

# FÖRARBETENAS RÄTTSKÄLLESTATUS - ETT HISTORISKT PERSPEKTIV

Av Richard Nordquist<sup>1</sup>

*Förarbetenas rättskällestatus är en omdiskuterad fråga i den juridiska metodläran. I själva verket är förarbetena den enda rättskälla som öppet eller indirekt blir föremål för kritik, ibland så skarp att man tycks ifrågasätta om förarbetena alls skall ses som en rättskälla. Diskussionen skulle vara betjänt av att kompletteras med ett historiskt perspektiv. Ett sådant perspektiv kan bidra till en ökad förståelse av samspelet mellan lagstiftare och domare; den moderna diskussionen tenderar t.ex. bortse från lagstiftarens helt naturliga strävan att vilja styra rättstillämpningen.*

Är förarbeten en rättskälla? Det beror på vilken jurist man frågar, och från vilken rättsordning. Riktat man frågan till svenska jurister blir svaret sannolikt jakande. Rättsvetenskapsmän, domare, advokater och handläggare, oavsett verksamhet, skulle hävda att lagtext, förarbeten, rättspraxis och doktrin är det material som, i varje fall primärt, är auktoritativt i det juridiska beslutsfattandet. Man hänvisar då till den förenklade rättskällelära som kallas klassisk/sedvanlig/hävdvunnen etc. juridisk metod. Även finska, danska och norska jurister skulle sannolikt hävda att förarbeten är en rättskälla. I icke-nordiska rättsordningar skulle ett sådant påstående tvärtom väcka förvåning. Det innebär inte att förarbeten är ett okänt fenomen för jurister hemmahörande i t.ex. amerikansk, engelsk, tysk och fransk rätt. Däremot skulle dessa jurister ej tillskriva förarbetena den principiellt stora praktiska relevans som själva begreppet rättskälla tycks implicera. Nordiska juristers medgivande av förarbetenas rättskällestatus är i själva verket ett medgivande av rent praktiska omständigheter; de tillämpas så pass regelbundet och systematiskt att denna etikett är nödvändig. Man kan också uttrycka det så att man ur deskriptivsynvinkel, dvs. utifrån iakttagelser av regelbundenheter i juristernas urval av rättskällor, helt enkelt är tvingad att dra slutsatsen att förarbetena är en rättskälla. Skulle man byta perspektiv från ett deskriptivt till ett normativt, och fråga samma jurister om förarbetena också bör vara en rättskälla, är det långt från säkert att svaret skulle bli jakande. I varje fall skulle svaren bli mer varierade, inte minst beroende på vilket rättsområde den enskilde juristen är verksam inom. Vilka belägg finns för detta antagande?

---

<sup>1</sup> Doktorand i rättshistoria vid Juridiska Fakulteten på Stockholms universitet. Avhandlingsämnet är svenska förarbetens utveckling till egen rättskälla.

