

Hunden klockan tre och fjorton

*Rapport från
juridikens
tankevärld*

**Robert
Påhlsson**

IUSTUS FÖRLAG



Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv>

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

- Kopiera och vidare distribuera materialet oavsett medium eller format
- Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

- Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.
- Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.
- Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att göra något som licensen tillåter.

Se även information på

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv>

Hunden klockan tre och fjorton

Till Gustav och Frida

Robert Pålsson

Hunden klockan tre och fjorton

Rapport från juridikens tankevärld

IUSTUS FÖRLAG

Första upplagan, tredje tryckningen
© Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 2005
ISBN: 91-7678-604-8
Sättning: RPform, Richard Persson
Omslag: John Persson
Tryck: Edita, Västerås 2013
Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala
Tfn: 018-65 03 30, fax: 018-69 30 99
Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se

Förord

Dessa texter handlar om olika tankemönster i juridiken. Den röda tråden är värderingars betydelse. Jag försöker att tränga genom den hårda men tunna yta av objektivitet, som präglar många föreställningar om rättssystemet. Syftet är att visa hur juridiken får sitt egentliga innehåll av värderingar. Essäerna är relativt enhetligt uppbyggda, med korta gestaltningar, problematiseringar, exempel och kritik. Boken kan användas i undervisning, men riktar sig primärt till alla som är intresserade av att reflektera över vad juridik egentligen är.

Fiskebäck i april 2005

Robert Pålsson

Innehåll

Förord	5
1 Juridik som verklighetsbeskrivning	9
2 Den instrumentella juridiken – att skipa eller skapa rätt?	15
3 Tolkning – av lag eller verklighet?	24
4 Normalitet – vad betyder det att bilar krockar oftare än fioler brinner?	35
5 Kausalitet – Mrs. Palsgrafs jakt på orsaken	50
6 Likhet inför lagen – hunden klockan tre och fjorton	65
7 Ett liv för en sup – principer och regler	83
8 Intuition – är den fria viljan en vetorätt?	95
9 Språket och juridikens entropi	105
10 Von Anka och Björnligan – myten om den universella och tidlösa juridiken	116
11 Att väga tanken	124

1 Juridik som verklighets- beskrivning

Platsen var Uppsala. Jag hade nyligen börjat arbeta på min doktorsavhandling, och presenterade nu en forskningsrapport vid ett seminarium som hölls på Juridiska fakulteten. Rapporten handlade om hur landets högsta skattemyndighet, Riksskatteverket, tolkade vissa regler i skattelagstiftningen. Jag påstod att några av myndighetens tolkningsrekommendationer var så vågade att de gick utanför myndighetens mandat, och i vissa fall till och med stod i strid med grundlagen. Jag fick verkligen svar på tal.

”Nej, där tar nog doktoranden miste. Så kan det inte vara, för så får vi inte göra”, påpekade en representant för Riksskatteverket som deltog i seminariet.

Kommentaren, som fälldes av en skicklig skattejurist, avslöjar att juridiken kan användas till mycket mer än konfliktlösning och andra rättsliga bedömningar. Här var det fråga om att beskriva verkligheten, varat, med utgångspunkt i börat. Det var lag på att det inte fick vara på ett visst sätt, och då kunde det ju inte gärna vara så!

Det är mycket möjligt att skattetjänstemannens replik var oöverräknat och inte ensam förtjänar någon vidare uppmärksamhet. Men det är nog vanligare än man kanske tror att människor betraktar regler på detta sätt, det vill säga utgår från att paragraferna automatiskt styr samhällsutvecklingen, att världen så att säga inrättar sig efter lagarna. Det är ingen tvekan om att juridiken ofta får stor betydelse när människor beskriver verkligheten. Inte minst gäller detta i vad som skulle kunna betecknas som den offentliga retoriken.

I Sverige (och även i andra delar av Europa) har man under de-

cennier byggt upp gigantiska regelkomplex på en mängd områden. Mycket har åstadkommits och medborgarna har haft stort förtroende för den sociala kraft, som manifesterats i modern lagstiftning. Men vad händer när det inte fungerar, när lag och verklighet bara glider längre och längre ifrån varandra, och när kartan inte längre stämmer med verkligheten? Ett exempel: Enligt socialtjänstlagen hör det till varje socialnämnds uppgifter att "svara för omsorg och service, upplysningar, råd, stöd och vård, ekonomisk hjälp och annat bistånd till familjer och enskilda som behöver det". Hur många gånger om dagen misslyckas kommunerna med detta?

Men om det nu är så, att man egentligen inte kan åstadkomma någonting med endast juridiken, hur ska man då motivera rättssystemet? Hur ska det legitimeras, hur ska lagarnas existens rättfärdigas? Förklaringarna och motiveringarna beror på hur man uppfattar tillvaron. I den kristna traditionen formulerade Tomas av Aquino redan på 1200-talet den katolska doktrinen om rättens källor. Enligt denna ges vissa typer av lagar av Gud, andra av naturen och ytterligare andra av människor. Den enskilda människans lydnadssplikt riktas då mot lagens upphov, ge till Gud vad som tillhör honom, och låt kejsaren få sitt. Denna uppdelning är kanske klok, men den kan också leda till slutsatsen att lagen ska följas endast av auktoritetsskäl.

