

vi acceptera sådana förhållanden om offren varit andra än offer för hemmavåldet? En domare i Stockholmstrakten misshandlade sin sambo så svårt att han döms till fängelse men får ändå behålla sitt arbete. Skulle han ha fått fortsätta att vara domare om han misshandlat någon utomstående?

Den fråga vi bör ställa oss är denna: ska vi verkligen inlåta oss på någon värdering av människoliv med hänsyn till »samhällsnyttan»? Till Hjalmer's vill jag replikera: om vi ska ha kategorisering av offren, varför sätter vi då inte kvinnorna i en extra skyddsklass? Så gjorde man i en del äldre lagar.

Slutligen kan jag inte underlåta att notera att Bolding och Hjalmer's, som är jurister, båda ivrigt försvarar ordningen med lekmannadomare och ser dessa som garantier mot allehanda missförhållanden i den juridiska världen, samtidigt som de inte säger ett ord om att dessa missförhållanden kunde åtgärdas på annat sätt. Men det går att upprusta och förändra juristutbildningen! Det går att få kunniga och samhällsengagerade domare! Om den politiska viljan finns. Och om rättssäkerheten får kostal!

I min artikel framhöll jag att nämnden som den nu fungerar är ett brott mot svensk rättstradition. Vi har aldrig haft en oansvarig nämnd. Förr fungerade också nämnden som ett bevismedel: man intygade att den anklagade var skyldig och den kunskapen kunde man ha fått på många sätt. Enligt nu gällande lag ska domarna döma enbart på vad som framkommer under rättegången. Vi anser att det är ett elementärt rättssäkerhetskrav att den anklagade ska ha möjlighet att bemöta alla påståenden som görs i hans sak. Men hur många nämndemän känner till att om de vet något av betydelse i målet, så är de skyldiga att frånträda som domare och framträda som vittnen istället? En vanlig uppfattning bland folk i allmänhet är i varje fall, att vitsen med nämndemännen just är deras kännedom om lokala förhållanden. Men denna sammanblandning av vittnesrollen och domarrollen är oförenlig med vår nuvarande rättegångsbalk! Det är alltså enligt min mening mera fråga om ett rent systemfel än om rättsröta i ett annars bra system, vilket den redaktionella titeln på min förra artikel kunne ge intryck av.

#### FORFATTEROPLYSNINGER

Elsa Sjöholm, docent, Skogsbogatan 18, S-793 00 Leksand.

# Aids og retten til arbeid

## Noen kommentarer til dommen i den såkalte Henki Hauge Karlsen-saka

Av Harald Stabell

### Bakgrunn

Henki Hauge Karlsen (29 år) ble ansatt som barkeeper i pianobaren i restaurant Papillon i Fredrikstad den 17. mai 1985.

Han arbeidet deltid med ca. 25-26 timer pr. uke. I baren ble det servert øl og vin.

Ingen har hatt noe å utsette på Henkis arbeid som barkeeper. Forholdet til både kolleger, publikum og overordnede var godt og han ble betegnet som flink og sympatisk. Disse forholdene er ikke bestridt av bedriften.

I november 1985 ble Henki gjennom Oslo Helseråd gjort kjent med at han var HIV-positiv.

Umiddelbart etter at Henki hadde fått denne beskjednen, underrettet han bl.a. overordnede og kolleger på restauranten.

Bedriften tok dette opp i styremøte, og konkluderte med at Henki ikke kunne fortsette som barkeeper på grunn av mulig smittefare.

Henki ønsket imidlertid å fortsette i sin jobb som barkeeper, og bedriftens tilbud om annet arbeid var ikke aktuelt for Henki da dette innebar et helt annet arbeid.

Henki ble etter dette avskjediget fra sin stilling, dvs. at han måtte fratre med øyeblikkelig virkning, men han mottok lønn ut året 1985.

I midten av januar tok Henki gjennom sin advokat ut stevning mot bedriften, med krav om at avskjedigen skulle kjennes ugyldig. Hovedforhandling i saken ble avholdt ved Sarpsborg byrett i slutten av januar 1987.

### Partenes anførsler

Henki Hauge Karlsen har i det vesentlige anført at det ikke forelå noen hjemmel for avskjedigelse. Han ble fast ansatt fra 16.5.1985 uten noen prøvetid, og han ble avskjediget på dagen ved brev av 27.11.1985. Han gav beskjed til

sin arbeidsgiver så snart han fikk kjennskap til at han var HIV-positiv. Han har tatt sine forholdsregler og mener at han ikke representerer noen smittefare. HK bestred at det forelå noe grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold, og han krevde at avskjeden skulle kjennes ugyldig.

HK mente at det ikke forelå noen grunn til å bestemme at arbeidsforholdet skulle opphøre etter arbeidsmiljølovens § 66 nr. 4, 2. punktum. Han fortsatte i arbeidet et par uker etter at utfallet av HIV-testen var kjent på Papillon, inntil han ble nektet å komme tilbake. Han merket ingen frykt hos arbeidskameratene, og det var ingen fare for at Papillon skulle miste kunder.

