

Om värderingars roll i rättstillämpningen¹

Av professor ROBERT PÅHLSSON²

1. Inledning

Det finns i svensk och delvis i övrig nordisk juridisk tradition en föreställning om att värderingar inte hör hemma i juridiken, att värderingar inte behövs ens för att lösa "the hard cases", det vill säga sådana gränsdragningsfall som man kanske inte förutsåg när lagen skrevs, och där regelverket sätts på prov. Mer konkret innebär denna föreställning att lagtolkning och applicering av lagens ord på verkligheten, kort och gott användning av lagen, kan ske på ett mekaniskt sätt, utan att man behöver välja mellan olika lösningar, och utan bruk av den egna förmågan till värdebaserade ställningstaganden. Nuförtiden är juristernas sätt att se på sin verksamhet visserligen avsevärt mer nyanserat, eller åtminstone varierande, men idén om att det alltid finns ett enda korrekt svar på en juridisk fråga, och att detta svar praktiskt taget kan deduceras fram med hjälp av korrekt användning av rättskälleläran lever också kvar hos många.

En viktig anledning till denna syn på juridiken som en "riktig" vetenskap, där fakta och värden hålls strängt åtskilda, är den s.k. Uppsalaskolans inflytande på nordiskt filosofiskt och politiskt tänkande. Det har skrivits väldigt mycket om dessa tankegångar, och jag tänker inte försöka tillföra något nytt, endast säga något om deras relation till svensk juridik. Inom Uppsalaskolan, företrädd av bland andra Axel Hägerström, menade man att värderingar inte har något sanningsvärde. I stället får värderingar ses som åsikts- eller känslöytringar, eller som uppmaningar. Tillämpat på juridiken innebar detta, att man måste skilja mellan vad lagen säger, och vad man själv anser att lagen borde säga. Detta sista är väldigt klokt. Men det finns ett problem: Det som jag vill att lagen ska säga, det väger jag också in, medvetet eller omedvetet, när jag tolkar lagen.

Uppsalaskolan måste naturligtvis bedömas i ljuset av sin tid. För Hägerström var boskillnaden mellan värden och kända fakta ett uttryck för frigörelse. Om lagstiftningen kunde befrias från kravet att följa traditionella och konserverande 1800-talsvärderingar, så kunde

¹ Denna artikel bygger på ett föredrag som jag höll vid ett möte med Föreningen för utgivande av Svensk Juristtidning i november 2005. Föredraget byggde i sin tur på två av texterna i min essäsamling *Hunden klockan tre och fjorton*. Rapport från juridikens tankevärld. Iustus förlag. Uppsala 2005.

² Professor i handelsrätt med inriktning mot skatterätt vid Handelshögskolan, Göteborgs universitet.

man använda lagen för att kraftfullt motverka fattigdom och vad man uppfattade som orättvisor. Detta öppnade för den demokratisering och reformering av det svenska samhället som kännetecknade större delen av 1900-talet, med dess hängivenhet för det som kallats social ingenjörskonst.

Men Hägerströms synsätt kom att vantolkas av den konservativa juristkåren, vilken inte nödvändigtvis delade de målsättningar och värden som välfärdsstaten byggde på. När Uppsalaskolans radikala syn inlemmades i en rättspositivistisk tradition, kom man att se domarens arbete som en objektiv användning av de fastställda reglerna på nya fall, där tolkningen som sagt blev en del av den mekaniska intellektuella operationen. Och så bekräftades föreställningen om att det finns ett enda korrekt svar på de flesta juridiska frågor, och att detta svar kan hittas om man på ett korrekt sätt följer rättskälleläran.

Problemet är egentligen mycket stort, och det är inte bara hänförligt till juridikens värld. Samma föregivna värderingsfrihet präglar idag tyckarsofforna i TV, där exempelvis nationalekonomer för inte så länge sedan, som absoluta sanningar framställde sina egna uppfattningar om huruvida Sverige borde införa euron eller ej. Samhällsvetenskapliga slutsatser får idag stort, och ibland även okritiskt förtroende. Samhällsvetenskaperna kan liknas vid en religion för de sekulariserade. Rader av undersökningar har visat att det är universitetens människor som åtnjuter störst förtroende i samhället, därmed överträffande såväl kyrkor som media, politiker och näringsliv.

Det juridiska beslutfattandet består inte bara av lagtolkning i mer inskränkt mening, så som att definiera ett begrepp. Användningen av lagen är något mer, nämligen tolkning av själva verkligheten. Jag ska i det följande visa på hur framträdande värderingars roll kan vara, när ett verkligt fall subsumeras under en rättsregel. Framställningen är koncentrerad till konkreta exempel, verkliga och påhittade, som anknyter till vissa tankemönster, eller intellektuella konstruktioner. Jag diskuterar först kausalitetens och därefter normalitetens roller i rättstillämpningen. Det bör dock direkt sägas att jag avstår från att göra analyser av mer traditionellt rättsteoretiskt snitt.

2. Kausalitetsbegrepp i rättstillämpningen

Även många som inte arbetar med skadeståndsrätt känner säkert till rättsfallet Palsgraf vs. Long Island Railroad Company från 1928. Omständigheterna var bland annat följande. Några män bärande en låda försökte hinna med ett tåg som just satt sig i rörelse. Under ansträngningarna tappades lådan ner på rälsen och slogs sönder, varvid en i lådan förvarad fyrverkeripjäs exploderade. Tryckvågen orsakade en våg som stod på en hylla ett stycke därifrån, att falla till marken och skada Helen Palsgrafs fot.

