det foreligger en slik grunn, må imidlertid vurderes ut fra situasjonen slik den fortonet seg for politiet da pålegget ble gitt. Det vil ikke være avgjørende om det senere ved en etterprøving kan påvises at pålegget bygde på uriktige faktiske forutsetninger. Pålegg etter § 329 og pålegg

etter andre bestemmelser som er gitt for at politiet skal kunne opprettholde ro og orden, atskiller seg her fra forvaltningsvedtak i sin alminnelighet, som ikke blir ansett bindende for adressaten dersom de ved en etterprøving viser seg å være bygd på uriktige faktiske forutsetninger. Den lydighetsplikt som pålegges, har sin grunn i de rent praktiske behov som gjør seg gjeldende ved ordenshåndhevelse.

I det foreliggende tilfelle kan det reises tvil om lovligheten av NVE's veibygging på det daværende tidspunkt. Det var ikke holdt skjønn. Det fremgår av herredsrettens dom, og er heller ikke bestridt, at det ikke forelå samtykke fra departementet etter oreigningslovens § 25 jfr. § 30. For Høyesterett er opplyst at slikt samtykke nå er gitt. Av herredsrettens dom fremgår videre at det heller ikke var innhentet uttrykkelig samtykke fra dem som drev reindrift i området.

Dette er imidlertid ikke avgjørende når det skal tas standpunkt til om de pålegg politiet ga den 17. og 18. september 1979 var bindende for de tiltalte. Det avgjørende ved denne vurdering er om politiet i den situasjon som da forelå, og med de opplysninger politiet den gang satt inne med, hadde rimelig og fornuftig grunn til å gi påleggene. Det fremgår av herredsrettens dom at NVE til politiet hadde opplyst at alle nødvendige tillatelser forelå. Politiet hadde også kjennskap til de vedtak som var truffet av de øverste politiske myndigheter. Det fremgår videre av dommen at politiet ikke på forhånd hadde kjennskap til protester fra noen som ble berørt av veianlegget. Jeg forstår dommen slik at politiet var kjent med at demonstrasjonen ikke først og fremst gjaldt veianlegget, men selve inngrepet i vassdraget, som ikke ble påbegynt i denne omgang. Ut fra de opplysninger som foreligger i dommen, finner jeg at politiet må ha hatt rimelig og fornuftig grunn for sine pålegg.

...  
Jeg finner etter dette at en riktig vurdering ut fra det saksforhold herredsretten har beskrevet, må lede til at politiet i den foreliggende situasjon hadde adgang til å gi pålegg til de tiltalte om at de skulle fjerne seg fra området. Påleggene var dermed bindende for de tiltalte, som således har opptrådt i strid med § 329 ved å unnlate å fjerne seg" (s. 9–12).

#### Nødrettsspørsmålene ble løst greiere:

"Jeg kan heller ikke se at det kan være grunnlag for frifinnelse etter nødrettsbetraktninger. Når det gjelder motstanden mot selve veianlegget, følger dette etter mitt syn allerede av at de berørte hadde den utvei å ta spørsmålet om forbud mot veianlegget på grunn av manglende samtykke opp med namsretten med krav om midlertidig forføyning. ... Straffelovens § 47 kommer bare til anvendelse når faren er uavvendelig på annen måte. At de tiltalte ikke hadde partsstilling og ikke selv kunne bringe saken inn for retten, har ingen betydning når de som ble berørt selv hadde muligheter for å avverge faren" (s. 12–13).<sup>2</sup>

<sup>2</sup>Retten gikk ikke inn på at Norges Naturvernforbund forgjeves hadde forsøkt å få midlertidig forføyning (på et annet grunnlag).

Om selve interesseavveiningen heter det i domsgrunnene:

”... det hevdes at denne utbyggingen representerer en så betydelig fare og rammer så særegne og beskyttelsesverdige interesser at den motstandsform som er valgt – sivil ulydighet – derfor under enhver omstendighet bør anses straffri.

Jeg kan ikke se at de tiltalte kan frifinnes på dette grunnlag. De som blir berørt av et utbyggingsvedtak, og andre som har rettslig interesse av å få prøvet vedtakets gyldighet, kan for domstolene nedlegge påstand om at vedtaket kjennes ugyldig fordi det foreligger brudd på saksbehandlingsregler eller andre regler. ... selv de som har rettslig interesse av å få prøvet vedtakets gyldighet, kan ikke uten videre ta seg selv til rette. Og det kan ikke aksepteres at andre som er uenige i vedtak som Stortinget og regjeringen har truffet, søker å motvirke gjennomføringen av vedtakene ved ordensforstyrrelser eller ulydighet mot bindende pålegg fra politiet. De som griper til slike midler for å presse sine synspunkter gjennom, følger ikke rettsordenens spilleregler. Uansett hvordan de tiltalte vurderte vedtaket om utbygging av Alta-vassdraget, er det etter min mening klart at de ikke kan påberope seg nødrettsbestemmelsen i straffelovens § 47 som grunnlag for at de hadde rett til å nekte å etterkomme politiets pålegg om å fjerne seg fra anleggsveien i Stilla 17. og 18. september 1979” (s. 13–14).

2. Enhver som lider økonomisk tap som følge av medborgerprotesten, kan forlange at aksjonsdeltakerne holder ham *skadesløs* (med de begrensninger som adekvanslæren setter). Når nødverge ikke kan påberopes, er protesten ikke rettmessig, den er erstatningsbetingende etter reglene om ansvar for nødhandlinger (norsk skadeserstatningslov § 1–4).

Jeg utelukker heller ikke at en organisasjon kan bli erstatningspliktig. Forutsetningen er at den har en viss fasthet, egne inntekter osv. I så fall kan det være praktisk å få plassert ansvaret hos denne istedenfor hos den enkelte deltaker. Organisasjonen kan imidlertid bare hefte dersom denne sto bak aksjonen eller på annen måte bidro aktivt til dens retning. En støttegruppe er ikke ”skadevolder” i skadeserstatningslovens forstand. Organisasjonen er heller ikke ansvarlig dersom en deltaker plutselig mister besinnelsen under en ellers fredelig demonstrasjon. I så fall må lederne ha utvist culpa, f.eks. ved fordeling av oppgaver, ved tilsyn under avviklingen, etc.

Et eget spørsmål er om det kan reises erstatningskrav mot det offentlige for ikke å få virkeliggjort fortjenesten som en entreprenør eller en underleverage hadde regnet med. Tre spørsmål må holdes fra hverandre: 1) Kan et forvaltningsvedtak – f.eks. en tillatelse – begrunne ansvar dersom det blir omgjort av hensyn til demonstrantene og den politiske belastning med å sette inn politi mot dem? 2) Kan en kontrakt statuere ansvar når den blir annullert av samme grunner? 3) Kan selve beslutningen om å vente med – eller ikke å sette inn – politiet påføre staten erstatningsplikt?

Hvorvidt det offentlige erstatningsfritt kan *gå fra* konsesjonen (eller andre begunstigende forvaltningsvedtak), beror etter forvaltningsrettslige regler på tidspunktet for omgjøringen. Innen en 3 månedersfrist kan tillatelser m.v. trekkes tilbake relativt greit (av overordnet myndighet – den norske forvaltningslovens § 35 tredje ledd). Etter dette tidspunkt må det svært tungtveiende omstendigheter til for å berettige tilbakekalling. Å skifte syn som følge av demonstrasjonen, er ikke nok. Skal vedtaket omgjøres i disse tilfellene, blir følgen lett erstatningsplikt.

Hva så med en kontraktspartner? Med mindre kontrakten sier noe annet, står han sterkere enn en forvaltningspart. Kontraktstypen vil normalt ha betydning for hvem som skal ha vederlagsrisikoen for uforutsette oppfyllelschindringer. For eksempel vil en verksmester i et privat kontraktsforhold neppe kunne kreve vederlaget såfremt oppfyllelsen umuliggjøres av demonstrasjoner o.l. Men når staten er kontraktspartner, er den selv opphav til demonstrasjonene. Det er da naturlig å føre risikoen over, etter en analogi fra kjøpslovens § 37. Statens unnlattelse av å oppfylle, blir mislighold, det berører ikke medkontrahentens rett til å fastholde kontrakten. *Hele* vederlaget kan dog ikke kreves, det må gjøres fradrag for besparelser som medkontrahenten har hatt ved å slippe å oppfylle. Om det også skal gjøres fradrag for inntekter han kunne og burde ha fått ved å innrette produksjon og kapasitet etter den nye situasjonen, er mer usikkert.

Noe ansvar for staten som politimakt kommer derimot normalt ikke på tale. Det særlige objektive ansvaret som stat og kommune er underlagt, forutsetter at det er gjort feil ved myndighetsutøvelsen. Skader som skyldes rettmessig myndighetsutøvelse, påfører ikke det offentlige ansvar (utenom i særtilfeller). Hvorvidt ordensmakten skal settes inn mot demonstranter, tidspunktet for rydding, måten det skal skje på osv., er undergitt politimyndighetenes frie skjønn. Erstatningsbetingende blir skjønnsutøvelsen bare såfremt den får karakter av ”myndighetsmisbruk” (”Magtfordreining”).

3. Jeg har flere ganger forutsatt at *ordens- og tvangstiltak* kan iverksettes overfor aksjonsdeltakerne. I prinsippet gjelder imidlertid legalitetsprinsippet: Å fjerne demonstranter med fysisk makt forutsetter hjemmel i lov. Politiet kan f.eks. ikke under en ulovlig streik møte opp hjemme hos den enkelte og tvinge ham tilbake til arbeidet. Heller ikke kan politiet gripe inn bare fordi demonstranter hindrer gjennomføring av et forvaltningsvedtak. Til det kreves at loven hjemler slik tvangshåndhevelse.

Utenom pågripelse og innbringelse (som i Norge er hjemlet i strprl. §§ 228 ff. og § 250 a) er hjemmelen for politiets maktbruk dels administrati-

ve regelverk<sup>3</sup>, dels sedvane og reglene for nødtilstand (den såkalte "generalfullmakten"). Det er omstridt hvor godt maktutøvelsen harmonerer med legalitetsprinsippet, problemet er hvor strengt legalitetskravet skal tas. På politihold tones det formelle lovskravet ned. Sverre Tønnesen og Svein Åge Skålnes bygger på at "når samfunnet har tildelt politiet den plikt å opprettholde den offentlige orden, må samfunnet også ha gitt politiet en rett til å gripe inn overfor ordensforstyrrelser. Dette selv om den enkelte lov ikke positivt regulerer dette" (Skålnes: Politiets adgang til bruk av fysisk makt, *Politiembdsmennenes blad* 1980 nr. 9, Tønnesen (red.): *Politirett* s. 148 ff.). Anders Bratholm er mer forbeholden. Spesielt med tanke på pågripelsespraksis sier han: "Det synes som om vi her har med et slags grått rettsbelte å gjøre: et område som verken er lovlig eller ulovlig (Politiet og legalitetsprinsippet, *Festskrift til Stephan Hurwitz* s. 101).<sup>4</sup>

4. I hvilken grad legger lovverket an på å kanalisere medborgerprotester *inn i beslutningssystemet*? Hva er reglene for saksbehandling, brukermedvirkning etc.?