## FÖRBETESKRITIKEN - ÖNSKAN OM EN NY JURISTROLL ELLER FÖRBISEENDE AV HISTORISKA KRAFTER?

Sedan flera år kan man iakttä en mer eller mindre öppen men likväl regelbundet återkommande kritik mot svenska juristers användning av förarbeten. Kritiken är dock inte alltid lätt att urskilja; den har många olika uttryck. Sällan är kritiken öppen, i meningen att den är explicit riktad mot användningen av förarbeten. När sådan kritik väl förekommer mynnar den ut i en konkret uppmaning åt juristerna att såvitt möjligt sträva efter en mer restriktiv användning av förarbeten.<sup>2</sup> Denna uppmaning tycks vara allmänt representativ för det man kan kalla en förarbetskritik. Oftast är kritiken enbart underförstådd eller indirekt och framträder t.ex. i diskussioner om förhållandet mellan domare och lagstiftare, vilket förvisso är naturligt. Domarna har ett visst mått av frihet att välja om de vill tillämpa förarbeten eller ej; liksom rättspraxis och doktrin är förarbetena inte formellt bindande. Följaktligen får man också anta att domarens utnyttjande av denna valfrihet kommer att tolkas som ett uttryck för antingen en lojalitet mot lagstiftaren, för det fall domaren väljer att tillämpa förarbeten, eller ett mer fritt förhållningssätt, för det fall domaren väljer en annan tolkning. Beroende på vad man anser är ett idealiskt förhållande mellan domare och lagstiftare, kommer man också att inta olika positioner i frågan om förarbetenas ställning som rättskälla. Domarrollen är ständigt föremål för diskussion. Vad gäller just förarbetena blossade diskussionen upp särskilt kraftigt när Sverige blev medlem av Europeiska Unionen. Man började då uttala förutsägelser om att EU-rätten oundvikligen skulle påverka den svenska rättskällevärdet och, kanske på sikt, medföra en förändring av domarrollen. En närmast självklar följd var att förarbetena skulle minska i betydelse, för att så småningom helt förlora sin roll som rättskälla:<sup>3</sup>

”Att lagförarbetena kommer att minska i betydelse som rättskällefaktor i och med anslutningen till den Europeiska Unionen står enligt min mening utan tvivel. [...] Allt eftersom den rättsliga integrationen med övriga Europa ökar kommer ... lagförarbetenas roll i rättstillämpningen att successivt spela ut sin roll.”

---

2 Se t.ex. Bratt, Percy & Tiberg, Hugo, Domare och lagmotiv, SvJT 1989, s. 407.

3 Rosén, Jan, De svenska lagförarbetenas vara eller inte vara som rättskälla - effekter av Sveriges anslutning till Europeiska Unionen, SvJT 1996, s. 259.

Det är inte möjligt att inom ramen för denna betraktelse granska eller ens räkna upp de argument som anförs till stöd för dessa förutsägelser. Man kan kort nämna att de utgår från att EU-rätten tillämpar en i jämförelse med svensk juridik radikalt annorlunda rättskällelära, där t.ex. allmänna rättsprinciper spelar en betydligt större roll än förarbeten. En sådan rättskällelära måste på sikt också påverka den svenska juridiken. Exakt hur denna påverkan skulle gå till får sägas vara oklart.

Hur väl motsvarar då dessa förutsägelser den reella utvecklingen? Det är trots allt 16 år sedan Sverige inträdde i EU. Därtill kommer eventuell påverkan från rättspraxis i Europadomstolen. I de allmänna betraktelser av den svenska domarrollen, som då och då publiceras, både av domare och rättsvetenskapsmän, framförs påståenden med den innebörden att förarbeten, faktiskt, har en betydligt mindre roll för svenska jurister idag än för några decennier sedan, och att betydelsen fortsätter minska.<sup>4</sup> Stämmer det? Det är påfallande att dessa betraktelser sällan understöds med hänvisningar till t.ex. rättspraxis. Det existerar tyvärr inga mer omfattande undersökningar av användningen av förarbeten i svenska domstolar från senare år. I brist på sådana kan man tills vidare nöja sig med en enkel kvantitativ översikt, som under alla omständigheter torde upplysa vartåt tendensen pekar. Hur ofta har förarbeten åberopats i t.ex. Högsta domstolens rättspraxis om man jämför 1980-talet och 2000-talet, enligt NJA? Under åren 1985-1988 åberopades förarbetsuttalanden i 43 procent av de refererade fallen. Under åren 2004-2008 åberopades förarbeten i 65 procent av fallen, således en ökning med 22 procentenheter. Det är förstås tvivelaktigt vilka slutsatser man kan dra av en sådan översikt. Ökningen kan delvis förklaras med att Högsta domstolens argumentation har förändrats i riktning mot en mer öppen stil. Dessutom säger undersökningen förstås inget om hur förarbetena används, eller om vilken självständig betydelse de har i konkurrens med övriga argument. En slutsats torde dock vara tillåten: Den som påstår att förarbeten blir mindre viktiga i Högsta domstolens rättspraxis har en fortsatt bevisbörd för det påståendet.