Det fullkomligt osannolika händelseförloppet kom att vålla många jurister mycket huvudbry. Den skadade Mrs. Palsgraf beslöt sig nämligen för att stämma järnvägsföretaget och kräva skadestånd. Hon förlorade målet. Många jurister har försökt att på ett principiellt sätt förklara varför. En viktig faktor rör naturligtvis frågan om s.k. adekvat kausalitet. Man insåg att det rörde sig om flera samverkande orsaker. Av detta drog man slutsatsen att konsekvenserna var så avlägsna och opåräknliga att det vore orimligt att utkräva ansvar av någon.

Begreppsparet orsak-verkan är helt centralt för juridiken. Detta är visserligen inte rätt plats för en genomgång av den filosofiska diskussion om kausalitet som vid det här laget har pågått i Västerlandet under mer än 2000 år. Jag behöver dock göra ett par korta nedslag för att få underlag för mina fortsatta reflektioner.

När Aristoteles utvecklade sin världsåskådning i Den Nichomakiska Etiken skiljde han principiellt mellan åtminstone fyra olika typer av orsaker; den *materiella*, den *formella*, den *kausala* och den *finala*. För att förklara deras inbördes förhållande använde han det mänskliga skapandet av ett fysiskt föremål. Han tog som exempel bildhuggaren som gör en marmorstaty. Materialet, dvs. marmorn, är den materiella orsaken till statyn. Själva idén om statyn är den formella orsaken. Den kausala, eller *verkande*, orsaken är bildhuggarens arbete med materialet. Den finala orsaken slutligen är hans syfte, själva ändamålet med statyn. Denna klassiska syn på orsakssamband utvecklades på 1200-talet av Tomas av Aquino och skolastikerna. Nu identifierades olika typer av orsakskedjor, såsom primära och sekundära orsaker, samt närliggande och avlägsna orsaker.

Med den här bakgrunden blir det än mer intressant att studera vilken innebörd och betydelse kausalsamband har på juridikens olika områden. Jag ska ta tre exempel och visa att det faktiskt ser ganska olika ut. Det första är hämtat från skadeståndsrätten. Därefter följer straffrätten, och sist skatterätten.

För att någon ska bli skyldig att betala skadestånd krävs, förutom vårdslöshet, i regel att han varit verkande orsak till en skada. Man kan ta exemplet med en bilförare som kör på en fotgängare. Bilföraren är verkande orsak till olyckan, och kan räkna med att få ta hela ansvaret om han varit vårdslös vid körningen. Däremot kommer normalt inte de personer som på olika sätt varit inblandade i konstruktionen och

distributionen av bilen, till exempel ingenjörer, bilbyggare och bilförsäljare, att kunna hållas ansvariga. Deras tankar och handlingar kan visserligen, enligt Aristoteles och Tomas modeller, betraktas som exempelvis materiella och formella orsaker. Men den skadeståndsjuridiska världsbilden, dess föreställning om orsakssamband, omfattar i de allra flesta fall helt enkelt inte sådana annorlunda eller fjärran liggande orsakstyper. Detta är inte så förvånande, åtminstone inte för en jurist. Flera praktiska skäl kan anföras mot att man söker orsaker alltför ”långt bort”.

Andra områden av juridiken uppvisar emellertid delvis andra mönster ifråga om kravet på orsakssamband. Nästa exempel kommer från straffrätten. När Clint Eastwood i filmen *För en handfull dollar* lurar bovarna att skjuta mot två lik som han baxat upp i sittande ställning, riskerar bovarna förstås inte att åka dit för mord. Nej, även här krävs i princip att gärningsmannen är verkande orsak. Det är bara den som är sådan direkt *verkande* orsak till någons död som kan ses som mördare i lagens ögon. Dessutom tillkommer en orsakstyp här. Det krävs ju nämligen att gärningsmannen ska ha haft uppsåt att döda offret. Ett *finalt* orsakssamband ska således också finnas med i bilden.

Detta betyder att två av Aristoteles fyra orsakstyper måste kunna konstateras, om någon ska dömas för mord. Om någon skjuts utan att gärningsmannen hade för avsikt att döda rör det sig om en olycka, eller på sin höjd om brottet vållande till annans död, vilket inte alls bestraffas lika strängt som mord. Och om avsikten visserligen är att förgifta någon till döds men ”giftet” bara är vanligt vatten, är det heller inte mord.

Kretsen av personer som i juridisk mening kan vara mördare har emellertid kommit att utökas på senare år. Detta har inte skett genom lagändringar utan genom omtolkning av befintlig lagtext. Bakgrunden är bland annat det mycket omtalade Lindomefallet, där två män hade trängt in i en gammal mans hus och slagit ihjäl mannen med en stekpanna.³ De åkte fast men skyllde på varandra. Ingen teknisk bevisning kunde slå fast vem av de båda som egentligen hållit i stekpannan när det dödande slaget utdelades. Alltså visste domstolen inte vilken person som fungerat som verkande orsak till dödsfallet, och ingen av männen dömdes för mordet. Allmänheten blev inte utan anledning vansinnig över detta. Debatten tog rejäl fart, det skrevs böcker och artiklar.