Materielle bestemmelser som pålegger forvaltning eller borgere å disponere ut fra brede samfunnsinteresser, forekommer rett som det er, direkte *rettigheter* for grupper og organisasjoner er et særsyn. For å ta forurensningsaker som eksempel: "Det nuvarande prövningssystemet i ML bygger på en individuell prövning av olika anläggningstyper efter generella måttstockar i ML" (SOU 1978:80 s. 93) – m.a.o. forvaltningsskjønn, ikke rettigheter. "Det i USA tillämpade systemet med kvalitetsnormer får ses mot bakgrund av att miljöskyddsarbetet i USA kommit igång förhållandevis sent och varit mycket ojämnt. . . . Mot denna bakgrund anser utredningen att det inte finns tillräckliga skäl att göra en principiell omläggning av prövningssystemet av den art som ifrågasatts" (SOU 1978:80 s. 93–94). § 12 i utkastet til ny forurensningslov i Norge er skåret over samme lest: "Forurensningsmyndigheten kan etter søknad gi tillatelse til virksomhet som kan medføre forurensning" (Ot.prp. nr. 11 (1979–80) s. 189).

I saksbehandlingen til det offentlige gis medborgergrupper en viss plass.

<sup>3</sup> I Norge er politiinstruksen gitt ved kgl. res. 5/3–1971 med hjemmel i politilovens § 29. Jfr. også de kommunale politivedtekter.

<sup>4</sup> Se Nils Beckman, Carl Holmberg, Bengt Hult og Ivar Strahl: *Brottsbalken* II s. 609. med henvisning til SOU 1953: 14 og Gustaf Petrén: *Om offentligrettslig användning av våld mot person*.



Dette gjelder ikke alene ved utarbeidelse av lover og forskrifter (den norske forvaltningslovens § 37). Også innenfor det offentlige *planleggingsvirksomhet* har tendensen gått ut på å åpne for brukermedvirkning, eller sagt på en annen måte: Bestemmelsene om reguleringsplaner etc. begrenser ikke muligheten til å engasjere seg (jfr. reglene om kunngjøring og plikt til å legge ut dokumenter til offentlig ettersyn – den norske bygningslovens § 27 nr. 3 m.fl.). Den danske kommuneplanloven og det norske utkastet til ny planleggingslov går lengre i å oppmuntre til deltakelse, jfr. blant annet formålsbestemmelsen om ”i videst mulig omfang [å] inndrage kommunens beboere i planlægningsarbeidet”, og plikten til å ”forestå en opplysningsvirksomhet med det formål at fremkalde en offentlig debat om planlægningens målsætning og nærmere indhold” – dansk kommuneplanleggingslov § 1 stk. 3 og § 6 stk. 3. Etter det norske lovutkastet skal det gjøres kjent hvorvidt det foreligger alternative planer, virkninger av større utbyggingstiltak skal utredes (såkalte ”konsekvensanalyser”), og det skal holdes offentlige møter om planene (§ 12 og §§ 58–61 i det norske lovforslaget).

Utenom ved forskrifts- og planleggingsvirksomheten er det spesielt i *miljøsaker* (forurensning etc.) at interesserte grupper skal varsles og gis anledning til å uttale seg (norsk naturvernlov § 18, 13–16 § i svensk miljøskyddslag<sup>5</sup>). Kravet til konsekvensutredninger og offentlige møter er også her på vei inn (utkastet til ny norsk forurensningslov §§ 14–16).

I *andre viktige enkeltsaker* forekommer slike tiltak praktisk talt ikke. I vassdragsreguleringssaker og når det er på tale å åpne nye oljefelter, skal planer kunngjøres og legges ut offentlig, for her har miljøverninteressene akslet seg en plass (norsk vassdragsreguleringslov § 4a nr 3, norsk oljelovutkast § 7). For øvrig har verdien av interessentmedvirkning og medborgerengasjement ikke satt spor etter seg i lover om etableringssamtykke, offentlig bidrag, konsesjon, produktkontroll osv.<sup>6</sup>

5. Kommunallovgivningen går en annen vei for å trekke medborgerprotester inn i beslutningssystemet. Det opprettes bruker- og interessentorganer – bydelsutvalg, foreldre råd i skole og barnhage osv.<sup>7</sup> (jfr. dansk Betænkning

<sup>5</sup> Pussig nok har den danske miljøbeskyttelseslov veket tilbake for å gi felleinteressene rettigheter på saksbehandlingstrinnet (jfr. Claus Haagen Jensen i W.E. von Eyben (red.): Dansk Miljøret III s. 124 og 126).

<sup>6</sup> Hva som er tilfelle i f.eks. svensk atomenergilov, kjenner jeg ikke.

<sup>7</sup> Jeg sikter til *egne* medborgerorganer, ikke til opprettelsen av diverse ”råd”, der enkeltpersoner trekkes inn som medlemmer (Oljevernråd, Produktkontrollråd etc.).

nr. 798/1977, Kommunalt nærdemokrati, s. 110 ff.). I hovedsak har organe-  
ne kun rådgivningsmyndighet, hvilket normalt ikke krever lovhjemmel.<sup>4</sup>

6. I hvilken grad kan grupper av medborgere *påklage* forvaltningsvedtak eller *reise søksmål* for domstolene? Spørsmålet er drøftet bl.a. av Ellen Margrethe Basse: Kan en græsrodsorganisation optræde som klager ved en administrativ klageinstans og ved domstolene? (Juristen og økonomen 1979 s. 485 ff.). Hun peker på at enkelte danske særbestemmelser er greie. På den ene siden gir dansk naturfredningslov § 26 jfr. § 20 klagerett til enhver som krever underretning om avgjørelsen i første instans. På den annen side forlanger bl.a. dansk miljøbeskyttelseslov og råstofflov en "individuel, væsentlig interesse" for å kunne angripe vedtaket. Miljøvernorganisasjoner, foreldreaksjoner o.l. vil mange ganger ikke ha det, for gruppene opptrer ikke på vegne av eiere og andre rettighetshavere som blir berørt enkeltvis, poenget er å vareta visse allmenne interesser. Gruppene er i tillegg ofte kjennetegnet av løs struktur, ubestemt krets av medlemmer m.v. – dvs. av nettopp slike karakteristika som i praksis lett utelukker klage- og søksmålsrett.

Spørsmålet er mer tvilsomt når det – som ellers i dansk, svensk og norsk rett – forlanges "rettslig interesse" (eller "rettslig klageinteresse"). En rommelig og liberal tolking kan være på sin plass i relasjon til f.eks. dansk kommuneplanlov, antar Basse s. 489 og Bendt Andersen: Kommuneplanloven s. 318–319. For kun rettsspørsmål – ikke skjønnsspørsmål – kan da overprøves. Men hva gjelder ellers? I Sverige vil idelle organisasjoner "i stort sett sakna[r] besvär[s]rätt om de inte uppträder i egenskap av sakägare" (Bättre miljöskydd I, SOU 1978:80 s. 87). Rettstilstanden i Danmark og Norge er neppe vesensforskjellig. Spørsmålet kom bl.a. opp under Alta-saken som Norges Naturvernforbund anla for domstolene i 1979 (NRt 1980.569):

"Det er etter hvert blitt anerkjent at en saksøker kan ha rettslig interesse av å reise søksmål selv om utfallet av saken ikke har direkte betydning for hans egen rettsstilling. Også en interesseorganisasjon kan etter omstendighetene ha den nødvendige rettslige interesse selv om utfallet av saken ikke har direkte betydning for organisasjonens eller medlemmenes rettigheter. Behovet for rettslig kontroll med den offent-

<sup>4</sup> Motsatt Betænkning nr. 798/1977 s. 134–135. Skal rådgivningsorganet få "en ret til at fremkomme med udtalelser inden afgørelsen træffes eller ret til at få fortrolige oplysninger...": må lovhjemmel forlanges, antar Emile le Maire: Nær-demokrati og delegation. Juristen og økonomen 1978 s. 90 (forfatterens uthevelser). Jfr. for øvrig Jan Fridtjof Bernt: Sattes medbestemmelsesrett i kommunal virksomhet. Festskrift til Kristen Andersen s. 370 ff.

lige forvaltning kan her være avgjørende. Men den som reiser sak om gyldigheten av et forvaltningsvedtak, må i tilfelle ha rimelig grunn til å kreve at dette spørsmål blir prøvet av domstolene. Det må være et rettskrav som gjøres gjeldende. Og saksøkeren må ha slik tilknytning til rettskravet at nettopp han har naturlig foranledning til å reise søksmål” (s. 575).

En rekke av de kriterier man pleier å legge vekt på, tale for prøvelsesrett (organisasjonen var bl.a. landsomfattende, med betydelig medlemstall, egne vedtekter og organer, etc.). Likevel var søksmålskompetansen omstridt, kanskje især fordi andre interessegrupper ble like sterkt – eller sterkere – berørt. Utelukket det uten videre søksmålsrett? Og måtte den ”rettslige interessen” bestemmes ved å se bort fra den slags interesser (lakse- og reindriftsinteresser, samenes minoritetsvern, osv.)? Høyesterett sa ja til det siste:

”Etter min mening vil Norges Naturvernforbund ... ikke ha den nødvendige rettslige interesse av å reise spørsmål dersom en påstand om ugyldighet ene og alene begrunnes med anførsler som bare knytter seg til andre forhold enn naturverninteresser. ... Jeg er enig med staten i at spørsmålet om hvorvidt Naturvernforbundet har rettslig interesse av søksmålet, må vurderes konkret i forhold til de anførsler forbundet har påberopt til støtte for sin påstand om at reguleringsvedtaket skal kjønnnes ugyldig. Jeg er videre enig med staten i at det ved avgjørelsen av om Naturvernforbundet hadde rettslig interesse av søksmålet, må ses bort fra anførsler som er uten tilknytning til naturvernet, og som andre personer eller instanser er nærmere til å varetta” (s. 575–576).