HK bestred også at det forelå vilkår for saklig oppsigelse i.h.t. aml. § 66 nr. 4, 3. punktum, jfr. § 60. Det var ikke noe å utsette på hans arbeid i Papillon, og han frembød ingen smittefare. Det var heller ikke dokumentert noen nedgang i omsetningen p.g.a. hans tilfelle. Hvis HK hadde vært syk, ville han hatt oppsigelsesvern etter aml. § 64. Det ville derfor vært urimelig om han skulle kunne sies opp p.g.a. smitte med HIV-virus. Arbeidsgiveren burde i dette tilfellet forsøkt å legge forholdene til rette i.h.t. aml. § 13 nr. 2 og ikke la seg lede av fordommer og hysteri, men Papillon har ikke gitt HK noe reelt tilbud om annet arbeid.

HK krevde å få stå i stillingen i henhold til aml. § 66 nr. 3 inntil saken var endelig avgjort. Han krevd dessuten erstatning i henhold til aml. § 66 nr. 5. Han så saken som en prinsipp sak, og han reagerte sterkt på Papillons holdning og saksbehandling. Han mente at den kunne medføre et yrkesforbud for HIV-smittede.

HK nedla slik påstand:

- »1. Restaurant Papillon A/S' avskjedigelse av Henki Hauge Karlsen' av 27.11.85 kjennes ugyldig.
2. Henki Hauge Karlsen tilkjennes erstatning av Restaurant Papillon A/S, fastsatt etter rettens skjønn, begrenset oppad til kr. 250.000.
3. Henki Hauge Karlsen gis rett til å stå i sin stilling ved Papillon A/S inntil saken er rettskraftig avgjort.
4. Papillon A/S erstatter det offentlige sakens omkostninger.«

Papillon A/S har i det vesentlige gjort gjeldende at HK var ansatt på prøve fra 16.5.85, og at han ble muntlig oppsagt før prøvetiden var ute. Det var vanlig med ansettelse på prøve ved Papillon, og Papillon har ikke forandret kontraktsformularen for HK.

Papillon anførte at brevet av 27.11.85 var ment som en oppsigelse og ikke en avskjedigelse på dagen. HK fikk fortsette i arbeidet noen dager etter at han hadde fått muntlig oppsigelse, og han fikk lønn til 31.12.85.

Papillon hevdet at oppsigelsen var begrunnet både i HK's og arbeidsgiverens,

samt virksomhetens forhold. De ansatte var redde for smittefare ved blod på glasskår o.l. i baren, og et par av de gikk straks og tok HIV-test. Forholdet ble fort kjent i byen, og noen av kundene reagerte. Det var mange restauranter i Fredrikstad, og konkurransen var skarp. Økonomien var anstrengt, og hvis kundene holdt seg borte, ville Papillon bli nødt til å stenge. Alle arbeidsplassene ville da gå tapt. HK var ikke sykmeldt, og oppsigelsesvernet i aml. § 64 kom derfor ikke til anvendelse.

Papillon mente å ha oppfylt sine plikter som arbeidsgiver etter aml. § 13 nr. 2. HK ble tilbudt annet arbeid, men var ikke interessert. Papillon hevdet også at saksbehandlingen hadde vært betryggende. HK og de andre ansatte fikk anledning til å uttale seg, og spørsmålet om å si opp HK ble behandlet i flere møter. Det ble også forsøkt å få opplysninger om smittefaren både fra helserådet og legehelse.

Papillon mente derfor at oppsigelsen må opprettholdes, og at det ikke er noen hjemmel for å kreve erstatning etter aml. §62, 2. ledd eller § 66 nr. 5. Subsidiært måtte arbeidsforholdet under enhver omstendigheter ansees opphørt etter aml. § 62, 1. ledd jfr. § 66 nr. 4, 2. punktum. Noen grunn til å ta HK inn i arbeidet midlertidig etter aml. § 66 nr. 3 forelå ikke.

HK hadde selv gått ut med saken, og han har gjort lite for å skaffe seg annet arbeid. Han hadde en kortvarig deltidsjobb på Papillon, og hans økonomiske tap har vært minimalt. Saken var overdimensjonert, og et eventuelt erstatningsansvar måtte lempes etter skadeserstatningslovens §5-1 og § 5-2.

Papillon nedla slik påstand:

- »1. Restaurant Papillon A/S frifinnes.
2. Hvis brevet av 27. november 1985 fra restaurant Papillon A/S til Henki Hauge Karlsen av retten betraktes som en oppsigelse, jfr. arbeidsmiljøloven § 66 nr. 4 i.f.
3. Hvis avskjeden/oppsigelsen kjennes ugyldig: Arbeidsforholdet mellom restaurant Papillon A/S og Henki Hauge Karlsen opphører slik at Henki Hauge Karlsen må fratre sin stilling som barkeeper i firmaet, jfr. arbeidsmiljølovens § 62, 1. ledd, jfr. § 66 nr. 4.«

## Domsresultatet

Dommen gir Henki medhold i at såvel avskjeden som oppsigelsen var usaklig og derved ugyldig.