Det visade sig också att det svenska sättet att se på saken inte var det enda möjliga. I media avslöjades att svenskan Annika Östberg satt i kaliforniskt fängelse sedan decennier, dömd för mord trots att hon bara varit passivt närvarande vid gärningen. Så småningom inträffade mordet på två poliser i Malexander. Tre män var där och sköt mot poliserna, men man kunde inte veta säkert vem som dödat dem och männen skyllde på varandra. Tack vare bland andra en skicklig åkla-

³ Se RH 1991:51

gare blev samtliga dömda för mord. Rättssystemet hade nu konstruerat den *kollektiva orsaken*, som är lite avlägsnare än fingret som kröker sig runt avtryckaren. De tre banditerna var alla närvarande vid mordet i Malexander. Alla sköt mot poliserna och deras gärningar betraktades på sätt och vis som en enda, de var alla orsak till polismännens död, och skyldiga.⁴

Men inte heller konstruktionen av denna kollektiva skuld, av denna gemensamma orsak, är problemfri. När upploppen och skadegörelsen vid EU-toppmötet i Göteborg 2001 så småningom ledde till ett antal mycket uppmärksammade rättegångar, användes det kollektiva ansvaret som grund för att fälla ungdomar som ansågs ha ingått i en "sambandscentral" för vissa aktioner mot polisen.⁵ Det gick inte att säkert fastställa vem som hade ringt vem och sagt vad, men "alla var ju där", och utgjorde den gemensamma orsaken till att lagens beskrivning av vissa brott var uppfylld. Domen blev minst sagt omdiskuterad, och anses av många som utpräglad politisk.

Trots att straffrättens orsakssamband någon gång utvidgas på detta sätt, skiljer det sig ändå ganska väsentligt från skadeståndsrättens. Det krävs mer för att en person ska fällas för ett brott, än för att personen ska bli skadeståndsskyldig. Gränsen mellan regelområdena är visserligen lite konstlad, eftersom båda uppsättningarna regler syftar till att skydda liv och egendom i någon mening. Men skadestånd är (i Europa) till för att först och främst reparera skador, där man anser det vara rimligt av etiska eller ekonomiska skäl. Konsekvenserna i straffrätten är mer långtgående, åtminstone anses de vara det.

Med Aristoteles modell kan man alltså säga att det behövs en identifierad verkande orsak för att någon ska bli skyldig att betala skadestånd, eller bli straffad för ett brott. Trots en mer än 2000-årig diskussion om kausalsambandens innebörd är det, som fallet Palsgraf visar, inte alltid helt lätt att åstadkomma denna identifikation. Dessutom kräver ansvar för brott en identifierad final orsak, i form av gärningsmannens uppsåt.

Ett tredje juridiskt område där föreställningarna om orsakssamband skiljer sig från både skadeståndsrätten och straffrätten, är skattejuridiken. Vad krävs egentligen för att man ska få avdrag i deklarationen för en utgift? Vilka krav ställs på samband mellan utgift och skattepliktiga inkomster?

Svaret varierar beroende på vad utgiften avser. Ta som exempel en livsmedelshandlare. Utgiften för smöret i butikshyllorna är väl med Aristoteles terminologi närmast att betrakta som materiell orsak till affärsinnehavarens inkomster. Biträdet i kassan tar betalt och står så att säga för den definitiva leveransen av varorna till kunden. Detta arbete blir i mina ögon verkande orsak. För dessa båda utgiftstyper är det

⁴ Se NJA 2002 C 22

⁵ Se NJA 2002 s. 489.

ingen som funderar på finala orsaker. Men det finns avdragsgilla utgifter av helt annat slag. Antag att affärsinnehavaren betalar för annonser i media eller för utdelning av reklamblad. Naturligtvis sker detta för att affärsidkaren tror att det kan öka försäljningen och därmed inkomsterna. Detta är i så fall med Aquinos terminologi en avlägsen orsak. Den är inte lika lätt att placera in i vår föreställningsvärld av "naturliga" orsaker som inköpet av smöret, eller kassabiträdets arbete. Kanske fungerar reklamen, kanske gör den det inte. Vi blir inte helt säkra med mindre en kund kommer fram och säger, "Jag såg annonsen om billigt smör, finns det något kvar?".

Den avdragsgilla reklamutgiften kan med en fri tolkning av Aristoteles kausalitetslära karaktäriseras som en *final* orsak till inkomsterna. Ändamålet, det vill säga affärsinnehavarens syfte med marknadsföringen, är att öka försäljningen och detta måste vara tillräckligt för avdragsrätt. Men avståndet och osäkerheten i förhållande till våra invanda föreställningar om orsak och verkan är egentligen för stora. Vi kan inte, som i fallet med bilen som kör på fotgängaren, fingret som kröker sig runt avtryckaren eller kassabiträdets arbete, höra den intuitiva signalen inom oss som ropar "DETTA ÄR ORSAKEN" (till den ökade försäljningen).

Jag ska nu försöka mig på en kritik av orsaksbedömningarnas plats i den juridiska föreställningsvärlden. I nutida samhällsteorier talas ibland om att orsak och verkan är så förenklade begrepp, att de egentligen inte säger oss något om hur vi människor fungerar. Människornas liv sägs vara präglade av växelverkande kausalitet inom, mellan och utom strukturer, på ett sätt som är så extremt komplicerat att det bara kan förstås hermeneutiskt och helt individuellt. Men jag tror inte att vår natur tillåter oss att avstå från att försöka formulera begripliga och kollektiva tolkningar av tillvaron. Är det i själva verket inte så, att begreppen orsak och verkan är helt grundläggande för hur vi människor uppfattar det som sker runt omkring oss?

Begreppen orsak och verkan, kausalitetsfrågan, är inte något unikt juridiskt dilemma. I stället är det så att vi människor bygger hela vår förståelse av omvärlden på orsakssamband. Jag tror att tankekonstruktioner av detta slag är helt fundamentala för hur vi tolkar och sorterar våra sinnesintryck. Man skulle kunna uttrycka det så, att utan medvetna såväl som intuitiva slutsatser om kausalitet, skulle vi överhuvudtaget inte kunna tänka.