Retten kom likevel til at Norges Naturvernforbund hadde sterke nok interesser i utbyggingssaken til å begrunne søksmålskompetanse:

”Lagmannsretten har – som herredsretten – funnet at Naturvernforbundet har rettslig interesse av å reise søksmål om gyldigheten av reguleringsvedtaket selv om også en rekke parter i ekspropriasjonsskjønnet har gjort gjeldende at reguleringsvedtaket skal kjønnnes ugyldig. Jeg kan ikke gi staten medhold i at lagmannsretten ved dette har bygd på uriktig tolking av tvistemålslovens § 54, eller at lagmannsrettens begrunnelse her er utilstrekkelig” (s. 576).

#### IV. Reformtanker om hvordan medborgerprotester rettslig bør bedømmes

1. Gjennomgangen av rådende rettstilstand viser at det i moderne lovgivning – spesielt i plan- og reguleringsretten – er tendenser i retning av å åpne for medborgerprotester. Men disse er ennå ikke dominerende.

Noen enkel patenløsning på hvordan en skal få redusert omfanget av sivil ulydighet o.l., tror jeg ikke eksisterer. I prinsippet står to diametralt motsette holdninger overfor hverandre. Den ene er å slå hardere til – ”nå må det bli slutt på å ta med silkehansker på folk som ikke respekterer spillereglene for samfunnet”. Skjerpet straff og mer effektiv bruk av politiets maktmidler blir botemidlet etter dette synet. Etter det annet syn blir oppgaven å redusere de konfliktgrunnlag som leder til aksjonene. Hvor hurtig bør omfattende og uopprettelige samfunnsendringer presses fram for å tilgodese tradisjonelle vekstinteresser? Kan avgjørelsesprosessen innrettes slik at protester for ”grønne” eller ”myke” verdier får større reell sjanse enn i dag?

Personlig mener jeg at den første linjen vil være et alvorlig feilgrep. Jeg tror ikke engang at den effektivt fremmer formålet, for hva som avskrekker tyver, promillekjørere og voldsforbrytere, kan virke annerledes på folk som kjemper for en sak. Streng straff kan tvert om spleise gruppene sammen, gi dem martyrpreg og føre til dyptgående splittelse i befolkningen.

Opgaven må heller være å ta på alvor hva protestene forteller om samfunnet (jfr. II foran). Thomas Chr. Wyller spissformulerer det slik: ”Her er verdier i konflikt, knyttet til naturvern og minoritetsvern. Gamle former sprenges, tradisjonelle beslutningskanaler strekker ikke til. Noe nytt bryter frem, livsviktig, trolig også livskraftig. Systemforsvarere påkaller besinnelse, maktavere advarer: vårt demokrati står for fall. Langtifra!” (Aftenposten 19/1 1981).

Selv skal jeg sette mitt syn på spissen i følgende ti teser til debatt:

- (1) Passiv, ikke-voldelig ulydighet bør avkriminaliseres og møtes på annen måte enn med straff.
- (2) Eksisterende regler om politiets rett til bruk av maktmidler trenger å klargjøres snarere enn å skjerpes.
- (3) Det offentlige bør ikke være objektivt erstatningsansvarlig for måten å bruke politi på, men bør som kontraktspartner og konsesjonshaver være ansvarlig for annullasjoner p. g. a. upåregnelige medborgerprotester.
- (4) Regler om aktiv informasjon, konsekvensutredning og offentlig møte

- bør utvides fra plan- og miljøsektoren til andre tiltak av stor samfunnsmessig betydning.
- (5) Reglene om offentlig møte må ledsages av et rammeverk som gjør møtene til noe i retning av det engelske/amerikanske "public inquiry"-/"hearing"-systemet.
  - (6) Regler for inspeksjon og kontroll med tillatelser til kraftverk, oljeutvinning, forurensning etc. bør gi plass for nærmiljøorganisasjoner o.l.
  - (7) Så langt som mulig bør lovverket om miljøspørsmål kombinere materielle rettigheter ("grenseverdier" o.l.) med forvaltningsskjønn.
  - (8) Det må gis regler om at forvaltningen bare kan desavuere omfattende medborgerprotester såfremt administrasjonen kan dokumentere tungtveiende grunner til det. Når vedtak får gjennomgripende konsekvenser for en større gruppe, bør denne gis utsettelsesrett, vetorett eller rett til å kreve folkeavstemning.
  - (9) Klage- og søksmålsretten bør i prinsippet være fri for alle som forlanger underretning om enkeltavgjørelser av stor samfunnsmessig betydning.
  - (10) Uansett økonomisk evne, må enhver større gruppe ifølge lov og bevilgninger kunne kreve faglig og økonomisk bistand til utredninger, rettshjelp m.v.

## 2. Min begrunnelse for tesene er følgende:

Ad (1): Når straffansvaret helt og holdent skal bero på hva *politiet* har rimelig grunn til å tro (jfr. II nr. 1 foran), fører lydighetsplikten i sin ytterste konsekvens til at forvaltningsorganer kan gjøre temmelig grove feil, forsikre politiet om at alt er i orden, få gjennomført vedtaket med tvang og i tillegg få straffet de som søker å hindre at det blir satt ut i livet før domstolene får sagt sitt.

Selv om retten skulle kvie seg for å trekke denne konsekvensen, er straffansvaret etter mitt syn alt trukket for langt. Andenæs har i andre sammenhanger uttrentelig pekt på at opphevelse av straff ikke er det samme som å gjøre handlinger berettiget; samfunnet trenger ikke å reagere med straff mot alt det vil ha vekk, demonstranter vil fortsatt kunne fjernes med makt, og erstatningsansvaret vil stå ved lag. Vi bør ta lærdom fra arbeidslivet, der man søker å rydde opp i ulovlige aksjoner med interne virkemidler, ikke med politi og straff.

Skal straffeloven tas i bruk mot annerledes tenkende, bør det være når demonstranter ikke utelukkende har holdt seg til en passiv ikke-voldslinje.

Den alminnelige nødrettsavveiningen gir for så vidt rom for nødvendige nyanser. Siden Alta-dommen kategorisk avviste nødrettsbetraktningene, må likevel reformer skje ad lovgivningsveien, f.eks. ved å føye følgende til norsk strl. § 47: "Forsvar for idelle samfunnsinteresser eller liknende medborgerprotester kan lates straffri når midlene er ikke-voldelige."

Tas lovendringen i nødrettsparagrafen framfor i nødvergebestemmelsen, blir vurderingstemaet ikke bare feil og ugyldighet ved forvaltningsvedtaket ("rettsstridigt Angreb"), verdien av de truede interesser vil stå like sentralt. I tillegg gjør lovendringen det klart at den sivile motstand er urettmessig – med de konsekvenser dette har for erstatningsplikten og politiets maktbruk.

Ad (2): Såvidt jeg kan forstå, har uklarheten om politiets rett til bruk av fysisk tvang i liten grad hindret tiltak som ellers ville vært satt i verk. Slik det nordiske politi er organisert, bemannet og ledet, har sindinghet og prinsippet om det minste middel vært mer framtredd enn køller og militært preg. Dette er en avgjort styrke for samfunnet. Framfor å rope på "den sterke politimann", må målet være å sikre at politiet forblir vel integrert i lokalsamfunnet (Anne Marie Støkken (red.): Politiet i det norske samfunn s. 180 ff.). Dessuten trengs det en opprydning fra lovgivningsmaktens side for å få klargjort politiets myndighet.

Ad (3): Når medkontrahtenter og forvaltningsparter bør holdes skadesløse, er det fordi konflikter mellom det offentlige og aksjonsdeltakere minst mulig bør ramme tredjemenn. Noe erstatningsansvar for statens valg m.h.t. om, når og hvordan politi skal settes inn mot demonstrantene, finner jeg ikke plass til. For å ha trussel om tyngende erstatningsansvar hengende over seg, gir intet godt grunnlag for å avgjøre så kompliserte og sammensatte samfunnsspørsmål som politibruk mot folk som demonstrerer på idealistisk grunnlag. Bare hvis det offentlige ombestemmer seg (p.g.a. den sivile motstand) og går fra avtale eller forvaltningsvedtak, kan utstrakt ansvar/risiko ha mye for seg – med én begrensning. Visse utbyggingsavtaler, konsesjoner o.l. må i framtiden regnes som spesielt risikofylte. Har den private part forutsett oppfyllelsehindringene og likevel påtatt seg oppdraget, kan det offentlige bli fri dersom det går galt.

Ad (4)–(7): En mulig fare med de nye tiltakene innenfor plan- og miljøsektoren, er at lovgivningsmakten slår seg til ro på andre områder – "nå har vi imøtekommet kravet til aktiv informasjon, konsekvensutredninger og offentlig møte". Mange av de viktigste beslutningene for miljøvern, sosial trygghet

m.v., blir ikke tatt i miljø- og sosialsektoren, men innenfor nærings- og distriktspolitikken, energipolitikken osv.

En annen svakhet er at lovverket fører medinnflytelsen inn i former som kanskje ikke er de beste. Mest lovende er de nye kravene til konsekvensanalyser og offentlige møter. De første er inspirert av de amerikanske "environmental impact statement". Disse går ut på å få spesifisert hvordan en lang rekke miljøfaktorer vil arte seg med og uten prosjektet, hva slags alternativer som foreligger, osv. Redegjørelsen skal utarbeides på et tidlig stadium, i lett leselig form og skal offentliggjøres så snart den foreligger. – De norske lovforslagene avviker litt fra det amerikanske systemet, bl.a. i reglene om offentliggjøring og bruk av materialet. I pakt med nordisk rettstradisjon løper vi risikoen for at konsekvensutredningene hovedsakelig blir arbeidsdokumenter for forvaltningen. I USA legges det større vekt på individets kontroll, "environmental impact statement" er mye til "for at forøge offentligheden og dermed mulighetene for medbestemmelse ..." (Bent Christensen: Miljøvern og privat eiendom, TfR 1976 s. 32).

Mønstret for de offentlige møtene er det engelske/amerikanske "public inquiry"-/"hearing"-systemet. Under ledelse av en "inspector"/"hearing officer" holdes det offentlige møter der forvaltningen redegjør for sitt syn. Sakkyndige og vitner blir ført, partene får forklare seg og å krysseksaminere vitner, det samme får i regelen naboer, miljøvernorganisasjoner etc. Møtene holdes i mer uformelle former enn ved rettslig hovedforhandling. De avsluttes med at inspektøren legger fram for beslutningstakeren en fyldig rapport med sitt forslag til vedtak.<sup>9</sup> – De norske møtene kan bli det samme, men de kan også utarte til ren ekspertinformasjon. Uten nærmere regler om møtenes oppgaver, organisasjon og forløp, er det liten grunn til å tro at lovutkastene med ett slag fører inn "public inquiry"-/"hearing"-systemet i Norge.