Man kan finna liknande resonemang i den nutida debatten om hur människan bör förhålla sig till miljön. Här görs det ibland gällande att vi bör avhålla oss från att manipulera med gener och klimat, helt enkelt för att "naturen" från början ordnat saker och ting på ett annat sätt. Lydnadssplikten riktas då mot auktoriteten "naturen", och inte mot några särskilda intressen som vi anser värdefulla. Men många miljöengagerade människor tänker nog på ett mer nyttoorienterat, utilitaristiskt sätt, till exempel så här: Växthuseffekten kan möjligen leda till stora lidanden för människor och djur, och det är därför som den bör därför motverkas.

Jag anser att det är på detta rationella sätt man bör betrakta juri-

diken. Den motiveras av att den i bästa fall kan göra livet lättare för människor, och den kan motverka ett allas krig mot alla. Detta hindrar inte att juridiken i vissa stycken bygger på universella värderingar som inte alls har sitt ursprung i riksdag och lagbok. Men mer om detta längre fram.

Inte långt efter episoden med seminariet i Uppsala blev jag färdig med min avhandling och disputerade. När man just fått sin doktorexamen är det lätt att bli kaxig. Jag tyckte att jag kunde allt, och när jag undervisade svarade jag snabbt och vasst på alla studenternas frågor, oavsett om jag kunde svaret eller ej. Jag har senare märkt att denna slags hybris inte är så ovanlig. Flera av mina kolleger som disputerade senare än jag trodde också att de automatiskt skulle få tillgång till svaren på livets svåra frågor så snart doktorshatten hade landat på deras huvuden. Ibland blev de nog besvikna.

En kort tid efter min disputation engagerades jag som rådgivare i ett projekt som rörde Rysslands lagstiftning på redovisnings- och revisionsområdena. Dessa ligger nära mitt specialområde, som är skattejuridiken. De ryska revisionslagarna skulle revideras, så att säga, och det svenska Finansdepartementet bistod sin ryska motsvarighet med know-how. En rysk delegation besökte Sverige för att träffa akademiskt och praktiskt verksamma experter på skatte-, revisions- och redovisningsjuridik. Dessa experter förväntades ge sina synpunkter på olika utkast till nya ryska lagregler.

Dagen för mötet infann sig. Tre korta och korpulenta män i fyrtioårsåldern dök upp tillsammans med en svensk tolk. De tre rysarna var klädda i långa gammaldags överrockar med en massa vadd i axlarna, och två av dem hade pälsmössa. De motsvarade min föreställning om sovjetiska politiska kommissarier, och utan att jag själv märkte det började jag känna mig oändligt överlägsen dem. Jag var tillsammans med en äldre, betydligt erfarnare och kunnigare kollega, och vi tog tillsammans emot gästerna och ledde dem till ett sammanträdesrum. De ryska gästerna var korrekta och reserve-

rade. Det märktes att de tog sitt uppdrag på mycket stort allvar.

Vi hade haft tillgång till ryssarnas lagtextförslag i några dagar, och jag hade omedelbart sett att förslagen var usla. När vi började mötet bad jag genast om ordet och höll ett ca tio minuter långt anförande, som jag förberett väl. Jag pekade på svagheter i förslaget, och gav på punkt efter punkt exempel på vilka förbättringar som kunde göras. När jag slutat tala kände jag mig mycket nöjd och viktig. Möjligen hade jag varit väl dräpande i min kritik, och jag minns att det slog mig, att det kanske var just männen framför mig som författat de rader jag just sågat totalt.

De tre ryssarna såg på varandra och sedan på mig. Iskallt. Deras ledare sade något kort och mycket barskt på ryska. Det kan inte ha varit mer än en mening. Tolken suckade, skruvade lite på sig och sa: "Robert, herr Ivanov säger att om han skulle skriva som du föreslår, så skulle han vara död inom en vecka!"

Episoden med ryssarna visar väl att juridiken inte kan uträtta så mycket på egen hand. Jag har numera en enorm respekt för alla de länder i världen, som sakta och strävsamt försöker bygga upp sina rättssystem, med allt som behövs, i form av domstolar, poliser, men allra mest i form av människors tillit, av det som ofta kallas legitimitet. Och jag kan tänka på historien med ryssarna när jag känner mig som mest kritisk mot vårt svenska rättsväsen. För även om vårt system har stora svagheter, och verkligen förtjänar och behöver kritik i många avseenden, är det långt ifrån värdelöst. Det finns i arvet från det svenska 1900-talet ett stort mått av förtroende, tillit och ansvarstagande hos domstolar och allmänhet, tillgångar som det har tagit mycket lång tid att bygga upp. Det som oroar mig är, att sådant förtroende kan brytas ner på mycket kortare tid än vad som behövdes för att skapa det. I detta sammanhang är rättssystemet som krig och fred. Freden tar tid och möda att åstadkomma, medan kriget kan startas med en knapptryckning.