Det är inte bara för att hantera sinnesintrycken i största allmänhet, som orsak och verkan är oundgängliga redskap. Den finländske filosofen Georg Henrik von Wright hävdade att våra slutsatser om orsak och verkan är resultat av våra observationer av regelbundna konsekvenser, dels när vi är aktiva, dels när vi avstår från aktiviteter. Och det är just denna tanke på aktiviteter med nödvändiga konsekvenser som är så tilltalande för människan, eftersom den ger henne betydelse. Föreställningen om att en företeelse med nödvändighet resulterar i

en viss annan företeelse, kan ju leda till slutsatsen att vi människor "can make a difference".⁶ På detta sätt kan vi intellektuellt skapa den för flertalet människor gemensamma föreställningen om att vi har en fri vilja. Utan kausaltänkande blir det helt enkelt inte möjligt att hitta någon mening med livet. För då finns man inte. Den som inte ens har en teoretisk möjlighet att påverka sin omgivning är en osalig, osynlig betraktare, ja helt enkelt raka motsatsen till vår föreställning om att vara vid liv.

Det finns alltså i själva verket inget specifikt juridiskt med synen på kausalitet. Det är lätt att tro att analys av orsak och verkan inom skadestånds-, straff- eller skattejuridiken är särskilda juridiska tekniker som juridiskt skolade personer är alldeles särskilt skickade att använda. Men jag ifrågasätter det. Vad det i stället handlar om är att bedöma och tolka det som kallas verkligheten.

Visst kan välutbildade jurister förväntas känna till lagen bättre än de flesta andra. Men när domaren utövar sin makt är själva lagtolkningen, det vill säga att läsa och definiera vad som står i paragrafer, bara ena halvan av domarens verksamhet. Den andra halvan av domarens intellektuella arbete består i att bedöma verklighetens beskaffenhet, och det är minst lika svårt som lagtolkningen, om inte svårare. Dessutom är det då inte längre fråga om något specifikt juridiskt. Även om man kan anta att juristerna skaffat sig särskilt god kompetens att tolka lagen när den är oklart eller luddigt formulerad, finns det ingen anledning att tro att juristerna är bättre skickade än någon annan att bedöma verkligheten, exempelvis frågan om orsakssamband.

Nutidens officiella verklighetsuppfattning behärskas som nämnts inte bara av domstolarna, utan i hög grad av vetenskapen. Så snart något ska förklaras i TV kallar man in en forskare, och det verkar ibland som om samhällsvetare smäller lika högt som naturvetare. Däremot är jag inte så säker på att vetenskapens dominans av samtida verklighetsuppfattningar är lika tydlig hos allmänheten, hos "vanliga människor", som den är hos TV-producenter. I stället tror jag att det hos människor i allmänhet finns en större mångfald av orsaksföreställningar än vad som normalt kommer till uttryck i media. Föreställ er ett par som trots ihärdiga försök inte lyckas få barn, ett vanligt problem som det forskas mycket på. Paret låter undersöka sig på en fertilitetsklinik. Doktorn säger till kvinnan och mannen, "Vi hittar faktiskt inga fel på er. Jag kan bara råda er att fortsätta försöka". Paret går sorgsna hem och stöter på parkeringsplatsen vid bostaden på en utsvulten, halv vuxen kattunge. De förbarmar sig över den, tar in den i bostaden, och ger den mat. Några månader senare är katten kvar. Den är nu könsmogen, och eftersom det är en hona blir den ganska omgående dräktig. En kort tid senare blir kvinnan gravid och miraklet

⁶ Se von Wright, Georg Henrik, *Causality and Determinism*, New York 1974, s. 53 ff.

fullbordas. Det spelar för parets del nu knappast någon roll vad vetenskapen säger, katten är i deras ögon en direkt verkande orsak till graviditeten.

Så visst är det väl klart att bedömningar av verkligheten är individuella och subjektiva. Men det är också så, att ett samhälle vare sig kan eller bör acceptera alla verklighetsbedömningar. En del är oacceptabla för nästan alla, till exempel rasismen. Kvar finns sådana bedömningar av verkligheten som åtnjuter något slags kollektiv trovärdighet, eller åtminstone acceptans. Men även här står ju verklighetsuppfattning mot verklighetsuppfattning. Tänk bara på alla motstridiga politiska och ekonomiska analyser. Är statlig styrning bra för samhällsekonomin? Leder sänkta skatter alltid till tillväxt?

Det finns alltså god anledning att kritiskt granska rättsväsendets såväl som vetenskapens kausalitetsbedömningar. Människors syn på vad som är orsak och verkan skiljer sig ofta åt, och mer än ett sätt att se på saken kan ibland på goda grunder uppfattas som sant.

Men min kritik har också en annan utgångspunkt än mångfalden av verklighetsuppfattningar. Jag syftar på juridikens avgränsning av det moraliska ansvaret. När domaren gett till känna sin uppfattning om det juridiska ansvaret avslutas ofta analysen, och man avstår från den djupare frågan om moraliskt ansvar. Det finns ett stort problem med detta. Vem är egentligen den skyldige till ett brott? Har den som är juridiskt skyldig verkligen all skuld, eller faller något av ansvaret på andra? Hur ser i så fall den etik ut som kan peka ut fler skyldiga än dem som ryms i en domstols dom?

Brott begås ibland av människor som fått växa upp och leva sina liv under mycket svåra förhållanden. Det är inte långsökt att föreställa sig att en hungrig stjälar mat, och att en slagen själv slår. Vi konstruerar det vi kallar brottet, det vill säga gärningen, med hjälp av just begreppen orsak och verkan. Konstruktionen av gärningen kan i sin vidaste form omfatta hela universum, men vanligare är ju att den reduceras till att någon kröker sitt pekfinger. Allt beror som vi sett på hur vi avgränsar de relevanta orsakerna.