Det burde de ha gjort.<sup>10</sup> Moderne utbyggingssakers tekniske – og samtidig sammensatte og kontroversielle – karakter gjør at forventninger om motforestillinger bør bygges inne i systemet. Organiseres beslutningsprosessen slik at deltakerne får stå fram som parter og motparter, interessenter og motinteressenter, blir det mulig å få forvaltning og utbygger ut på åpen

<sup>9</sup> Christensen s. 42–42. Erik Keiserud: Muntlig saksbehandling i engelsk forvaltning – public inquiries, TfR 1977 s. 327, og mer utførlig R.E. Wraith & G.B. Lamb: Public Inquiries as an Instrument of Government.

<sup>10</sup> Ikke i alle enkeltheter riktignok. For eksempel er det noe stivt å stanse enhver debatt om annet enn "lokale" spørsmål, f.eks. "the merits of government policy". I England har man hatt problemer med nettopp dette (Keiserud l.c. s. 323–324 og 328). Mye taler videre for at inspektøren bør være mer uavhengig (l.c. s. 318). I Norge vil kanskje fylkesmannen være en egnet instans, antar Harald Baldersheim: Organisasjonsformer i offentlig planlegging. Forbruker- og administrasjonsdepartementet 1979 s. 195.

mark. De må da forklare hvorfor problemet ble definert akkurat slik som det ble gjort, hva undersøkelser og rapporter sier om miljøforstyrrelser, kraftbehov, næringsutvikling, osv.

I tiden som kommer blir dette enda viktigere enn før, for så store som mange av prosjektene er, og så mye penger som på forhånd er nedlagt i dem (i prosjekteringsutgifter m.v.), har bedriftene rett og slett ikke råd til å sende søknadene ut i det store intet.<sup>11</sup> De kan ikke risikere at alt skal stoppes "p.g.a. en saksbehandlers kjepphest".

For ikke å tilrettelegge for et system som kan legge et urimelig press på den enkelte saksbehandler, og som skaper grobunn for forestillinger om at "ikke alt tas så nøye", trenger vi ikke bare "environmental impact statement"- og "hearing"-systemet.<sup>12</sup> Det er også ønskelig å kombinere det administrative skjønnet med materielle rettigheter for borgerne. Folk får mer å kjempe for og større tro på at det går an å vinne fram når de ikke helt og holdent er avhengig av hvordan forvaltningen stiller seg (Eva Funder Fleischer: Miljøloven s. 57–75 og 110–115). Ulempene med "grenseverdier" er at disse lett blir for firkantete. Gjøres de for strenge, risikerer en at de blir slag i lufta, og settes de for lavt, får "industrin rätt att förorena upp til en viss gräns och att inget instrument finnes att reducera det 'tillåtna' området" (SOU 1978:80 s. 93). Grenseverdiene bør derfor bare være *minimumsnormer* ("i hvert fall ikke større blykonsentrasjon enn ..."). Normene bør gjøres stadig strengere, og de bør kombineres med forvaltningsskjønn for hva som i det enkelte tilfellet må forlanges utover minstekravet.

Jeg tror også det kan være behov for å trekke nærmiljø og interesseorganisasjoner inn i *kontrollen* med at administrative pålegg overholdes, f.eks. av atomkraftverk og forurensende industri.<sup>13</sup> "Med den kapasitet forurensningsmyndighetene har i dag, vil det bare være mulig å foreta meget begrenset kontroll med gitte utslippstillatelser" (Ot.prp. nr. 11 (1979–80) s. 65). Av den grunn må vi se oss om etter nye, utradisjonelle måter å styrke tilsynet på. De som bor rundt bedriftene har selvsagt ikke samme forutsetninger for kontrollen som offentlige inspeksjonsorganer. Men de har noe

<sup>11</sup> Jfr. Fridtjof Frank Gundersen og Ulf Bernitz: Norsk og internasjonal markedsrett s. 537–539, Erik Boe: Distriktenes utbyggingsfond s. 113–138 og 408–411.

<sup>12</sup> I alvorligere tilfeller bør det også være plass for såkalte "congressional hearings". Disse kan nok "utarte til litt av et terrorregime" (Stein Rognlien: Enkelte trekk fra amerikansk administrativ rett, TIR 1949 s. 274). Men når det forekommer beskyldninger om "store lunsjer", at "papirer blir borte" i saker om kjernekraftverk o.l., bør sakene løstes opp på det politiske plan og bli gjenstand for nitide granskinger i full offentlighet.

<sup>13</sup> Inspeksjonsarbeidet starter i dag ikke sjelden etter henvendelse fra private (Christensen l.c. s. 42–43). Men i høyden kan dette sies å være indirekte tilsiktet, som følge av reglene om underretning og klagerett (jfr. Haagen Jensen: Dansk Miljøret III s. 155).



annet – de ”har skoen på og vet hvor den trykker”. Utstyres gruppene med midler til å skaffe seg ekspertise (jfr. (10) nedenfor), kan nettopp samspillet mellom private og forvaltning gi et effektivt håndhevingsapparat.

Ad (8): Å styrke folks muligheter til å komme til orde, er vel og bra, men fortsatt blir det avgjørende hvordan offentlige beslutningsorganer ser på saken. Etter mitt syn bør hjemmelslover for planlegging, konsesjon, offentlig bidrag m.m. i det minste forplikte administrasjonen til å legge en viss *vekt* på protestene – altså ikke alene på hvilke materielle synspunkter som gjøres gjeldende, selve det faktum at det er protestert bør telle.

Går protestene ut på å *få istand* et tiltak (f.eks. bedrift og arbeidsplasser), er det vanskelig å forestille seg rettsvirkninger som rekker utover direktivet om å legge vekt på protestene. For at ikke dette skal bli bare en papirbestemmelse, kan en slags ”omvendt bevisbyrde” kanskje ha noe for seg, jfr. tese (8) foran?

Mulighetene for å utløse rettsvirkninger er større når protestene går ut på å *hindre* tiltak. En stansningsrett er lettere å akseptere enn at protester automatisk utløser rettsgodter. Tilløp til slike regler finnes alt i moderne lovgivning (jfr. utsettelsesreglene i dansk kommuneplanlov § 27, stk. 2 og § 47, stk. 5, norsk vassdragsreguleringslov § 4 nr. 1 annet ledd). Disse bør bygges ut. Hvilke betingelser det skal være for stansningsretten, kan variere fra saksområde til saksområde (for eksempel: fylkeskommunen går mot? kommunen går mot? organisasjoner for minoritets- eller miljøvern går mot? lokale ”grasrotorganisasjoner” går mot?). Det kan heller ikke avgjøres under ett hvilke rettsvirkninger som bør inntre (utsettelsesrett? vetorett? krav til kvalifisert flertall? rett til å kreve folkeavstemning; lokalt eller på riksplan? rådgivende eller avgjørende?).

Ad (9): Alta-kjennelsen om den ”rettslige interessen” til Norges Naturvernforbund innebærer etter mitt syn både ett skritt fram og ett tilbake. På den positive siden kommer at Naturvernforbundet ble ansett for å ha søksmålsrett selv om medlemmene ikke ble berørt som rettighetshavere. Det negative var videreføringen av Gjersø-dommen (NRG 1961.83)<sup>14</sup>: Skadelidende interesser må splittes i forhold til hverandre ikke bare materielt, men også prosessuelt. Kun styrken på den spesielle interesse som saksøkeren varetar, kan begrunne søksmålsrett.

<sup>14</sup> Dommen er omtalt bl.a. av Anders Bratholm og Jo Hov: Sivil rettergang s. 160, den er skarpt kritisert av Funder Fleischer l.c. s. 83.

Opprettholder høyesterett samtidig kravene til organisasjoners størrelse, permanens, faste struktur etc., kan "virksomhederne efterhånden føle sig trygge – det vil ikke komme mange velbegrundede ("farlige") "klager" (Basse, Retfærd nr. 15 s. 37). Faren for at ingen skal fylle søksmålsbetingelsene alene, har fått amerikaneren Christopher D. Stone til å stille det tankevekkende spørsmålet "Should Trees Have Standing?"<sup>15</sup> "Hva skal vi med den ambitiøse formålsbestemmelsen i § 1, stk. 2, der foreskriver, at loven særlig skal anvendes til at søge sikret de kvaliteter i de ydre omgivelser, som er af afgørende betydning for menneskenes hygiejniske og rekreative levevilkår og for bevarelsen af et alsidigt dyre- og planteliv, hvis modstanderne af miljøforurening ikke gennem en klageadgang ... sikres en indflydelse på administrationen?" (Basse, Retfærd nr. 15 s. 30). De amerikanske "class actions" byr her en parallell. Noen fast og varig organisasjon forlanges ikke. Borgerinitiativet Bevar Landbogården, Rådta Våra Vatten og Aksjon for sann reklame kunne ha nyttiggjort seg "class actions". Selv en gruppe borgere som går sammen kun for rettssakens skyld, kan påstå at de representerer "the class". Er gruppen ikke for liten, og er det reelt behov for å få prøvd om utbyggingsforetaket gjør ulovlig skade på miljøet, kan gruppen bli anerkjent som søksmålskompetent, slik f.eks. noen "hitch-hikers in the mountains" ble i en dom fra 1975.<sup>16</sup>

Selv mener jeg – i likhet med Backer – at vi knapt trenger søksmålsbegrensning ("Et saksanlegg vil som oftest være så byrdefullt og kreve så stor innsikt at de færreste enkeltpersoner vil påta seg det" – Lov og rett 1980 s. 556). I hvert fall bør det være klage- og søksmålsrett når vedkommende "har fremsat ønske om underretning om sagens afgørelse i første instans. ... En sådan regel krever en viss seriøsitet" (Basse, Retfærd nr. 15 s. 33).

Ad (10): Aktiv bruk av rettssikkerhetsgarantier og medbestemmelsesrett kommer ikke av seg selv. Det trengs teknisk bistand til å utrede og vurdere prosjektkonsekvenser, juridisk hjelp, mulighet for å drive organisasjons- og opplysningsvirksomhet, osv.