Det ökade åberopandet av förarbeten är förstås inget bevis för att svenska juristers argumentationsvanor inte har förändrats, särskilt på rättsområden där t.ex. EU-rätten och Europadomstolens praxis är framträdande. Men jämför man å ena sidan de ovan nämnda kategoriska förutsägelseerna om förarbetenas

---

4 För en samling uppsatser om domarrollen, se SvJT 2004, häfte 3, Rättsbildning i ny miljö - hur har domstolarnas roll och betydelse förändrats? Förarbetenas påstått minskande betydelse som rättskälla är ett återkommande tema i flera bidrag.

snara död, liksom påståenden om faktiska förändringar, som ej understöds empiriskt, med å andra sidan den praktiska verkligheten för svenska jurister, vågar jag påstå att dessa förutsägelser har kommit på skam. Detta glapp mellan förment objektiva förutsägelser och den konkreta verkligheten gör att man kan tolka förutsägelseerna som kamouflerade önskemål. Även om förarbeten inte minskar i betydelse som rättskälla, borde de göra det, eftersom det är önskvärt. Man använder således EU-rätten, och för den delen andra utländska rättsordningar, som inspirationskällor, i förhoppningen att en ny juristroll på sikt skall utvecklas, där svenska jurister intar en mer självständig position i förhållande till lagstiftaren.<sup>5</sup>

På vilket sätt är detta ett ifrågasättande av förarbetenas rättskällestatus? Ingen har, såvitt jag vet, hittills hävdad att förarbetena ej borde ses som en rättskälla, eller ens att man kategoriskt skall avstå från förarbeten. Men utifrån antagandet att det faktiskt är graden av användning som motiverar förarbetenas rättskällestatus, måste man se det som att kritiken mot denna användning också, indirekt, representerar ett sådant ifrågasättande. Om man konstaterar att förarbetena är en rättskälla på den grunden att de används tillräckligt regelbundet, och samtidigt hävdar att denna användning borde reduceras, bli mer kritisk, eller reserveras enbart för s.k. svåra fall, ligger den slutsatsen nära till hands, att man också ifrågasätter om förarbetena verkligen skall ses som en rättskälla. Ett annat argument som talar för den tolkningen är att kritiken ofta har en mycket rättsfilosofisk eller -ideologisk karaktär, och nästan aldrig beaktar de praktiska konsekvenserna. Kritikerna tycks utgå från att, i domarens val mellan ovan nämnda lojalitet mot lagstiftaren och ett mer fritt förhållningssätt, det senare är att föredra. De tycks dessutom utgå från att alla jurister, innerst inne, delar den uppfattningen, oavsett konsekvenserna. Hävdar man t.ex. att förarbetsuttalanden i större utsträckning bör ersättas av allmänna rättsprinciper som normgrund för lagtolkningen, utan att samtidigt beakta att domarna då skulle erhålla ett större utrymme för egna ställningstaganden (jag antar att rättsprinciper ger juristerna ett större tolkningsmandat än svenska förarbetsuttalanden, oavsett om det är rättspolitiska syften eller konkreta tolkningsförslag), måste man otvivelaktigt tolka kritiken som ett angrepp på förarbetenas rättskällestatus, eftersom man då väljer att bortse från de negativa följder en sådan förändring skulle få för t.ex. den formella rättssäkerheten.

5 Undertecknad är inte först med den tolkningen: "[man] kan ... ifrågasätta doktrinen sätt att utnyttja EG-rätten som ett medel för att föra fram rättspolitiska ståndpunkter i den livliga ... debatt som pågår om förarbetenas ställning i den svenska rätten.", Öberg, Ulf, Några anteckningar om användningen av förarbeten inom gemenskapsrätten, JT 2000/01 nr. 2, s. 507.