Ett problem med juridiken är att den får människor att stanna upp, och använda den närmast verkande orsaken för att avgränsa skulden. Den person som representerar denna närmaste verkande orsak får bära all skuld. Rättegången blir härigenom en ritual, som renar alla dem som inte krökte fingret.

Men får begreppet skuld då verkligen ett förklaringsvärde? Blir det inte bara ett skäl för tvångsförvaring av vissa farliga individer? Det juridiska resultatet tjänar många goda syften, men det har också en förmåga att reducera hela verkligheten till juridik. Den restriktiva synen på orsakssamband bidrar till att skydda makten, och bevarar i ett vidare perspektiv samhällets styrkeförhållanden, på ont och på gott. Makt över många människor utövas nämligen påfallande ofta genom ombud. Riksdag och regering verkar genom myndigheter. Kapital-

ägare verkar genom företagens chefer. Chefer verkar genom förmän och avdelningsansvariga av olika slag. Gudfadern verkar genom sina capos. Dessa verkar genom ledare av lokala gäng. Inga jämförelser i övrigt.

Med vissa av samhällets maktstrukturer är det nog till och med så, att makten ökar med avståndet till objektet för maktutövningen. Eller bättre uttryckt, makten ser till att hålla de svaga på avstånd. Detta är negativt. För med makt måste följa ansvar, annars riskerar man godtycke och korruption. Makt genererar ansvar, liksom maktlöshet resulterar i ansvarsfrihet.

Tillämpat innebär det jag nu sagt följande. När människor som tvingats leva under ovärdiga förhållanden begår brott, delas deras skuld med alla dem som kunnat undanröja eller åtminstone motverka ovärdigheten, men som inte gjort det. Jag talar förstås inte om att sätta alla dessa i fängelse, det är inte ett särskilt konstruktivt sätt att utkräva ansvar på. Dessutom skulle vi bli alltför många som hamnade där. Slutsatsen blir i stället att de som har makt över sina medmänniskor och möjlighet att bistå, är skyldiga att arbeta för dem som drabbas av ovärdiga förhållanden, inte minst för brottsoffren. Vi är många som är skyldiga att underlätta ett värdigt liv för människor vi inte ens känner. Rättegången mot den som krökte fingret friar inte oss som inte var där, den prövar bara gärningsmannens ansvar.

Jag tycker att exemplen i detta avsnitt visar att begreppen orsak och verkan har ett begränsat användningsområde. De duger för att avgränsa och analysera händelseförlopp inom korta tidsrymder, och är därigenom också helt nödvändiga i den historieskrivning som juridiken är. Tvister måste i ett civiliserat samhälle lösas inom något slags struktur. Alla kan inte bestämma allt hela tiden.

Så även om den enes verklighetsuppfattning är så god som den andres, måste en rättstat bygga på att det är domstolens uppfattning som ska gälla. Men för mig är det rätt klart, att domstolens monopol i längden inte bara kan vila på formell makt, utan också måste baseras på trovärdiga, välformulerade och tillgängliga resonemang. Då måste man också förstå att det går att se på världen på mer än ett sätt. Det betyder i sin tur, att man kan komma att identifiera orsakssamband som ingen tidigare velat kännas vid, och som kanske skulle ha varit omöjliga att uppfatta i en annan tid eller på en annan plats.

3. Föreställningen om det normala

Vid beskattningen av löntagare finns sedan mycket länge ett förbud mot avdrag för plötsliga förmögenhetsminskningar, kapitalförluster, som inte är *normala* i en anställning. Förbudet finns inte längre med i själva lagtexten men anses enligt rättspraxis ändå gälla. Jag har undersökt hur Regeringsrätten genom åren har förhållit sig till normaliteten. När det gäller just förluster finns flera intressanta fall. Ett är N.N. som var på tjänsteresa och råkade köra av vägen. Han fick av-

drag för sin förlust, dvs. för bilreparationskostnaderna. Ett annat fall är musikerna som var engagerade på hotellet i Mellansverige. Under natten började det brinna i förrådet som hotellet upplåtit för förvar av instrument, och dessa förstördes. Musikerna fick inte avdrag.⁷ Regeringsrättens motiveringar var mycket tydliga. Avkörningen var något som normalt kunde hända en tjänsteman på tjänsteresa, medan branden var onormal.

Det finns också många exempel på fall där Regeringsrätten inte uttryckligen har talat om normalitet, men ändå av allt att döma beaktat den. Som exempel kan nämnas bankdirektören som fick avdrag för studieresor med betydande semesterinslag, medan sådant avdrag vägrades lantbrukare och vårdpersonal som inte var läkare. En dagbarnvårdare med lägenhet fick inte avdrag för arbetsrum, trots att hon obestriddligen hade behov av detta, samtidigt som motsvarande avdrag medgavs försäkringsdirektör respektive taxeringsnämndsordförande som bodde i villor.⁸

Eftersom olikheterna inte kan förklaras med behov, eller med något annat entydigt rättsligt argument, får man söka förklaringen på annat sätt. Regeringsrätten tycks ha förutsatt, tagit för givet, vad som är normalt för olika grupper i samhället. Men vilken tillförlitlighet finns i sådana bedömningar? Den som gör bedömningen utgår medvetet eller omedvetet från sin egen erfarenhetsram, och avgör utifrån denna vad som är normalt i omvärlden. Det normala blir med detta synsätt en social konstruktion, och inte en observation av fakta.