Så kostbart som dette er, kan det spørres om ikke disse utgiftene bør dekkes av utbyggeren – på linje med prosjekteringsutgifter (smln. den norske vassdragsreguleringsloven § 6 nr. 1 annet og tredje ledd). Hva er videre det offentliges ansvar? Det "skal ... legge forholdene til rette for aktiv

<sup>15</sup> Se nærmere Torstein Eckhoffs artikkel "Kan elver og skoger ha rettigheter?", Hefte for kritisk juss 1980 nr. 1 s. 2 ff.

<sup>16</sup> Funder Fleischer l.c. s. 144–145, og mer utførlig Harvard Law Review vol. 89. number 7, 1976. Development in the law – class actions.

medvirkning fra de som bor i området eller driver næringsvirksomhet der”, heter det i § 31 nr. 1 tredje ledd i utkastet til norsk planleggingslov. Skal privates økonomiske forhold avgjøre om det blir noen realitet i reglene for interessentmedvirkning, og hvem som har råd til å bruke rettighetene som loven hjemler?

Før eller senere kan slike spørsmål ikke lenger skyves ut i det blå, under henvisning til at ”innføringen av slike regler vil kunne få omfattende administrative og økonomiske konsekvenser. . . . Det foreslås der for ikke regler om dette nå. Spørsmålet bør eventuelt være gjenstand for en særskilt utredning” (Ot.prp. nr. 22 (1980–81) s. 30).

3. Summen av reformtiltak – fra avkriminalisering til subsidierte medborgerprotester – fører oss like inn i ”nærdiktaturet”, kan enkelte hevde. Jeg tror ikke det. Snarere vil mye optimisme bli knust. Det er vel verdt å forsøke å kanalisere medborgerprotester inn i systemet på de måter jeg her har drøftet. Men uten å fjerne årsakene til protestene, vil uro og forbitrelse bre seg etter hvert som umistelige fellesgoder går tapt bit for bit. Reformtiltak i saksbehandling og beslutningssystem vil da framstå som skuebrød og avledningsmanøver.

Det 29:e nordiska juristmötet  
Stockholm den 19–21 augusti 1981

Carl Lidbom

Frihet, rättssäkerhet och  
effektiv samhällsstyrning—  
ett dilemma för lagstiftaren

# Frihet, rättssäkerhet och effektiv samhällsstyrning – ett dilemma för lagstiftaren

Av riksdagsledamoten, f. statsrådet CARL LIDBOM

*”Entre le fort et le faible  
c’est la loi qui affranchit  
et la liberté qui opprime.”*  
(Robert Badinter)

I Sverige har en del av deltagarna i debatten om lagarna och rättssamhället argumenterat som om vårt näringsliv höll på att kvävas i en snårskog av onödiga lagar, som om den enskildes frihet var ett minne blott och som om själva grundvalarna för rättssamhället höll på att brytas sönder i takt med ett lagstiftningsraseri som tar sig uttryck i att en ny lag föds var åttonde timme. Till glädje för inga andra än tjänstemännen i en maktfullkomlig byråkrati.<sup>1</sup>

Så illa är det väl ändå inte. Men bakom dimridån av groteska överdrifter finns en rad intressanta problem att diskutera som har att göra med att samhällsutvecklingen ändrat förutsättningarna för lagstiftningsarbetet. En del av problemen är sannolikt av den arten att ingen regering av vilken partifärg det vara må kan komma till rätta med dem. Några idealiska lösningar på lagstiftarens dilemma lär inte stå att finna när det nu inte längre är det fridfulla kringsimmandet i en oföränderlig ankdamm som skall regleras utan i stället den alltför täta och kaotiska trafiken på ett oroligt hav i ständig förändring.

En del av kritiken i Sverige mot de många onödiga och skadliga lagarna har gällt sättet för lagarnas tillkomst, brister i utredningsarbetet, underlåtenhet att dra nytta av den juridiska sakkunskapen i lagrådet, överdriven brådska med ikraftträdandet, för dålig information om nya lagar etc. Allt detta hör hemma under rubriken för denna paneldebatt. Men låt oss inte lura oss. Debatten om lagarna, friheten och rättssäkerheten är i det väsentliga en politisk debatt. Den handlar om grundinställningen till lagen som instrument för samhällsstyrning. Den handlar om sättet att se på individen och samhället. Den handlar om värderingar och ideologi.

<sup>1</sup> Björn Tarras-Wahlberg: *Lagstiftning till döds?*, är en bok som är typisk för denna opinion. Författaren är anställd hos Svenska arbetsgivareföreningen och boken är utgiven på dess förlag.

Det är tyvärr ofta svårt att få något utbyte av en debatt om lagarna. Svårigheterna beror, tror jag, i stor utsträckning just på att ämnet är så politiskt och emotionellt laddat. Det lockar därför gärna fram på estraden debattörer som kanske inte har så mycket att ge men som älskar att pigga upp sig själva och liva livsandarna hos en hatisk och vulgär publik med hjälp av allsköns invektiv. Just därför ser jag med viss spänning fram emot att denna gång få föra debatten med jurister i stället för marknadsförare och i det Nordiska Juristmötets svala atmosfär i stället för i de politiska sluggerfesternas hetluft.

I min framställning kommer jag att utgå enbart från svenska förhållanden. Även de som inte är särskilt förtrogna med svensk politik och svensk lagstiftning bör, hoppas jag, kunna ha översende med denna begränsning eftersom problemen och analyserna bör vara av allmänt intresse. Jag hoppas också på översende med ev. felaktigheter i tempus när det gäller svenska regeringar. Eftersom regeringarna numera tycks kunna växla mellan manus och korrektur eller mellan korrektur och tryckning finns det ingen garanti för att alla uppgifter i denna artikel är aktuella och korrekta.

### **Frihet. För vem?**

Människors attityd till lagstiftningen som instrument för samhällsstyrning påverkas i högsta grad av deras allmänna politiska uppfattning.

Vem gillar byråkrati och krångel? Ingen. Men för somliga är det i detta sammanhang i första hand fråga om att få myndigheterna att fungera smidigare i vardagen, att få dem att avstå från kitslighet och trakasserier mot svaga och okunniga människor som söker deras hjälp. Andra tänker, när de klagar över krångel och byråkrati, i första hand inte på de små och svaga utan på företagare som tycker att det är besvärligt med MBL (den svenska lagstiftningen om medbestämmande i arbetslivet), anställningskydd och skyddsombud eller på fastighetsägare som är missnöjda med att de inte får bebygga sina strandtomter eller stycka sin mark så att de kan tjäna så mycket pengar som möjligt på den.

Vem vill beskära den enskildes frihet eller försvaga rättssäkerheten? Ingen. Men när förslag till nya lagar diskuteras från den utgångspunkten tänker somliga av oss i första hand på att förbättra förhållandena för dem som tidigare haft för lite av frihet och trygghet – inte på grund av några krångliga, frihetskränkande lagar utan på grund av brist på pengar, utbildning eller arbete. Andra vill framför allt slå vakt om friheten att lyckas och rätten för duktigt folk att behålla frukterna av sin egen duglighet.

Vem tycker att det är bra att lagarna blivit så många och behöver ändras

så ofta? Ingen. Men är inte detta i stor utsträckning en ofrånkomlig följd av den tekniska, industriella och ekonomiska utvecklingen? De snabba förändringarna i näringsliv och samhälle gör människorna otryggare, och ofta är lagen det enda medlet att skydda den svaga mot den starke. För den svaga är frånvaron av lag liktydig med ofrihet och otrygghet. Insikten om detta gör att en del av oss tvivlar på det kloka i att göra återhållsamhet med ny lagstiftning till politiskt program utan förbehåll och reservationer.

En fransk advokat och författare har uttryckt det så här: "Entre le fort et le faible c'est la loi qui affranchit et la liberté qui opprime." Fritt översatt, men tyvärr utan den franska textens elegans, betyder det: "I förhållandet mellan starka och svaga är det bara lagen som kan ge de svaga frihet. Friheten från lagar öppnar vägen för förtryck."

Låt mig i detta sammanhang genast göra klart en sak: Jag är visserligen tillbörligt kritisk mot byråkratin, och jag tror mig om att vara lika mån om frihet och rättssäkerhet som någon annan jurist eller politiker. Även jag finner det besvärligt med alla lagar som utkommer av trycket i Svensk författningssamling i en aldrig sinande ström. Men med min politiska grundsyn är det ändå givet att jag anser att en regering har större anledning att låta sig vägledas av den i det franska citatet så koncist uttryckta tanken på behovet av lagar för att skydda de svaga i samhället än att lyssna på sådana onyanserade och svepande krav på färre lagar som numera framförs under stora åthävor bl.a. av företrädare för näringslivet.

### **Lagar som inskränker friheten – för somliga**

Mycket av den svenska kritiken mot de onödiga, skadliga och frihetsfientliga lagarna har siktat in sig på lagar som infördes under min tid i regeringen – i huvudsak förra hälften av 70-talet – i många fall på mitt direkta ansvar som föredragande.

Det har då gällt lagar som onekligen rymt ett element av frihetsinskränkning – för somliga. Lagarna har inneburit begränsningar, t.ex. i företagens möjligheter till skatteflykt och flykt undan andra förpliktelser mot samhället, i byggnadsfirmors möjligheter att styra utvecklingen på bostadsområdet och tjäna stora pengar på markaffärer, i affärsmäns möjligheter att pracka på kunder dåliga varor eller i arbetsgivares möjligheter att välja och vraka bland sina anställda när några måste gå på grund av driftsinskränkning eller omläggning av produktionen.

Om dessa lagar aldrig stiftats skulle friheten ha varit större och egendomsskyddet bättre för ett begränsat antal människor – främst vissa företa-

gare och markägare. Det är obestridligt. Men för flertalet skulle det ha varit sämre ställt med både friheten och tryggheten.

Det har inte alltid stått strid om dessa lagar i riksdagen, och när strider har förekommit har de inte alltid följt de s.k. blockgränserna. På båda sidor om skiljelinjen mellan vänster och höger i den svenska riksdagen har funnits en medvetenhet om att den tekniska och industriella utvecklingen skapat problem som krävt ingripanden av lagstiftaren och då med nödvändighet ingripanden som begränsade någras frihet för det allmännas bästa.

Men den skillnaden har ändå hela tiden funnits mellan vänster och höger i politiken, att borgerliga politiker haft en tendens att vilja säga nej till lagar som begränsar företagares rörelsefrihet eller tunnar ut äganderätten. Debatten om lagarna och rättssamhället har fått färg av olikheterna i grundinställning till marknadsekonomin. Och jag är väl medveten om att vad jag sagt hittills – och vad jag kommer att säga i det följande – färgas av *min* politiska grundsyn.