Avskjeden avviser retten uten begrunnelse, da den finner den klart uholdbar.

Rettens begrunnelse for at heller ikke oppsigelsen kan være saklig, er at be-

driftens saksbehandling »etterlater tvil om styret i Papillon har bygget på et riktig faktum og foretatt en forsvarlig vurdering...« Det siktes her til at den frykt som først var til stede blant de ansatte »synes å ha fortatt seg ganske fort«, og at det heller ikke var blitt tid til å observere reaksjoner blant publikum da saken ble »behandlet såvidt raskt«. Som det lakonisk heter i premisse- ne: »Styret i Papillon kunne nok med fordel ha sett tiden noe an.«

Retten tar ikke standpunkt til det generelle spørsmålet om en smittefrykt blant publikum kan berettigede oppsigelse, selv om frykten ikke er saklig be- grunnet. Dette begrunnes med at man er kommet til at oppsigelse i dette konkrete tilfellet »ikke var tilstrekkelig saklig begrunnet«.

Sarpsborg byrett har etter min mening truffet en riktig juridisk avgjørelse i spørsmålet om avskjeden og oppsigelsens saklighet.

Resten av domsslutningen mener jeg er gal.

Retten har nemlig konkludert med at Henki likevel ikke får komme tilbake til sitt arbeid i pianobaren. Retten begrunner sitt standpunkt ved å påpeke føl- gende forhold: »Det er gått lang tid«, »saka har vakt oppstyr«, »man kan risi- kere ny oppsigelsessak«, »for Henki har det vært en kortvarig deltidsjobb«, »han har tidligere arbeidet i forskjellige yrker«, »han har sett dette som en prinsippsak«, og sist men ikke minst: »det kan vel være tvilsomt om det er i hans egen interesse å forsøke å komme tilbake til Papillon«.

De fleste av disse argumentene er rettslig sett irrelevante i denne sammen- heng. At det er gått lang tid, og at saken har vakt oppstyr, kan ikke lastes Hen- ki, og må tillegges minimal betydning. Rettens omsorgsfulle bemerkning om at det neppe er i hans egen interesse å komme tilbake, er dessuten oppsikt- svekkende usaklig. Når han først har tatt den store belastningen det er å reise en slik sak med krav om å få beholde jobben, kan selvsagt ikke retten tvile på hans interesse i så måte.

Arbeidsmiljølovens hovedregel er at når avskjed/oppsigelse kjennes ugyl- dig, består arbeidsforholdet og har gjort det hele tida. Bare »i særlige tilfeller« når »det vil være åpenbart urimelig« at arbeidsforholdet fortsetter, »vil retten kunne gi dom for opphør« (aml. § 62).

Etter lovens forarbeider skal dette bare kunne skje rent unntaksvis. En slik situasjon foreligger ikke i denne saken. Henki har gjort jobben sin utmerket, og det er ikke dokumentert at de øvrige ansatte ikke vil ha han tilbake. Det er dessuten dokumentert at han ikke utgjør noen risiko for smitte verken over- for ansatte eller publikum.

Det er imidlertid viktig å gjøre oppmerksom på at domstolene har vært til- bøyelig til å praktisere fratredelse nærmest som en hovedregel, når arbeids- giver har påstått dette. Det gjelder særlig saker hvor oppsigelsen har vært be- grunnet i samarbeidsproblemer eller andre konflikter mellom den oppsagte og kolleger/overordnede.

Jeg mener derfor at domstolene ikke har vært og er lojal overfor lovgiver og lovtekst ved i for stor grad å gi dom for fratredelse til tross for at oppsigel- sen blir kjent ugyldig. Dette aktualiserer spørsmålet om det ikke bør kreves en lovendring på dette punkt.

Endelig har retten fastsatt Henkis fratredelse til 31.12.86 uten at bedriften hadde nedlagt påstand om dette. Henki har derved ikke fått økonomisk kom- pensasjon for det tap han har lidt ved ikke å ha vært i arbeid fra dette tids- punkt og fram til domsavsigelsen.

Dette er heller ikke holdbar juss. I henhold til både lovtekst, rettspraksis og teori er det klart forutsatt at ved ugyldig oppsigelse skal det gis erstatning for økonomisk tap, ihvertfall fram til domstidspunktet. Dersom retten beslutter fratreden kan dette bare skje etter domstidspunktet. Det vil da være vanlig også å utmåle en viss erstatning i tap i fremtidig erverv.

Henki har hverken fått erstatning for lidt økonomisk tap eller tap i fremti- dig erverv. Han har bare fått erstatning for ikke-økonomisk skade.

Dommen fra Sarpsborg byrett vil ikke bli rettskraftig, da Henki har anket saken inn for Eidsivating lagmannsrett.

#### FORFATTEROPPLYSNINGER

Harald Stabell, advokat, Møllergt. 12, IV, 0179 Oslo 1.