Jag tror att det är mer näraliggande för en medelålders person med ett välavlönat skrivbordarbete att betrakta en taxeringsnämndsordförandes kostnader för arbetsrum som normala, än vad det är för samme person att bedöma vad som är normalt för någon med ett främmande yrke. Och nog är det väl ändå så, att både bilolyckan och branden var utomordentligt ovanliga händelser, vilka med normalt språkbruk inte var normala för andra än racerförare och brandmän? Däremot var Regeringsrättens ledamöter själva tjänstemän, och flertalet troligen bilförare.

Å andra sidan kan man i ett lite vidare perspektiv påstå att såväl bilolyckor som bränder är helt normala företeelser. Detta har erfarenheten lärt oss människor, och för att motverka konsekvenserna har vi inrättat brandkårer och bilverkstäder.

Men vad är det egentligen för slags normalitetsbegrepp som Regeringsrätten använder sig av? En traditionell men användbar indelning kan göras i tre typer av normalitet. Den första är det normala i betydelsen med ett genomsnitt överensstämmande. En sådan användning av ordet kan leda till slutsatsen att det är normalt för en kvinna att under sitt liv föda 1,8 barn. Men för att det inte ska bli löj-

⁷ Se RÅ 1969 ref. 4 samt 1977 ref. 17.

⁸ Se närmare om dessa avgöranden Pålsson, Robert, *Levnadskostnader*, Uppsala 1997, särskilt kapitlen 6 och 7.

ligt avrundar man till 2. Man kan säga att detta slags normalitetsbegrepp är helt objektivt. När man väl bestämt sig för vad som ska beräknas gör man det, och ju närmare mätresultatet är genomsnittet, desto normalare är resultatet.

Det andra normalitetsbegrepp som jag tänkte beröra är det som fastställer egenskaperna hos en kategori av något slag. Kategorier är i sin tur av olika slag, klassificerande som Elitserien, eller beskrivande som exempelvis gruppen djur, eller dess undergrupp häst. Det är normalt för en häst att ha fyra ben. En häst med tre ben är med detta språkbruk inte normal. Observera att det normala respektive det onormala även här kan fastställas med objektiv användning av vissa kriterier, t.ex. antalet ben. Detta betyder dock inte att kriterierna i sig är objektiva. Tvärtom, de är våra egna generaliseringar. Kriterierna väljer vi människor ut, varför urvalet är subjektivt och mycket väl kan representera de groteskaste fördomar. Tänk bara om ett kriterium för kategorin människa skulle vara ljus hy...

Ett tredje sätt att använda normaliteten är som uttryck för det man uppfattar som överensstämmande med en högre ordning, som naturen eller Guds vilja. Jag tror att det är just det som Regeringsrätten gör vid bedömningen av olyckan och branden. I de andra fall jag nämnde är nog synsättet likartat. Normaliteten förutsätts utan att några faktiska kriterier iakttagits och värderats, annat än möjligen intuitivt. Frågan är dock om ett sådant förhållningssätt och en sådan brist på intentionsdjup är tillfredsställande.

Föreställningen om det normala har stor betydelse på skilda juridiska områden. Det är dock inte alltid helt enkelt att klarlägga vilket (om något) av de tre normalitetsbegreppen som används. Säkerligen är den som gör bedömningen oftast själv omedveten om val som dessa, men det är knappast konstigt. Den som arbetar med juridik till vardags, och har mängder av ärenden att handlägga, kan inte förväntas upprätthålla en ständig vaksamhet mot alla filosofiska fällor som kan tänkas dyka upp under arbetsdagen. Tiden skulle inte räcka till, man skulle helt enkelt aldrig bli färdig. Det är en paradox att viss ytlighet på detta sätt kan gynna rättssäkerheten, genom att färre ärenden blir liggande under alldeles för lång tid hos myndigheter och domstolar.

En av de mest uppseendeväckande föreställningarna om normalitet inom juridiken finner man i skadeståndsrätten. Jag tänker på *bonus pater familias*. Traditionellt ansågs nämligen den person ha varit vårdslös, som inte varit så försiktig som en god familjefar antas vara. Omvänt var man inte vårdslös, och således vaccinerad mot skadeståndsskyldighet, om man uppträdde lika präktigt som denne. Idén med *bonus pater familias* var en viktig argumentationsmodell för femtio år sedan, men är nu mest ett talesätt, ömt vårdat i studenthumorn. Blotta tanken på att föreställningen om denne patriark idag skulle vara teoretisk grund för skadeståndsjuridiken är väl parodisk

för de flesta. Men sättet att se på saken, själva jämförelsen med något slags normaltillstånd, är inte lätt att komma ifrån, och det har betydelse för exempelvis skadestånds- och försäkringsfrågor.

Numera försöker man ofta fastställa vad som ska anses normalt i själva lagtexten. Trafiklagstiftningen kan exempelvis säga att den som gör en högersväng ska hålla så nära trottoarkanten som möjligt och undvika fara för annan. Avviker någon från detta, så innebär det också en avvikelse från normal aktsamhet, och skadeståndsskyldighet kan bli aktuell om en olycka händer. Men det säger sig självt att sådan lagtext inte räcker för att domaren ska veta vad som är normalt. Även här krävs en egen bedömning.

Det är ganska enkelt att sortera in *bonus pater familias* i en av de olika normalitetskategorier som jag presenterade tidigare. Han är inte något genomsnitt. Inte heller är han (så som Regeringsrättens föreställningar om trafikolyckor) något som hänger samman med en naturlig ordning. Fast det skulle kanske inte vara så dumt förstås. Nej, det som ligger närmast till hands är väl att se *bonus pater familias* som en kategori, en stipulerad, definierad normalitet, som exempelvis människa, mördare eller bagare. Precis som i fallet med dessa måste de kriterier som ska ligga till grund för kategorin definieras. Kriterierna för *bonus pater familias* är naturligtvis värdeladdade, närmare bestämt baserade på en traditionellt borgerlig och patriarkalisk föreställning. Även om man numera övergivit eller säger sig ha övergivit denna inställning, är föreställningen om vad som är normalt svår att undvika för den som önskar göra en värdering av huruvida någon betett sig vårdslöst eller ej.