Svensk socialdemokrati utgår från att vårt näringsliv fungerar inom ramen för en marknadsstyrd ekonomi som i sin tur ingår i ett internationellt marknadssystem. Vi har på socialdemokratiskt håll inga planer på att bryta med det systemet. Vi vet att effektiva, lönsamma industriföretag som kan hävda sig i konkurrensen på världsmarknaden är en nödvändig förutsättning för välfärd och framsteg i ett litet land som Sverige med dess starka beroende av utrikeshandel. Men vi vet också att marknadsekonomin har sina brister och är förenad med sociala kostnader. Socialdemokratin förespråkar därför planering och samhällsinslag – bl.a. genom lagstiftning – i den utsträckning som vi anser nödvändigt för att skydda människor och miljö mot alltför våldsamma konsekvenser av marknadskrafternas framfart.

Även de borgerliga partierna har ett pragmatiskt sätt att nalkas problemen. Men oavsett vilka sociala skäl som kan tala för att lagstiftaren bör ingripa förekommer hos dem en ideologiskt betingad motvilja mot att införa lagar som enligt deras bedömning inte stämmer fullt ut med en marknadsekonomisk filosofi. Denna motvilja framträder i Sverige tydligast och oftast hos moderaterna men den finns också hos de båda andra borgerliga partierna.

Till sist dock en varning för att dra för stora växlar på vad som varit. Hittills har visserligen spänningarna mellan höger och vänster gett endast ganska måttliga utslag i praktiskt lagstiftningsarbete i vårt land. Men det är ingen garanti för framtiden. Mycket av det som under åren byggts upp med gemensamma ansträngningar kan komma att raseras om den ekonomiska



krisen får den politiska pendeln att svänga tillräckligt långt åt höger.

Se bara på vad som händer just nu i USA. Under en rad presidenter som inte precis gjort sig kända för att vara en samling socialistiska regleringsivrare har i USA som i andra avancerade industriländer vuxit fram ett nätverk av lagar till skydd för liv, hälsa och miljö. Men ledd av sin konservativa övertygelse och sin orubbliga tro på marknadskrafternas välsignelser vill nu den nye presidenten, Ronald Reagan, rensa upp i denna "djungel" i förhoppning om att han därmed skall kunna återge amerikansk industri – främst bilindustrin – dess konkurrenskraft gentemot den japanska. Bilindustrins egna bedömningar av vad som lönar sig skall ensamma få avgöra i vad mån man i fortsättningen skall sträva efter trafiksäkrare bilar och mindre smutsiga avgaser!

### **Lagar som underminerar rättssäkerheten – debatten om generalklausuler**

I kritikernas bild av ett regleringssamhälle där den enskilde blir alltmer kringskuren i sin frihet och rättssäkerheten successivt försämrats har brukat ingå målande beskrivningar av hur myndigheterna får allt större makt och hur det allt oftare överläts åt dem att på egen hand ge innehåll åt oklara oprecisa lagar.

Det är riktigt att vi i den regering som jag tillhörde införde både generalklausuler och andra lagar av fullmaktstyp som gav myndigheter – och ibland också domstolar – vidsträckta befogenheter. Vi gav t.ex. de för arbetarskyddet ansvariga myndigheterna vidsträckta befogenheter att på egen hand utforma konkreta normer och ge direktiv inom lagarnas ram. Det gjorde vi därför att vi ansåg det nödvändigt att göra det i ett modernt industrisamhälle som det svenska, där tusentals nya produkter tas fram varje år och där ständigt nya produktionsprocesser, verktyg och maskiner prövas. Alternativet hade varit att låta arbetarskyddet släpa efter och tillåta företagen att ta större risker med arbetstagarnas hälsa.

Vi införde regler som gav domstolarna frihet att bedöma vad som skall anses vara saklig grund för uppsägning från anställning. Det gjorde vi därför att alternativet hade varit att utlämna arbetstagarna till arbetsgivarnas rätt att ensamma bestämma.

Vi införde regler som gav domstolar och myndigheter möjligheter att inom vida ramar ingripa mot reklam som de anser otillbörlig, mot försäljningsvillkor som de anser oskäliga och mot produkter som de anser otjänliga

eller skadliga. Det gjorde vi därför att alternativet var att lämna konsumenterna utan skydd mot smarta affärsmän och mindre nogräknade tillverkare.

Det skall inte förnekas att alla dessa lagar inneburit att rättssäkerheten urholkats i den meningen att det blivit svårare framför allt för företagare att förutse konsekvenserna av olika dispositioner. Men den som anser att det är betänkligt att effektiviteten på det sättet fått försteg framför rättssäkerheten bör dock besinna att kravet på effektivitet i samhällets verksamhet i dessa fall uppburits av starka sociala skäl.

Rättssäkerhet är dessutom inte bara en fråga om förutsebarhet. Det är också en fråga om likhet inför lagen – inte bara i formell mening utan i verkligheten. Låt oss ta ett exempel från skatteområdet. På skatteområdet har tills nyligen inte funnits någon generalklausul eller annan fullmaktslagstiftning som tillåtit myndigheterna att på egen hand täppa igen kryphål i lagarna och därmed sätta stopp för skatteflykt. Så förekommer det också sådant som att människor som lever i lyx och överflöd lyckas ordna det så för sig att de inte behöver betala någon skatt alls eller i varje fall slipper lindrigare undan än vanliga arbetare och kontorister – och för den delen även vanliga hovrättsråd och professorer. Alla är ense om att detta har en nedbrytande effekt på skattemoralen och den allmänna laglydnaden. Det upplevs som uttryck för en djupt stötande brist på rättvisa, brist på likhet inför lagen. Varför skall jag behöva betala skatt på mina små, surt förvärvade extrainkomster när det finns direktörer och annat rikt folk som nolltaxeras eller nästintill? Så resonerar naturligt nog många människor med vanliga inkomster som i det längsta varit hederliga men som börjar betrakta sin egen hederlighet som ett utslag av föga lönande enfald.

Det är givet att en generalklausul i skattelagstiftningen kan komma att minska rättssäkerheten såtillvida att en del skattskyldiga med mycket pengar och stor uppfinningsrikedom (eller uppslagsrika rådgivare) får svårare att förutse de skattemässiga konsekvenserna av olika inkomst- och förmögenhetsdispositioner. Men är det verkligen skäl nog att avstå från lagstiftning när man vet att resultatet av myndigheternas handfallenhet inför skattefifflet är att människor i gemen förlorar sin tilltro till lagarna och rättssamhället? Större effektivitet i samhällets verksamhet – i det här fallet beskattningen – kan vara en nödvändig förutsättning för att bevara eller återvinna respekten för lagarna och därmed ytterst också för att garantera rättssäkerheten.

Det faktum att regeringen Fälldin nummer två nu till sist föreslog riksdagen en skatteflyktslag av fullmaktstyp måste rimligen tolkas som ett senkommet erkännande i princip av det riktiga i denna argumentation. Sedan är det

en sak för sig att vi på socialdemokratiskt håll funnit regeringsförslaget så harmlöst att det inte kan väntas få någon nämnvärd praktisk betydelse.

### **Ett regimskifte – vad som inte hände ....**

Regimskiftet i Sverige 1976 då socialdemokraterna – efter 44 år i kanslihuset – fick lämna regeringsmakten skapade förutsättningar för att testa kritikens hållbarhet och pröva något nytt. Vad hände?

I en debatt i Svenska Dagbladet på senhösten 1978 om facit av den första regeringen Fälldins verksamhet på lagstiftningsområdet kunde jag – i stort sett oemotsagd – slå fast att regeringen under de två år den hade makten inte upphävde en enda av alla de lagar man ondgjort sig över, inte avskaffade några ämbetsverk och inte ens gjorde något allvarligt försök att banta byråkratin.<sup>2</sup>

I debattens elfte timme stack ledaren för ett av de forna koalitionspartierna ut huvudet och försökte försvara den avsomnade regeringens insatser för rättssamhället. Han slog ett slag för den medborgerliga rättigheten att själv ta hand om sina sopor och bedyrade att om regeringen bara fått sitta kvar ett tag till så skulle den ha avskaffat det kommunala sophämtningsmonopolet .... Men mycket mer hade han inte att skryta med.

Ett år senare frågade jag den nye justitieministern i den andra regeringen Fälldin vad han hade för planer för att återställa rättssäkerheten och friheten i det svenska samhället. Fanns det några andra lagar som han tänkte upphäva än det straffsanktionerade förbudet att gå mot ”röd gubbe” som han i intervjuer i samband med tillträdet sagt sig vilja ta bort? Frågan står än i dag obesvarad, och det är – tyvärr – fortfarande straff på att gå mot ”röd gubbe”.

I vissa sammanhang har väl en och annan svensk under de senaste åren haft intrycket att det är Grönköping och inte Stockholm som är rikets huvudstad. Men inte ens i det fridfulla Sverige kan väl frihetens fortbestånd och rättssamhällets vara eller icke vara ha blivit en fråga om sophämtning eller straff för att gå mot ”röd gubbe”. Man får därför rimligen gå vidare i texten och ställa frågan: Vadan denna blygsamhet och försagdhet? Och framför allt: Vadan denna överksamhet?

<sup>2</sup> Att banta byråkratin blev praktisk politik först långt senare och av andra skäl, när budgetunderskott och utlandslån vuxit regeringen över huvudet och ställt landet inför hotet av en ekonomisk katastrof.

En del får kanske skrivas på de demagogiska överdrifternas konto. Allt i den tidigare kritiken var kanske inte så bokstavligt menat.

Dessutom är det väl ofta så att det är två skilda saker att ogilla en lag och att upphäva den. Även den som tycker att det var bättre på den gamla goda tiden när arbetsgivaren kunde "fritt antaga och avskeda arbetare" som det hette i den ryktbara § 32 i Svenska arbetsgivareföreningens stadgar kan ha goda skäl att avstå från att bara brutalt föreslå att lagen om anställningsskydd skall upphävas. I regeringsställning är det nog klokare att ta det lugnt, utreda saken i vanlig ordning och till sist nöja sig med begränsade ändringar i lagen.

Synpunkter som dessa kan bidra till att förklara det till synes oförklarliga. Men de gör inte anspråk på att säga tillnärmelsevis hela sanningen om orsakerna till det enorma gapet mellan ord och handling hos den socialdemokratiska lagstiftningens kritiker.