Det räcker inte med att man skriver en paragraf om allas lycka

för att denna lycka verkligen ska infinna sig. Att verkligheten inte anpassar sig efter kartan är en självklarhet, en ren truism. Men saken är väl egentligen mer komplicerad än så. Nazisten Goebbels brukar tillskrivas formuleringen att om man upprepar en lögn tillräckligt många gånger så övertygas människorna om att den är sann. Och visst kan lagar vara ideologiskapande, visst kan de producera en falsk föreställning om verkligheten. Antagandet av en ny lag kan frambesvärja en bild av att "något verkligen görs", och därigenom ge den lagstiftande makten en slags ansvarsfrihet. "Se, vi har gjort vårt, vi har lagstiftat mot rasism och diskriminering, nu kan vi inte göra mer."

Lagregler får lätt den bieffekten att de skapar en presumption, ett antagande om att verkligheten rättat sig efter regeln. Det är därför allvarligt när företrädare för den politiska eller juridiska makten använder juridiken för att beskriva verkligheten. Detta kastar nämligen över bevisbördan på medborgarna. Budskapet blir, att "vi har gjort vad vi kan så skyll inte på oss om det inte fungerar". Juridik som verklighetsbeskrivning är ett retoriskt grepp, som på detta sätt producerar skenbar ansvarsfrihet för vissa ansvariga.

Men det ansvar som följer med makt går längre än så. Med politisk makt följer ansvaret att förvalta, och att åstadkomma verklig förändring. Regelproduktion är visserligen ett led i detta, men absolut ingen garanti för framgång.

Naturligtvis är politiker och myndighetstjänstemän inte de enda som har ansvar för vårt samhälle. I själva verket finns det sedan länge en övertro på lagstiftningens möjligheter, och på service producerad av anonyma myndigheter. Social trygghet kräver inte först och främst lagstiftning, utan solidaritet, och för all del även poliser. Lagregler mot nynazism är verkningslösa, utan bildning och kamp mot arbetslöshet. De mål som sätts upp i våra regelverk är just mål. Med bara lagar kommer man inte långt.

Verklig förändring kräver att ekonomiska och kunskapsmässiga förutsättningar är uppfyllda. Utan sådan infrastruktur blir lagar

bara nya kläder åt kejsaren. Det samhälle som accepterar fattigdom vid sidan av girig direktörsrikedom och gettoisering av storstädernas förorter, kan inte försvara sina haverier med att säga, att "vi har ju ändå lagstiftat mot allt detta".

2 Den instrumentella juridiken – att skipa eller skapa rätt?

Det var en vacker och "riklig" vinterdag i december 1964. Snö, fruset vatten och solsken. Lagom många minusgrader och vindstill. Där jag bor, på Västkusten, är denna vädertyp ganska ovanlig. När det snöar norröver och i inlandet, så brukar det regna hos oss.

Den här sköna dagen spelade jag och två kompisar ishockey på Sisjöns is, som låg decimetertjock ända sedan före jul. Vi spelade en mot en, med den tredje som målvakt. Timme ut och timme in. Det var inte så noga med skydd på den tiden. Många hockeyidoler spelade fortfarande utan hjälm, och vi ville inte vara sämre. Däremot minns jag att jag hade fräcka benskydd med strumpor i Frölundas färger. Detta underlättade mitt målvaktsspel, eftersom jag då slapp de stora blåmärken på smalbenen, som mina båda vänner snabbt ådrog sig.

En stund innan vi skulle sluta för dagen fick jag en puck i ansiktet. En framtand slogs ut. Det var inget hårt skott, men jag blödde som en stucken gris. Jag fick akutvård med något provisoriskt arrangemang hos tandläkaren, som efter några veckor satte in en guld tand. Denna kom att betyda mycket för min prestige under barndomen. Ända fram till tjugoförårsåldern, då guld tanden ersattes med en vit permanent krona av porslin, hade jag ett leende av guld.

Men jag fick också en permanent inflammation i munnen. Skadan läkte nämligen aldrig ut ordentligt, och vid trettio års ålder tvingades jag låta dra ut näraliggande tänder, och sätta in en större protes. Detta skulle en gång för alla lösa det inflammationsproblem som kvarstannat ända sedan barndomen.

Kostnaden för guld tanden och porslinskronan hade betalats av

ett försäkringsbolag, där min pappa hade tecknat olycksfallsförsäkring. Efter ett antal tandläkarbesök hade jag nu äntligen fått en större protes (som verkligen löste problemen), men också en räkning på ett stort antal tusenlappar. Det enda som retade mig nu var att jag skulle få betala kostnaden själv, trots att det stod helt klart att det var fråga om en så kallad följdskada, ett resultat av ishockeymatchen drygt tjugo år tidigare. Alla papper som rörde försäkringen var nämligen försvunna sedan länge.