Under 2003 utspelade sig en mycket obehaglig historia, det så kallade Tumbafallet.⁹ Jag ska använda det som exempel på vilken helt avgörande betydelse synen på vad som är normalt kan få, för rättssystemet såväl som för enskilda personer. Fallet blev mycket omskrivet i pressen, och det som hände tycks ha varit följande.

En kvinna mötte några män på krogen. Åtminstone kvinnan blev ganska berusad. Det förekom även en del cannabis. Efter stängningsdags bjöd kvinnan männen att följa med till hennes bostad. Alla tre männen hade upprepade samlag med kvinnan. Efteråt gick kvinnan till polisen och anmälde männen. Hon sade att samlagen ägt rum mot hennes vilja.

I Tumbafallet påstods det inte att våld eller sådant hot förekommit, som enligt den aktuella lagtexten krävdes för att det skulle vara fråga om brottet *våldtäkt*. Åtalet mot männen gällde i stället grovt sexuellt utnyttjande. Detta brott förutsätter inget direkt våldsmoment. Men offret kan naturligtvis ha känt sig hotat ändå. Sexuellt utnyttjande definieras i lagen bland annat på så vis, att gärningsmannen ska ha *förmått offret till sexuellt umgänge genom att otillbörligt utnyttja att offret befinner*

⁹ Se NJA 2004 s. 231.

*sig i ett hjälplöst tillstånd.*¹⁰ Det anses att alkoholberusning eller annan drogpåverkan typiskt sett kan leda till ett sådant hjälplöst tillstånd. På vanlig svenska alltså: Om någon får en person som på grund av berusning helt saknar hämningar att ställa upp på sex, så kan denne någon ha begått brottet.

Men det ska vara ett *otillbörligt* utnyttjande. Kravet på otillbörlighet är lite egendomligt, men kan väl bäst beskrivas som att omständigheterna ska vara närmast extrema. Det räcker inte med lite salongsberusning, utan offret ska helt ha tappat kontrollen och mist alla hämningar. Härtill krävs förstås också uppsåt, närmare bestämt en avsikt som i princip innebär att gärningsmannen var medveten om offrets hjälplöshet, att offret tappat kontrollen och mist alla hämningar.

I Tumbafallet hade tre män vardera upprepade samlag under natten med den berusade och påtända kvinnan. Att läsa domen är nog ganska chockerande för de flesta. Men också komplicerat. Kärnfrågan var (1) om de tre männen verkligen förstått hur packad kvinnan var, och (2) att hon aldrig, aldrig skulle inlåtit sig på hämningslös sex med tre män om hon inte varit så packad.

Målet prövades så småningom av HD. Men det är domen från Svea Hovrätt, som tydligast illustrerar betydelsen av domarnas uppfattningar om vad som är normalt. De var fem personer som dömde i målet, tre juristdomare och två nämndemän. Av jurister var en man och två kvinnor, medan båda nämndemännen var kvinnor. Röstsiffrorna blev 3–2. De tre juristdomarna utgjorde den frikännande majoriteten. Domarna skriver i sin motivering, att även om de har svårt att förstå hur kvinnan kunde inlåta sig i de sexuella aktiviteterna, så kan hennes beteende inte anses vara så *onormalt*, att männen kunnat inse att hon var så hjälplös som lagen kräver. Med andra ord, domarna anser att det kan vara fullt normalt om en kvinna har upprepade sex med tre män under en hel natt. De två nämndemännen tyckte tvärtom. De menade att ingen kvinna vid fullt förstånd under flera timmars tid frivilligt och upprepade gånger skulle ligga med tre män. Något sådant är alltså enligt deras mening inte normalt.

Vilket slags normalitetsbegrepp använde sig ledamöterna i Svea Hovrätt då av när de avgjorde Tumbafallet? Det är väl att göra det lite väl lätt för sig om man hänvisar till att antalet partner översteg genomsnittet för en natt. Jag avfärdar alltså det. Däremot är jag mycket osäker på fortsättningen. Närmast till hands ligger nog att uppfatta de skiljaktiga nämndemännens resonemang så, att en människa som beter sig som man bör göra, dvs. som en ansvarsfull och social person, inte har så vidlyftig sex som kvinnan i Tumba. Detta är olämpligt, inte accepterat och inte acceptabelt. Det strider kort och gott mot den allmänna moralen. Här har man helt enkelt tillämpat en sexualitetens bonus pater (mater) familias.

¹⁰ Se 6 kap. 3 § BrB.

De tre juristdomarna som utgjorde majoriteten tycks inte ha resonerat likadant. Jag tror att de har prövat kvinnans beteende mot vad de uppfattar som naturens ordning, och funnit att naturen inte sätter stopp för alla de vidlyftigheter som den sociala konvensen och moralen förbjuder. Det är också möjligt att de mot den bakgrunden låtit kvinnan vara sin egen normalitetskategori. De har i så fall definierat henne huvudsakligen på basis av hennes eget tidigare beteende, vilket såvitt man kan förstå av domen gett henne ett rykte som "villig".

Jag var inte närvarande vid rättegången, och jag erkänner att jag känner osäkerhet inför avgörandet. Å ena sidan kan minoritetens uppfattning om vad som är normal sexualitet framstå som alltför moralistisk och puritansk. Vilka är de att avgöra vad som ska vara acceptabelt sexuellt umgänge? Är samlag med en OK? Två OK? Men inte tre? Homo OK? S&M OK? Barn, djur? Detta är ganska obehagligt att fundera över.