Svårast att förklara är egentligen att de borgerliga regeringarna inte ens på allvar försökt åstadkomma den uppstramning i fråga om de yttre formerna för lagstiftningen som de tidigare efterlyst.

De borgerliga partierna har alltid sagt sig värna om det svenska utredningsväsendet. Men när det passar dem kör de över utredningar som de själva tillsatt. Så t.ex. offentliggjorde regeringen i februari 1981 planer på vissa förändringar i lagen om anställningsskydd trots att det då bara återstod ett par månader tills anställningsskyddskommittén skulle avlämna sitt slutbetänkande. Vad är det för glädje med parlamentariska utredningar med åtföljande remissbehandling när regeringen bestämmer sig för hur den vill ha det redan innan utredningen och remissinstanserna hunnit säga sitt?

Lagrådet är internationellt sett ett ganska unikt fenomen. Nästan alla andra länder klarar sig utan någon liknande institution. Men i Sverige har de borgerliga partierna alltid slagit vakt om lagrådet som ett slags privilegierad remissinstans och önskat att man skall utnyttja dess sakkunskap inte bara på civil-, straff- och processrättens områden utan också inom förvaltnings- och skatterätten. I princip vill man på borgerligt håll att lagrådsgranskningen av lagförslagen skall vara obligatorisk. Men principer är en sak, verkligheten en annan. I praktiken har det förekommit att borgerliga regeringar även i viktiga lagstiftningsärenden försummat att höra lagrådet. Eller också har man hört lagrådet men struntat blankt i vad det haft att säga trots att rådets ledamöter strikt begränsat sig till frågor och synpunkter som obestriddligen fallit in under lagrådets speciella juridiska kompetens. Så t.ex. slog den första regeringen Fälldin dövörat till när lagrådet upplyste regeringen om att den s.k. villkorlagen – en lag som skulle ge regeringen

möjlighet att förhindra startandet av nya reaktorer tills vissa säkerhetsvillkor beträffande avfallshanteringen var uppfyllda – var överflödig av det enkla skälet att 1956 års atomenergilag redan gav regeringen alla befogenheter den kunde önska sig för att styra utvecklingen på kärnkraftsområdet.

Ett klagomål som återkommit år efter år under långa tider har varit att lagarna brukar träda i kraft för kort tid efter riksdagens beslut. Det fanns nog – det måste medges – ibland ett visst fog för kritiken på den punkten på vår tid. Men inte heller här medförde regimskiftet 1976 någon ändring till det bättre. Snarare tvärtom. Så t.ex. utkom under 1979 en fjärdedel av alla lagar och författningar i svensk författningssamling bara sju dagar eller mindre före ikraftträdandet. Och samma år inträffade det t.o.m. i ett trettiofall att författningen kom ut av trycket först efter det den trätt i kraft.<sup>3</sup> På denna punkt borde vi tvärs över partigränserna göra gemensamma ansträngningar att åstadkomma ett bättre sakernas tillstånd.

### ... och vad som hände

Jag skall inte förfalla till att söka förklaringen till vad som hänt och inte hänt på lagstiftningens område under de år de borgerliga partierna haft ansvaret i enskilda statsråds tafatthet eller brist på kompetens. Det vore alltför enkelt.

Men det finns en annan synpunkt av betydelse som hittills blivit försummad i debatten om lagarna: sambandet mellan regeringens sammansättning och politiska styrka – eller svaghet – och eventuella brister i lagstiftningsarbetet. I det sammanhanget inställer sig frågan vilken betydelse det kan ha om regeringen är en enparti- eller koalitionsregering och om den är en majoritets- eller minoritetsregering.

Svaga regeringar kan betyda färre lagar – om regeringen har svårt att komma överens eller om den har svårt att få igenom vad den vill i riksdagen. Men risken är enligt min mening större att svagheten hos regeringen tar sig uttryck i dåliga lagar. Det finns risk för onödigt brådska, risk för att sakliga skäl får offras på den politiska kompromissens altare och, i fallet minoritetsregeringar, risk att lagarnas innehåll och utformning kommer att bestämmas av riksdagsutskott som saknar både tid och resurser för kvalificerat lagstiftningsarbete.

Det går att hämta illustrationsmaterial till alla dessa teser från de tre borgerliga regeringar som vi haft sedan 1976.

<sup>3</sup> Se Björn Tarras-Wahlberg: Lagstiftning till döds? sid. 48 ff.

Den första borgerliga regeringen var en trepartikoalition vars akilleshäl var en djupgående oenighet om allt som hade med kärnkraft och energiförsörjning att göra. Att denna oenighet kunde resultera i bristfällig lagstiftning har jag nyss gett exempel på (villkorlagen). Den andra borgerliga regeringen var en utpräglad minoritetsregering som under sin korta existens drev med vinden och fick se sina lagförslag omstuvade hur som helst av riksdagen.

Den tredje borgerliga regeringen är återigen en trepartiregering men med bara en rösts majoritet i riksdagen, med svåra ekonomiska problem att ta itu med och med inbördes slitningar som då och då exponeras för allmänheten i massmedia. Den har nyligen slagit ett svåröverträffat rekord i slarvig och dålig lagstiftning. Jag tänker på ändringarna beträffande värdesäkringarna av pensioner m.m. som genomfördes på hösten 1980 i anslutning till regeringens s.k. sparplan.

Tanken bakom ändringarna är att även pensionärerna bör vara med och dela bördorna när den yrkesverksamma befolkningen får sin standard sänkt på grund av att landet råkat in i en ekonomisk kris. Men som de nya reglerna för värdesäkring är konstruerade blir det inte fråga om en tillfällig minskning av pensionerna i proportion till de reallönesänkningar som de yrkesverksamma får finna sig i. Takten och storleken på försämringarna för pensionärerna bestäms i stället av utvecklingen av priserna på olja och annan energi. Även om landets ekonomiska ställning förbättras och lönta-garna skulle lyckas återvinna sina standardförluster skall pensionerna fortsätta att minska — i takt med nominella prisökningar på energi. Det är svårt att betrakta detta som något annat än ett godtyckligt men effektivt sätt att successivt urholka ett pensionssystem i vilket pensionernas värdebeständighet alltid varit ett av de viktigaste elementen.

På grund av att ATP:s teknik för värdesänkning av pensionerna används också utanför socialförsäkringen har de lagändringar som nu gjorts betydelse inte bara för 1,8 miljoner folk- och ATP-pensionärer som får sina pensioner minskade och sin framtida försörjningstrygghet försämrade. De har betydelse också för många andra och i det mest oväntade sammanhang. Men i vilka sammanhang? I vilka lagar och avtal förekommer hänvisningar till värdesäkringsreglerna i ATP? Vilka människor berörs? Och hur? Propositionen iakttog den mest fullständiga tystnad på denna punkt. Det fanns inte heller någon möjlighet för riksdagen att få någon vägledning genom att gå tillbaka till förarbetena i lagstiftningsärendet. De av regeringen föreslagna lagändringarna, som redovisats och motiverades på sammanlagt ett par sidor, hade nämligen inte föregåtts av vare sig utredning, remissbehandling

eller granskning i lagrådet.

Än en gång: jag vill inte skylla försummelser och missförhållanden på inkompetens hos det ena eller andra statsrådet. Däremot vill jag med kraft understryka det uppenbara sambandet i detta fall mellan regeringens svårigheter att komma överens, bristerna i handläggningen och slutproduktens undermålighet. Slutprodukten yxades till en minut i tolv efter svåra slitningar i en regering som var mycket nära att sprängas sönder inifrån. Dessutom tillkom att riksdagsmajoriteten på grund av sin egen bräcklighet och på grund av regeringens bristande popularitet inte kunde, orkade eller vågade ta hänsyn ens till de mest solklart befögade sakinvändningar och göra nödvändiga justeringar i regeringens proposition under utskottsbehandlingen. Prestigeskäl fick ta över allt annat.

Detta enda exempel är enligt min åsikt fullt tillräckligt för att visa att svaga regeringar – och då i all synnerhet svaga koalitionsregeringar – kan vara ett av de allvarligaste hoten mot rättssäkerheten och kvaliteten på lagstiftningsarbetet i ett demokratiskt samhälle som vårt.

### **Kanske inte den bästa av världar, men ...**

Hos konservativt tänkande människor har länge funnits en föreställning att lagar och politik bör hållas isär och att den politisering av lagarna som de anser har förekommit under socialdemokraternas år vid regeringsmakten egentligen är något otillbörligt. "De politiska lagarna är inga riktiga lagar. De representerar ingen riktig juridik" – det är en åsikt som man ofta hört framföras vid middagsborden. De som säger så är människor som vill drömma sig tillbaka till den gamla, goda tiden, då lagarna var uttryck för eviga, oföränderligt giltiga sanningar, då man med sunt förnuft och elementär kunskap om rättsprinciper kunde sluta sig till vad en lag innehöll.

Men det var länge sedan denna bild motsvarade verkligheten – om den någonsin gjort det. Numera borde alla i grunden veta att lagarna är oundgängliga politiska redskap som används för att styra och omvandla samhället efter politikernas intentioner – vare sig det är borgerliga politiker eller socialdemokrater som sitter i kanslihuset. Det borde t.o.m. ha gått upp för oss alla att politiken inte alltid kan hållas borta ens från tillämpningen av lagarna. Hur skulle det gå till att bortse från politiska hänsyn t.ex. när man beslutar i en fråga om lokaliseringen av en miljöstörande industri enligt 136 a § byggnadslagen? Eller när en ansökan om dispens från investeringsförbudet i Sydafrikalagen kommer upp till prövning samtidigt som Sydafrika

torpederar en fredskonferens om Namibia, anfaller ett grannland och skärper förtrycket mot den egna svarta befolkningen?

Den snabba tekniska och industriella utvecklingen tvingar fram fler lagar och förkortar lagarnas livslängd överallt i världens oavsett vilken politisk färg det är på regeringen. Ingen regering kan förbli passiv när ny revolutionerande teknik gör sitt intåg, när industrins strukturomvandling för med sig att hela bygder avfolkas, när djur och växtlighet hotas av föroreningar från industriutsläpp etc. Jag har redan i annat sammanhang antytt att många av de "frihetskränkande" lagarna i praktiken burits upp av mycket stora majoriteter i riksdagen.

Med detta vill jag ingalunda ha sagt att vi trots allt skulle leva i den bästa av världar, att alla existerande lagar är outhärliga, att formerna för lagstiftningen är idealiska eller att inga reformer beträffande lagstiftningsarbetet skulle vara vare sig önskvärda eller möjliga. Jag tror inte på underverk. Men jag tror att det finns vissa ting som bör göras och som borde kunna göras med både den ena och den andra regeringen i kanslihuset.