Jag satt i köket hemma hos min pappa och vi talade om detta problem, när det plötsligt började droppa vatten från taklampan. Vattnet verkade följa elkabeln som försåg lampan med ström, och vi insåg båda att det måste röra sig om en vattenläcka någonstans på övervåningen i det nästan hundra år gamla huset. Jag tog mig så småningom upp på vinden, där ingen varit på åtminstone tio-femton år. Läckan kom från det igensatta expansionskärlet, och var ganska lätt fixad. Jag kröp tillbaka mot luckan i golvet där stegen fanns. På golvet, täckt av damm och fågelspillning, låg ett litet brunt kuvert som jag stoppade på mig.

I kuvertet fanns en liten papperslapp med rubriken "Ansvarsförbindelse", undertecknad av någon tjänsteman vid försäkringsbolaget. Där fanns också mitt namn samt försäkringsnummer. Längst ner på sidan stod det så här:

"Mot företeende av denna ansvarsförbindelse har ovannämnda person styrkt sin rätt till fortsatt ersättning för denna tandskada."

Vilket sammanträffande. Det var bara någon vecka kvar tills jag skulle betala min höga tandläkarräkning, så jag skickade omgående in en kopia av papperet till försäkringsbolaget. Med vändande post svarade bolagets skadereglerare att man tyvärr inte kunde betala, eftersom ansvarsförbindelsen var så gammal.

Jag skrev nu ett nytt brev och begärde betalning, denna gång med återgivande av alla juridiska argument och hotelser jag kunde

komma på. Men jag skrev på vanlig vardagssvenska, inte på något juridiskt fikonspråk. Syftet med detta var att tydligt påminna mottagaren om alla de rättsliga argument som talade för att jag skulle få ersättning, men utan att ge intryck av att en jurist skrivit brevet. Jag befarade nämligen att handläggaren annars skulle överlämna ärendet till en bolagsjurist, med påföljd att allting skulle dra ut förfärligt länge på tiden.

Det visade sig att jag satsat rätt. Försäkringsbolagets handläggare meddelade att man tänkte ersätta mig för kostnaderna, och inom ett par dagar var min tandläkarräkning betald, utan några utlägg från min sida.

Senare, i samband med att jag undersökt försäkringsrättslig praxis, har jag blivit helt övertygad om att jag aldrig skulle ha fått några pengar om saken gått till domstol. Även om ansvarsförbindelsen inte angav något sista giltighetsdatum var den så gammal, att den knappast skulle ha klarat en rättslig prövning. Men vad bryr jag mig om det? Jag fick ju kostnaden för min tandbrygga ersatt.

Man brukar ibland säga, att det är skillnad mellan att *ha* rätt och att *få* rätt. Lite förenklat skulle man väl med det synsättet kunna säga, att jag fick rätt fast jag hade fel ifråga om tandersättningen. Jag fick ju ut pengarna, trots att juridiken egentligen inte gav mig det stöd som skulle ha lett till en seger i domstol. Det är kanske detta perspektiv som tydligast demonstrerar, hur olika användare av juridiken närmar sig området från helt olika håll. För dem som har att förhålla sig till juridiken, dvs. i princip medborgarna, blir det viktigast att *få* rätt, medan det tänkta syftet med domarens verksamhet är att finna ut vad som *är* rätt. Det är ju domaren som ska slita tvisterna, döma brottslingen osv., och därigenom en gång för alla avslöja för alla oss andra vad juridiken har att säga om det aktuella problemet.

Om man tar medborgarnas perspektiv som utgångspunkt, så visade min historia med tänderna hur jag hade ett intresse av att få

rätt, oavsett vad som var rätt. Det går förstås att göra en etisk reflektion om detta. Det är ett faktum att jag, när jag återopade ansvarsförbindelsen gentemot försäkringsbolaget, var helt övertygad om att lagen var på min sida, dvs. att jag hade en självklar laglig rätt till ersättning. Man skulle kunna säga att jag handlade i en sorts god tro. Hur det skulle ha blivit om jag direkt hade insett att förbindelsen var för gammal, och därför saknade tillräcklig rättslig kraft, får jag aldrig veta säkert. Förmodligen hade jag framställt mitt krav i alla fall, utan något som helst dåligt samvete. För i mitt medborgarperspektiv är det inte fråga om att *skipa* rätt, utan om att *skapa* rätt. Jag tycker nämligen att ansvarsförbindelsen borde gälla, även om en domstol någonstans någon gång haft en annan uppfattning.

I historien med tänderna använde jag juridiken reaktivt, för att få ersättning för den redan monterade tandprotesen, det vill säga för att reagera juridiskt på en redan uppkommen situation. Men jag vill visa på några fler exempel, för att illustrera hur "få rätt"-perspektivet kan få stor betydelse för vanliga medborgare. Lagen blir nämligen också föremål för proaktiva (ett modeord, åtminstone när detta skrivs) intellektuella konstruktioner. Konstruktioner som utnyttjar lagens oklarheter och dess möjligheter att beskriva saker på olika sätt. På så vis öppnas för en mer instrumentell användning av juridiken. Jag syftar nu alltså inte på att "reagera juridiskt", efter det att något inträffat, utan snarare på att konstruera något, och att ta initiativ med hjälp av juridiken. Detta är nämligen vad som ofta händer. Juridiken finns inte som ett statiskt fenomen, den skapas "as we go along".