Vad kritiken egentligen syftar till kan inte behandlas inom ramen för den här betraktelsen. Intressant är dock att kritiken är ett unikt uttryck för ett starkt ifrågasättande av en synnerligen djupt rotad vana hos svenska jurister, och att denna kritik hittills inte har haft någon inverkan på den juridiska praktiken. Däremot är det värt att försöka förstå hur kritiken har uppstått. Lika mycket är det värt att förstå varför förarbetena alls har blivit en rättskälla i Sverige. En rimlig tolkning är att kritikerna underskattar de historiska drivkrafter som styr lagstiftarens och domarnas arbete, och att man till följd av denna underskattning också bortser från förarbetenas särart som rättskälla. Detta är i sig ett argument för att komplettera dagens diskussion med ett historiskt perspektiv.

## FÖRARBETENAS FRAMVÄXT SOM RÄTTSKÄLLA - ETT SAMSPEL MELLAN DOMARE OCH LAGSTIFTARE

Vilka drivkrafter styr domarens beteende och vägleder henne eller honom till vissa rättskällor? Ett givet svar är det krav på en likformig och förutsägbar rättstillämpning som tycks närmast inbyggt i normativiteten som sådan; varje rättskälla som bidrar till kunskapen om gällande rätt och ingår i det juridiska beslutsfattandet får antas bidra till en precisering och inskränkning av den enskilde juristens beslutsutrymme. Därtill kommer kravet på processekonomisk effektivitet. Man behöver inte förvånas över att jurister nöjer sig med att tillämpa en på förhand uttänkt lösning på ett problem i lagtolkningen, som hämtas från förarbetena, istället för att under tandagnisslan och osäkerhet tänka ut en egen lösning. Detta kräver förvisso att förarbetena verkligen tillhandahåller en lösning, vilket inte är självklart. Men själva den grundläggande benägenheten hos jurister att uppsöka och använda förarbeten, oavsett vad förarbetena innehåller, och oavsett i vilken utsträckning och hur de sedan används, tycks vara gemensam för jurister i vår egen tid och jurister som var verksamma för flera sekler sedan. Detta bekräftas framför allt av 1800-talets rättsutveckling. Trots att det är oklart när förarbetena egentligen blev en rättskälla, är det tydligt att 1800-talet är den period då förarbetena först adresseras som ett eget problem i den juridiska teoribildningen, vilket väl får tolkas som att förarbetena då i varje fall hade utvecklats till en så pass betydelsefull normkälla att juristerna måste ta ställning till den. Det yttrade sig i debatten om s.k. subjektiv eller objektiv lagtolkning; en debatt som är en

slående parallell till den i dagens förarbetskritik väckta frågan om valet mellan t.ex. förarbeten eller allmänna rättsprinciper som grund för tolkningen.<sup>6</sup>

Utifrån den situation juristerna stod inför under 1800-talet är denna utveckling begriplig. Hela 1800-talet innebar en period av teoretisk omorientering inom juridiken, samtidigt som samhällets krav på rättstillämpningens kvalitet och effektivitet ökade dramatiskt. Å ena sidan mönstrades naturrätten ut ur den juridiska metodläran och upphörde att vara ett praktiskt alternativ, inte bara som rättskälla utan också som grund för lagtolkningen. Å andra sidan präglades samhället av en tilltagande politisk och ekonomisk integration, vilket fick t.ex. handelslivet att ställa krav på en mer likformig och förutsebar rättstillämpning. Man får anta att juristerna därför hade anledning att i högre utsträckning än förut tillgripa ett nytt hjälpmedel i lagtolkningen, som kunde bidra till att uppfylla dessa krav.