För det första tror jag att det är angeläget att fortsätta de sent påkomna ansträngningarna att rationalisera den offentliga sektorn och samtidigt, om möjligt, försöka "förmänskliga" byråkratin. Det bör vara en stående bevakningsuppgift som behåller sin prioritet även den dag då budgetunderskotten eventuellt har minskat till rimligare och mindre hotfulla tal.

För det andra tror jag att det ibland hos oss riksdagsledamöter kan finnas en överdriven regleringslusta som man borde försöka komma till rätta med. Att utverka sitt eget lilla förbud, kan för en riksdagsledamot te sig som krönet på en politisk karriär. Slik fåfänga borde kunna tuktas.

För min del är jag inte någon vän av vare sig förbud mot krigsleksaker eller förbud mot att gå mot "röd gubbe". Över huvud taget tror jag att det är klokt att undvika att detaljreglera människors privatliv och kringgärda deras vardag med allsköns förbud som ändå inte går att kontrollera.

Det är möjligt att den obegränsade motionsrätten i den svenska riksdagen uppmuntrar till beskäftiga förslag och onödiga förbudspropåer. Att begränsa motionsrätten är nog inte praktisk politik, men lite självdisciplin inom alla politiska partier skulle kanske kunna hjälpa till att hålla tillbaka en del av de mest tvivelaktiga initiativen.

Däremot måste jag bekänna att jag inte har stor tilltro till de uppslag att minska antalet lagar genom en tyngre och omständligare lagstiftningsprocedur som framförts i den allmänna debatten. Flertalet av dessa uppslag är sådana att man kommer att tänka på de berömda orden: "Man merkt die Absicht und wird verstimmt!"



Under rubriken "Metoder att bromsa lagstiftningstakten" för Björn Tarras-Wahlberg i sin bok om lagstiftningen fram förslag bl.a. om att utvidga lagrådsgranskningen. Han vill också införa krav på dubbel riksdagsbehandling och vilande beslut beträffande "lagstiftning som inskränker näringsfriheten"!

Tarras-Wahlberg gör sannerligen inte mycket för att dölja i vilka avsikter han och Svenska arbetsgivareföreningen är ute. Man skulle höra lagrådet oftare än hittills – inte primärt därför att man har behov att oftare än hittills anlita lagrådets sakkunskap utan därför att det kan vara en metod att fördröja och försvåra lagstiftningen – underförstått lagstiftning som näringslivet inte gillar. Och i samma syfte – men den här gången öppet uttalat – skulle man beträffande vissa lagar införa den omständliga proceduren med vilande beslut. Tarras-Wahlberg vill, efter vad han själv säger, att det skall vara svårt att göra inskränkningar i näringsfriheten. Men, om man får tolka honom efter orden, vill han inte att det skall vara lika svårt att ta bort inskränkningar som redan finns!

Då får jag fråga: Jag antar att Tarras-Wahlberg gärna skulle se att man krävde dubbel riksdagsbehandling och vilande beslut också om en regering skulle komma på t.ex. idén att införa nya begränsningar i arbetsgivares rätt att permittera, säga upp eller flytta om arbetskraft. Men hur vill han ha det om regeringen i stället skulle vilja ändra lagstiftningen i den riktning som arbetsgivareföreningen önskar och ge arbetsgivaren obegränsad rätt att provanställa arbetskraft och att anställa extra arbetskraft?

Det säger sig självt att man inte kan ha regler om sättet för lagarnas tillkomst som är sådana att högerpartier får obegränsade möjligheter att genomföra sin politik när de har regeringsmakten medan ett vänsterparti, när det är i regeringsställning och har majoritet i riksdagen, möter svårigheter att genomföra sin politik på grund av bromsklossar som är inbyggda i grundlagarnas regler om lagstiftningsarbetet. Det vore ett säkert sätt att skada tilltron till demokratin.

Dessutom vet alla att det finns situationer då landets väl och ve kräver ett snabbt ingripande av lagstiftaren. Det kan t.ex. vara fråga om att förhindra samhällsskadliga verkningar av en arbetskonflikt eller att förebygga en samhällsekonomiskt farlig hamstring på grund av en planerad skatteändring. Det lär vara en tämligen hopplös uppgift att försöka förutse vilka lagar som kan komma att behöva stiftas för en brådskande uttryckning i det allmännas intresse i framtida, okända situationer.

Till sist: ändringar i lagstiftningsproceduren som man gör bara för att det skall vara svårare eller ta längre tid att införa eller ändra en lag är, såvitt jag

kan förstå, uttryck för en demokratiskt i princip ganska tvivelaktig förmyndarinställning gentemot riksdagen: Varför vill man beröva riksdagsledamöterna möjligheten att själva bedöma vilka lagar som behövs och hur bråds-kande det är att få dem i kraft?

Jag är medveten om att den sortens kritik drabbar också flera paragrafer i grundlagens rättighetskapitel. Så t.ex. har man avsiktligt gjort det svårt att återinföra dödsstraffet i Sverige. Det kräver två riksdagsbeslut med mellanliggande val. Men då rör det sig inte om ekonomiska ting utan om grundläggande mänskliga rättigheter som det dessutom råder enighet om i svensk politik.

Inför detta nordiska forum kan jag inte underlåta att påpeka att en del av anhängarna av nordisk rättslikhet ibland förefaller mig att vara ute i syften som har släktskap med tankarna bakom förslagen om en omständligare nationell lagstiftningsprocedur. Ibland lär man intrycket att kravet på nordisk rättslikhet förs fram som en metod att försvåra eller fördröja införandet av lagar som vederbörande ogillar. Det tar betryggande lång tid att åstadkomma likalydande paragrafer i fyra eller fem nordiska länders lagar, och man kan vara alldeles övertygad om att inga revolutionerande förändringar kan inträffa om man vandrar den vägen. I och för sig är det ju inte så konstigt om konservativt folk ser detta som en fördel.

Jag är, tvärt emot vad som ibland påstås, för min del en varm anhängare av nordiskt samarbete även på lagstiftningens område. De nordiska länderna har mycket att ge varandra i fråga om erfarenheter, uppslag och idéer. Men jag är inte anhängare av nordisk rättslikhet som självändamål, och ännu mindre någon anhängare av att använda det nordiska lagstiftningssamarbetet som ett sätt att bromsa samhällsutvecklingen i det ena eller andra nordiska landet.

Försök i den riktningen har väl dessbättre inte heller varit särskilt framgångsrika. På min tid i regeringen hände det ett par gånger att vi fick överge mångåriga försök att få till stånd enhetlig nordisk lagstiftning därför att svenska nationella önskemål inte stämde överens med de andra nordiska ländernas ambitioner. Det fall som väckte mest uppscende rörde de nya svenska skilsmässoreglerna som i princip behandlar makar som självständiga personer med rätt att på egen hand fritt avgöra om de vill fortsätta sitt äktenskap eller inte. Domstolen skall inte rota i deras privata förhållanden och försöka fastställa vem som är skuld till söndringen i äktenskapet för att därefter eventuellt döma ut skadestånd. Jag tror inte att det finns många i vårt land i dag som skulle ha föredragit att vi hållit fast vid strävandena efter nordisk rättslikhet och avstått från en modernisering av den svenska äkten-

skapslagstiftningen. Men då det begav sig, i 1970-talets begynnelse, blev jag utsatt för högljudda, harmsna protester både i den svenska riksdagen och i Nordiska rådet. Ibland har jag frågat mig: Tänkte de som då protesterade på att ett tillgodoseende av deras krav på nordisk rättslikhet skulle ha betytt att en massa människor i onödan skulle ha tvingats in i uppslitande, både för dem själva och kanske också för deras barn skadliga skilsmässorättegångar? När det skulle gå ut över många människor bör enligt min mening viktiga reformer i ett nordiskt land inte behöva anstå på grund av en osäker förhoppning att i en oviss framtid kunna åstadkomma likalydande lagar i Norden.

### **Det behövs fortsatt debatt, men en bättre debatt . . . .**

Den debatt vi haft i Sverige under ett antal år om onödiga och dåliga lagar har varit mycket lite konstruktiv. Det har varit en pajkastning där pajerna nu blivit bumeranger som återvänder och träffar pajkastarna i ansiktet.

Den hätska kritiken på sin tid mot den socialdemokratiska regeringens påstådda regleringsiver väckte stora förhoppningar hos konservativt tänkande människor. Storstädning stundade i händelse av regimskifte. Men nu har förhoppningarna bytts i ett de svikna förväntningarnas missnöje.

Efter den första regeringen Fälldins fall klagade en besviken professor i juridik med uppenbar hemvist ute på högerkanten över "den ofattbara orkeslösheten hos denna borgerliga koalitionsregering som lyckades göra så lite av sina dryga två år vid makten".

Professorn hade många meningsfränder. Och jag är rätt säker på att han och hans vänner inte är beredda att ge den andra regeringen Fälldin ett bättre eftermäle.

I och för sig är ämnet frihet, rättssäkerhet och effektivitet i lagstiftningen värt ett bättre öde än pajkastning och billiga politiska gräl. Men då får debatten föras i andra termer än hittills.

"Färre lagar!" är en idiotparoll så länge man inte talar om vilka lagar det är som skall avskaffas eller vilka lagar det är man vill avstå från att stifta i framtiden.

"Bättre lagar!" är en lika tom och meningslös paroll. Man får bekväma sig att diskutera vad det är man vill göra bättre och tala om hur det skall gå till.

Tekniskt tror jag att vi har en hygglig standard på lagarna i Sverige. I kommittéer och departement tjänstgör förträffliga jurister. I stor utsträck-

ning är det samma jurister som på vår tid, och de skriver säkert lika bra lagar nu som då.

När uppfattningarna om vilka lagar som är bra går isär på grund av skilda åsikter om vad frihet och rättssäkerhet innebär eller om vad effektiviteten i samhällsverksamhet kräver, då får vi väl öppet redovisa våra värderingar och argument.

Vi skall då ha klart för oss att vi är inne på en debatt som i huvudsak är politisk och inte juridisk. Men vi skall också ha klart för oss att det är hög tid att avskriva förlegade föreställningar om absolut boskillnad mellan juridik och politik i lagstiftningen och om juridiken som något "finare" än politiker-  
nas hantverk, något som är "obesmittat" av deras tarvliga gräl. Inga människor, inte heller jurister, är opåverkade av politiska värderingar. Men det är sannerligen ingen skam i det. Det gäller bara att inse det.