En bra illustration av denna "kreativa" användning av juridiken rör utbyggnaden av 3G-nätet för mobil telefoni som tog fart på allvar för några år sedan. Det har spekulerats mycket om de eventuella riskerna med att utsätta människor för "strålning" från telefonerna, och från de master som administrerar signaler till och från dem. Visserligen har väl inget kunnat bevisas, men man har å andra sidan inte heller kunnat avskriva farhågorna.

Allmänhetens oro har lett till att utbyggnaden i form av nya master försenats på många håll, bland annat genom att grannar överklagat bygglov, eller på annat sätt försökt bromsa processen med lagliga (och ibland med olagliga) medel. Denna situation frustrerade en av mastbyggarentreprenörerna så till den milda grad, att man lät konstruera en telemast designad som en flaggstång. Det var i princip fråga om en ihålig sådan, där alltså den aktiva komponent som kunde sända och ta emot mobiltelefonsignalerna löpte inuti stången. Längst upp fanns något slags knopp, och det gick fint att hissa den gula och den blå i denna spännande kombination av nationell rit och informationsteknologisk gudapekning.

Flaggstänger får man enligt lagen placera lite hur som helst på mark man äger, men för telemasterna gäller ganska stränga restriktioner, bland annat för att stilla allmänhetens oro. Det roliga med det hela var, att företrädare för mastbyggarföretaget nu på fullt allvar hävdade att man inte längre behövde söka tillstånd för uppförande av telemast, eftersom det inte var fråga om någon sådan, utan om en flaggstång. Företaget försökte nu alltså skapa en särskild juridisk verklighet, där en till flaggstång förklädd telemast kunde beskrivas på ett sätt (som telemast) i vardagliga sammanhang, men på ett helt annat och mer inskränkt sätt (som flaggstång) i juridiska sammanhang.

Det gick inte så bra. De rättsliga instanserna ansåg nämligen att snus är snus om än i gyllene dosor, dvs. att en telemast är en telemast även om man klär ut den till flaggstång. Men det var ett intressant och ganska komiskt försök.

Det mest lättfunna exemplet på juridikens instrumentella funktioner är kanske skatteplanering. Föreställningen om att man kan inrätta sin ekonomi på ett sätt som ger minsta möjliga skattekostnad är en realitet, och en många gånger välmotiverad utgångspunkt. Det är ju som de flesta vet möjligt för både privatpersoner och företag som befinner sig i vissa situationer, att välja mellan olika handlingsalternativ på ett sådant sätt att man får lägre skatt än

man annars skulle ha fått. Åtminstone om man har ganska stora inkomster.

I riktigt tydliga fall av instrumentell skatteplaneringsjuridik kan det handla om att helt enkelt välja de beteckningar, de juridiska termer, som leder till den mest förmånliga verklighetsbeskrivningen. För några år sedan avgjordes i skattedomstolarna ett fall, som handlade om professionella ishockeyspelare i Brynäs.¹ De hade spelat för klubben, men inte tagit ut någon lön. I stället hade de låtit sig anställas av ett bolag på en ö i engelska kanalen, och låtit bolaget skicka fakturor till Brynäs för deras medverkan. Ett syfte med upplägget var att Brynäs skulle slippa betala arbetsgivaravgifter för spelarna. Dessa avgifter uppgår annars till omkring 30 % av lönen före skatt, och det är arbetsgivaren som ska stå för dem. I Brynäs-fallet menade man att det var det utländska bolaget som var arbetsgivare och inte Brynäs.

Hur det gick? Jo, skattedomstolarna såg saken annorlunda och menade, att alldeles oavsett vilka etiketter skattekonstulterna hade satt på de inblandade personerna, så fungerade spelarna i praktiken som vilka hockeyproffs som helst, det vill säga som anställda spelare, och de skulle därför behandlas på samma sätt som andra anställda. Detta betydde att Brynäs skulle ansvara för inbetalningarna av arbetsgivaravgifter för dem. Brynäs och spelarna fick alltså inte rätt.

Men vad finns det då för exempel på att någon lyckas få rätt i sin juridiska konstruktionism? Jo, men det händer ju hela tiden! Varje patent som beviljas, varje aktiebolag som bildas, varje kontrakt som respekteras innebär att någon har lyckats med sin specifikt juridiska verklighetsbeskrivning. För specifikt juridisk är den. Ingen människa har någonsin sett, hört, känt eller på annat sätt med sina sinnen förnummit existensen av ett patent, ett aktiebolag eller ett avtal. Detta är nämligen inte möjligt. De juridiska konstruktionerna

¹ Se Regeringsrättens Årsbok 2001, referat 50.

är helt enkelt sociala konstruktioner, de är psykiska företeelser som bara existerar i vårt medvetande och inte utanför det. Ett aktiebolag finns ju inte så som en glass eller en fotboll finns, utan manifesteras bara i årsredovisningar, bolagsordningar och liknande juridiska dokument.