Å andra sidan kan man inte nöja sig med att uppfatta majoritetens föregivet liberala inställning som ett avstående från att ge allmänheten signaler, om att rättsväsendet anser att ett visst antal partner och ett visst antal samlag per natt är normalt. Det är också en könsfråga. Är mäns och kvinnors förutsättningar möjligen så olika, att den neutrala utformning som lagen fått egentligen cementerar gamla maktförhållanden?

Själv är jag osäker. Men poängen med min diskussion om vilken normalitet som använts, är att den säkerhet som domen utstrålar är en fasad, en yta, som döljer förvirring om vilka värderingar som fått avgöra fallet. Det skulle förvåna mig om juristdomarna och nämndemännen är medvetna om hur de konstruerat sina egna värderingar. Föreställningen om det normala är central för såväl majoriteten som minoriteten. Men ingen av de fem gör ens en antydning till att förklara vad de menar med normal, och på vilka grunder man fastställer vad som är normalt och inte.

Även i Högsta Domstolen frikändes de åtalade männen. HD undvek dock helt diskussionen om vad som är normalt beteende genom att anse, att det inte var bevisat att kvinnan befunnit sig i ett så hjälplöst tillstånd som brottsbeskrivningen kräver. Det fanns alltså ingen hjälplöshet att utnyttja, menade rätten. Om offret inte är hjälplöst spelar det ju enligt denna juridik i princip ingen roll hur hämningslöst de inblandade beter sig.

Debatten som följde på avgörandet i Tumbamålet var livlig, och resulterade som bekant ganska snabbt i lagändringar. Dessa ändringar gick dock i huvudsak ut på, att fler redan straffbara gärningar kom att kallas våldtäkt och bestraffas hårdare. Något generellt krav på samtycke har inte införts i lagen, varför normalitetsbedömningar kommer att vara viktiga även i framtiden. Å andra sidan skulle ett samtyckeskrav tyvärr inte lösa alla problem. Det återstår ju ändå för åklagaren att bevisa gärningsmannens skuld. Ett rättssamhälle som gör avkall på

detta krav skjuter sig i foten och eroderar snart. Men som jag ser det, är det ganska troligt att ett krav på samtycke skulle uppfattas som tydligare och mer i överensstämmelse med allmänhetens rättsuppfattning. En hel del vore nog vunnet med det.

Jag tänker inte gå i fällan och själv döma i Tumbafallet. Så många andra som inte var där har redan gjort det. Men domen är ändå användbar när man vill undersöka juridikens normalitetsbegrepp, och med hjälp av dessa visa hur lätt juridiska motiveringar bara blir fasadlegitimationer.

4. Konklusion

De exempel jag pekat på här utgör starka skäl för en öppen redovisning av de värderingar som kommer till uttryck i domar. Man bör tala om vilka värden och kriterier som man anser skall konstituera det normala och det kausala. Juridiken får inte genom tystnad tillåtas monopolisera innehållet i uttryck som kausal, normal, vårdslös, skälig eller saklig. Det är dags att bekräfta vad alla innerst inne redan vet, nämligen att juridiken inte är någon exakt vetenskap, att den inte äger någon linjal på vilken verkligheten kan mätas.

Domstolar och andra rättsanvändare använder ofta ett språk som förmedlar bilden av att de juridiska frågorna bara har ett enda svar. De exempel som jag anfört här visar att en sådan objektivisering är ett bedrägeri. Kvalificerade rättsliga bedömningar är regelmässigt subjektiva. Det juridiska beslutsfattandet bygger på prioriteringar och val mellan olika värden, låt vara att valen ibland är omedvetna resultat av beslutfattarens egen erfarenhetsram.

Det är lätt att idag få intrycket av att rättssystemet befinner sig i en legitimitetskris. Ett tydligt yttre tecken på detta är de många processer under senare år, där det juridiska resultatet uppenbarligen strider mot allmänt rättsmedvetande och moral. Exempelen är många. Jag tillhör dock inte dem som tror att rättsapparaten var så mycket mer moralisk och rättvis förr i tiden. Systemet vilade då på en starkare auktoritetstro och en kraftfullare maktapparat. Den brist på förtroende för rättssystemet som under de senaste åren kommit till uttryck i "affärer" av olika slag, behöver därför inte betyda att allt har blivit sämre. Men legitimitetskrisen bär likafullt krisens kännetecken — den är såväl hot som möjlighet. Hotet innebär risk för ökade orättvisor och otrygghet, särskilt för dem som inte med egna medel kan tillvarata sina intressen. Möjligheten ligger i det offentliga samtalet.

Rättssystemet är öppet mot det övriga samhället och det är dags att se vilka konsekvenser som detta har. Det betyder konkret att vi måste granska de värdemönster som styr innebörden i ofta vaga juridiska begrepp. Några skulle hävda att detta kunde ske som en inomdisciplinär juridisk diskussion. Men om rättssystemets innehåll och anseende verkligen skall kunna återupprättas måste den diskussionen ske i den vidare offentlighetens ljus.

Ett av många viktiga förhållningssätt är analysen av de värdemönster, som kommer till uttryck vid användningen av de många vaga juridiska begreppen. Publikt tillgängliga analyser av dessa värdemönster kan kanske bidra till att möjliggöra det samtal som behövs för att återupprätta rättssystemet, såväl till innehåll som till anseende. Eller enklare uttryckt, diskussionen om värderingars roll i juridiken kan inte förbehållas jurister.