Här är det nödvändigt med ett perspektivbyte, från domare till lagstiftare. 1800-talet innebar inte enbart att nya krav ställdes på juridiken, utan också att förarbeten började framställas och tillgängliggöras med större regelbundenhet än förut. Orsakerna till det är inte fullständigt klara, men i forskningen har det föreslagits att de folkvalda parlamentens allt mer framträdande roll i lagstiftningsprocessen under 1800-talet bl.a. fick till följd att kommittéer och utskott, som hade i uppdrag att formulera lagförslag, blev tvungna att motivera sina förslag på ett mer utförligt sätt än förut, inte minst eftersom dessa förslag blev föremål för en offentlig diskussion.<sup>7</sup> Ett större inslag av offentlighet i lagstiftningsverksamheten, samtidigt som behovet av lagstiftning ökade, fick i sig till följd att också förarbetena tog ett stort steg framåt, både kvantitativt och kvalitativt. Det är inte alls säkert att lagstiftaren till en början föreställde sig att förarbetena kunde användas aktivt som ett verktyg för att styra rättstillämpningen. Snarare har det rört sig om en omedveten utveckling, helt betingad av praktiska krav. Inte heller tycks juristerna ha uppfattat förarbetena som ett onödigt eller ovälkommet intrång i verksamheten; man tycks entusiastiskt ha tillgripit förarbetena som ett hjälpmedel (bortsett från ovan nämnda diskussion om subjektiv eller objektiv lagtolkning). Exakt vilken

6 Se t.ex. Schröder, Jan, *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methode vom Humanismus bis zur historischen Schule*, München 2001, s. 224f.; Björne, Lars, *Brytningstiden. Den nordiska rättsvetenskapens historia. Del II 1815-70*, Lund 1998, s. 348.

7 Se t.ex. Mertens, Bernd, *Gesetzgebungskunst im Zeitalter der Kodifikationen. Theorie und Praxis der Gesetzgebungstechnik aus historisch-vergleichender Sicht*, Tübingen 2004, s. 123; Strömholm, Stig, *Rätt rättskällor och rättstillämpning*, 5:e uppl., Stockholm 1996, s. 359.

praktisk betydelse förarbeten verkligen hade under 1800-talet är dock en fråga som aldrig har blivit utredd.

Vid ett visst tillfälle i historien är det dock sannolikt att den svenske lagstiftaren fullt medvetet har övergått till att betrakta förarbetena inte blott som en mer eller mindre omedvetet framställd historisk restprodukt, utan som ett effektivt styrinstrument, och som ett subsidiärt komplement till själva lagtexten. När detta skedde är oklart. Idag är detta emellertid den vanligaste förklaringen till varför förarbetena har den stora praktiska betydelse de har för svenska jurister; lagstiftaren framställer förarbeten i den medvetna avsikten att dessa skall styra och påverka lagtolkningen. Man formulerar kortfattade lagtexter, i full visshet om att juristerna ändå konsulterar och beaktar förarbetena. Detta perspektiv har nästan helt fallit bort ur förarbetsdiskussionen. Särskilt i ovan nämnda kritik mot förarbetenas rättskällestatus är det påfallande att förarbetena alltid betraktas ur domarens perspektiv, med den något naiva utgångspunkten att domaren gärna skulle välja bort förarbetena, under inflytande av t.ex. vissa impulser från rättsordningar där förarbetena är mer frånvarande, utan hänsyn till att lagstiftaren, inom de gränser som sätts av konstitutionen, faktiskt har ett naturligt intresse att så vitt möjligt styra rättstillämpningen, och alls inte överlåta ett för stort spelrum åt domarna. Även på denna punkt kan man urskilja ett släktskap mellan dagens förarbeten och en äldre historisk tradition, som erhöll ett uttryck i det s.k. lagförklaringsinstitutet, vilket utvecklades redan i den senantika romerska rätten. När domaren ställdes inför svåra fall eller luckor i lagen under t.ex. 1600- och 1700-talen var domaren skyldig att be lagstiftaren om en s.k. förklaring av rätten. Möjligen är det så man skall betrakta svenska förarbeten idag. De är blott ett mer effektivt och mindre tungrott styrverktyg som gradvis har vuxit fram, inte bara som en följd av lagstiftarens behov och vilja att styra, utan också som en följd av juristernas benägenhet att foga sig, sannolikt med hänvisning till det ständigt närvarande kravet på formell rättssäkerhet. Hur denna benägenhet skall värderas, med hänvisning till andra faktorer än just detta krav, torde vara en rättsfilosofisk eller -ideologisk fråga utan nämnvärd praktisk relevans. 