På detta sätt är juridiken konstruerad. Den är helt enkelt en samling begrepp. Ibland koncentreras frågan om vem som har rätt, och till sist får rätt, till frågan om vad som kan bevisas ifråga om den yttre verkligheten (tänderna). Men lika ofta är man helt enkelt oenig om hur verkligheten ska inordnas i de juridiska abstraktionerna, det vill säga i begreppen. Är hockeyspelaren anställd? Innebär det som hänt att ett avtal slutits mellan parterna?

Även om det kan verka både torftigt och väl abstrakt är det i juridiken viktigt att skilja mellan termer och begrepp. Termer är beteckningar, etiketter som man sätter på något. Begreppen motsvarar det som betecknas, det som etiketteras. Ordet telemast är en beteckning, en term. Begreppet telemast är de faktorer sammantagna, som gör att vi väljer att använda termen telemast för att beskriva en sak som kanske råkar se ut som en flaggstång, men som i allt väsentligt fungerar som en telemast!

Juridikens förhållande till den omgivande verkligheten innebär alltså, att man använder särskilda termer och begrepp för att skapa en särskild juridisk verklighet. I bästa fall syftar denna juridiska verklighet till att underlätta för människan att lösa konflikter på ett smidigt sätt, ett sätt som upplevs som rättvist av så många som möjligt. Men ibland baseras hela verklighetsuppfattningen på juridiken, på det försåtliga och ideologiskapande sätt som jag pekade på i förra kapitlet (det står i lagen att vi inte får göra så, därför kan vi inte ha gjort så!). Det handlar alltså också om att ordna tillvaron och göra den hanterlig i någon mening.

Skillnaden mellan att ha rätt och att få rätt kan nu sammanfattas så här. Den traditionella beskrivningen är att medborgarna försöker få

rätt, medan domaren talar om vad som är rätt. Ibland får man rätt trots att man inte har det (tänderna), ibland får man inte rätt eftersom man inte har rätt (telemasterna). Och ibland får man inte rätt även om man har rätt, t.ex. om jag misslyckas med att bevisa att motparten verkligen är skyldig mig pengar, eller om domaren av ren okunskap inte skulle hålla med mig om hur de juridiska begreppen ska användas i just mitt fall.

Men är det då verkligen så, att juridiken leder till olika slags intellektuell verksamhet och resultat, beroende på om man tillhör medborgargruppen eller domargruppen? Det finns en latinsk sentens som brukar användas för att beskriva domstolens kompetens, *jura novit curia*. Detta betyder ungefär *domstolen känner rätten*, dvs. domstolen vet vad som är rätt. Denna föreställning är mycket levande bland jurister. Jag minns att jag under studietiden lyssnade på en föreläsning av en mycket framstående professor, som på fullt allvar hävdade att "domstolen kan inte ha fel".

Naturligtvis är detta rent nonsens. En sådan inställning leder nämligen till slutsatsen att makt är rätt, det vill säga att den som bestämmer alltid har rätt. För makten är den enda principiella skillnaden mellan medborgarna och domstolen; domstolen bestämmer.

Jag tycker att vem som helst borde kunna se att makt inte är rätt. Ett enda exempel räcker. Skulle ett på lagligt sätt tillkommet beslut att avliva alla judar vara rätt? Maktutövningen är både den nödvändiga och tillräckliga betingelsen för att någon ska *få* rätt. Exemplet med tänderna visade att den omständigheten att någon *har* rätt enligt lagen inte ens är en nödvändig förutsättning för att få rätt. I domstolen skulle ju försäkringsbolaget med all sannolikhet ha vunnit, inte jag.

Det är i själva verket sällan självklart hur den omgivande verkligheten ska sorteras in i den juridiska begreppsapparaten. Frågan om huruvida en viss hockeyspelare ska anses vara anställd är en fråga om värderingar. Detsamma gäller fallet med tänderna eller telemasterna. De juridiska begreppen kan vara mycket användbara,

men de är som sagt sociala konstruktioner. Begreppen existerar inte utanför det mänskliga medvetandet. Vi bestämmer deras innehåll genom tolkning, och i denna tolkning använder vi våra värderingar, medvetet eller omedvetet. Och det är denna verksamhet som resten av boken ska handla om.

3 Tolkning – av lag eller verklighet?

Min specialitet är skattejuridiken, och den stora skattereformen 1990 gav mig en hel del chanser att extraknäcka. Doktorandlönen från universitetet var ganska låg, så jag ställde upp i diverse sammanhang för att mot betalning hålla kurser om skattereformen. Jag minns en svettig kväll när frågorna haglade mot mig som kulkärvar: ”Hur blir det om man gör så här?”, ”Får man avdrag för det och det och det och det?” Jag pustade och svarade efter bästa förmåga på de mestadels ganska välformulerade frågorna. Kursdeltagarna visade tålmod när jag titt som tätt var tvungen att slå i lagboken, eller bland de över tretusen sidorna förarbeten (främst regeringens motiveringar till de nya reglerna) som ackompanjerade det nya lagverket. Men efter en stund hände det oundvikliga. Jag kunde inte ge något säkert svar på den fråga som just ställts.

”Jag vet faktiskt inte”, tvingades jag erkänna. ”Det går inte att svara säkert på den frågan. Just de där utgifterna nämns nämligen inte i själva lagtexten.” Jag ryckte på axlarna och lät blicken svepa över salen för att identifiera nästa frågeställare. Men jag kallades tillbaka av en mycket missnöjd röst.

”Jaså, du kan inte det.” En menande paus. ”Men du är ju jurist, säger du. Jaja, jag får väl fråga vår chefsjurist på jobbet. Han svarar aldrig så där. Han vet vad han talar om, och kan svara på allt.”

Jag suckade. Blev inte ens sur, eftersom detta slags missförstånd är så vanligt. Föreställningen om att det finns en ”gällande rätt” som i princip är heltäckande, är mycket gammal. Den ser ut så här: På varje fråga har lagen ett (1) svar. Detta svar kan ”plockas ner från hyllan”, bara man vet var det ligger. Skulle situationen ifråga inte

vara uttryckligen behandlad i lagtexten så är det ändå inget problem. För genom en uppsättning juridiska hjälpmedel, främst förarbeten och prejudikat, så kan man ändå med användning av särskilda juridiska argument och tankemodeller sluta sig till det enda riktiga svar som är varje juridisk frågas genes. Och därigenom lätt plocka ner det från den intellektuella hyllan.

Detta är strunt. Visst finns det exempel på regler med en så absolut och objektivt formulerad innebörd, att de aldrig eller nästan aldrig behöver tolkas. Det står t.ex. i lagen, att den som har rätt till avdrag i deklarationen för sina utgifter för resor med egen bil till och från arbetet, får dra av 17 kronor för varje körd mil. OK, 17 är 17, det är inte 16 eller 18, och det går alltså att ge ett säkert svar på frågan. Men det räcker att fortsätta läsningen i samma paragraf, så inser man hur svårt det är att skriva lagar som inte behöver tolkas: En möjlighet att kvalificera sig för sjuttonkronorsavdraget är nämligen, att man *regelmässigt* tjänat viss tid på att ta bilen, jämfört med allmänna kommunikationer. Naturligtvis kan ordet *regelmässigt* ges ett antal olika betydelser, som exempelvis fem, fyra eller tre dagar i veckan. Eller varför inte fem dagar i veckan, fast bara under semestern? Eller alla dagar i veckan, fast bara under fem månader om året?

Den traditionella metoden att lösa juridiska problem kallas rättskälleläran. Denna lära är i sig själv inte reglerad i någon lag. I stället är den en social konvention, en juristsamhällets kollektiva föreställning om hur man principiellt bör möta de professionella problemen. Jag ska inte trötta ut läsaren med alltför mycket detaljer om rättskälleläran. Men principiellt säger denna lära, att när lagens text inte förmår svara på den ställda frågan, så bör juristen först konsultera de s.k. förarbetena, alltså helt enkelt de motiveringar till lagen som publicerades i riksdagens böcker i samband med att den beslutade om lagen, lagändringen eller vad det nu rör sig om.

För den händelse att dessa motiveringar inte ger någon vägledning, så bör juristen enligt rättskälleläran vända sig till rättspraxis,

främst till Högsta Domstolens och Regeringsrättens domar, för att se om ett snarlikt fall avgjorts där. Finner juristen inte heller då något svar kan hon, beroende på vilket område av juridiken det rör sig om, vända sig till vetenskaplig litteratur, myndigheters allmänna råd (vilka inte är bindande), eller till sedvänja i någon aktuell bransch.

Detta med rättskälleläran låter kanske bra, men verkligheten är oändligt mer komplicerad. Språkets öppenhet gör, att de verkliga "hard cases", det vill säga de svåra fallen där maktens handlag prövas, kräver användning av de egna värderingarna eller moralen. Detta är hur lätt som helst att visa med ett exempel.

I lagar som behandlar familjerelationer har från tid till annan förekommit ordet "styvbarn". Bestämmelserna har ibland inneburit att styvbarn skall behandlas som "vanliga" biologiska barn. Men vad är ett styvbarn? Blir man automatiskt styvbarn om ens ene biologiske förälder gifter sig med en annan person. Eller måste man också ha levt ihop med förälderns nye make, eller åtminstone vara bekant med denne? Och kan man bli styvbarn till någon sedan man själv blivit vuxen?

Frågan är inte bara av akademiskt intresse. Beteckningen styvbarn är gammal, den används knappast i nyskriven lagtext. Om den lagtext där ordet förekommer är gammal kan man dra slutsatsen att regeln tillkom vid en tid då andra sociala förhållanden rådde än de som är aktuella idag. Styvbarn var relativt ovanliga fram till för ett par decennier sedan, och inte sällan dessutom "oäkta". De sociala förändringar som inträffat sedan exempelvis 1940-talet är ju inte precis försumbara. Vilken betydelse har det för lagtolkningen? Spekar det någon roll om personen ifråga själv vill bli betraktad som ett styvbarn? Kanske bör man bedöma situationen på ett för denna person så fördelaktigt sätt som möjligt.

Eftersom detta exempel så tydligt visar på att juristen är utelämnad till sitt eget omdöme, och i många fall måste ta egna eller andras värderingar till hjälp för att avgöra en fråga, så har jag brukat

fråga mina studenter vad de tycker. Vid omröstningar i grupper från 30 och upp till 170 personer har det visat sig att det inte råder någon som helst enighet om vad som bör läggas i begreppet styvbarn. Många anser att det räcker med att den biologiske föräldern gifter sig när barnet är vuxet, men något fler tycks mena att styvbarn och styvförälder nog åtminstone bör vara bekanta för att prefixet styv ska kunna användas. Ganska många tycker att styvbarnsförhållandet bara kan appliceras på ett barn som under barn- eller ungdomen lever någon tid med den vuxne.

Vad säger då rättskällorna? Man kan först och främst konstatera att motiveringarna i lagens så kallade förarbeten inte bidrar med något som kan hjälpa oss att lösa fallet. Och om så vore, skulle ju det som sades ha varit tungt belastat av ålder. Högsta Domstolen har dock en gång tagit ställning till frågan om man kan bli styvbarn till sin mammas eller pappas sambo.¹ Jag och många med mig blev nog lite förvånade när domstolen menade att det kunde man inte. Den biologiske föräldern och styvföräldern in spe måste vara gifta med varandra.

Så hur skulle det gå i ett verkligt fall? Tja, jag vet inte, det kanske skulle variera, beroende på kunskaper, värderingar och kanske även på det tillfälliga humöret hos den domare eller tjänsteman som hade att avgöra frågan. Läsaren inser kanske att det kan finnas flera tänkbara svar på frågan om hur en lagregel om styvbarn ska tolkas, och det var min avsikt med exemplet. Det fanns ingen "gällande rätt", inget färdigt svar som kunde "hämtas ner från hyllan".

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 förutsett när lagen skrevs, och där regelverket sätts på prov. Mer konkret innebär den-

¹ Se Nytt Juridiskt Arkiv, avdelning 1, 1995, s. 388 ff.

na 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 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 känslouttryck, 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 borgerliga (och förtryckande) 1800-talsvärderingar, så kunde 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. Stort förtroende kan väl vara bra på många sätt, men varför ska man vara okritisk?

Jag visade med det ganska triviala exemplet om styvbarnen, att värderingar är nödvändiga vid användning av lagen. Men detta behöver göras tydligare för att kunna bli föremål för användbar kritik. Man bör inse att det juridiska beslutfattandet inte bara består av lagtolkning i mer inskränkt mening, så som att definiera ett begrepp, i detta fall styvbarn. För användningen av lagen är något mer, nämligen tolkning av själva verkligheten.

Vi är tillbaka i början av 1990-talet. Jag är doktorand och sitter i mitt trivsamma arbetsrum på vindsvåningen i universitetsannexet. Det var en fin korridor som tillät både eftertanke och fest. Inredningen andades sextiotial, med heltäckande nålfiltsmattor på golven och väntrumsmöbler i fikarummet. Vi som arbetade där var nästan

bara doktorander, och vi löste dagligen de stora problemen över litervis med kaffe.

Idyllen bröts en dag av att telefonväxeln dirigerade en journalist till mig. Vid den tiden var jag mycket ovan vid mediamänniskor, och jag blev en smula nervös. Än värre när han klargjorde sitt ärende:

”Jo du, det var en nazistdemonstration igår kväll som vi bevakade. De hade hakkors och ropade sieg heil och nu undrar jag, detta är väl ett brott, alltså det är väl hets mot folkgrupp?”

Om jag varit den försiktiga typen skulle jag nu ha påpekat, att jag satt och skrev på en avhandling om skattejuridik och därför inte var särskilt väl skickad att besvara en fråga om straffrätt, det vill säga vad som är ett brott eller inte. Men jag talar ganska ofta först och tänker sen (något som ska ges särskild uppmärksamhet i ett senare kapitel).

”Absolut. Visst är det hets mot folkgrupp att gå omkring med hakkors och ropa så där”, svarade jag alltså.

”Ja, det verkar ju rimligt, jag tänkte faktiskt att de måste vara så.”

Men journalisten var ingen nybörjare, utan kände värdet av att ställa olika uppfattningar mot varandra. ”Det konstiga är bara, att när jag intervjuade en domare i morse så sa han precis tvärtom.”

Jag svalde och insåg att jag hade haft för bråttom. Nynazister var vid den här tiden en relativt ny företeelse i Sverige. Det hade hållits en del demonstrationer, utkommit lite tidningar och så, men varken myndigheter eller allmänhet hade insett att samhället stod inför en mycket obehaglig grupp personer, som måste motarbetas. I tidningarna hade det debatterats om nazisterna egentligen borde få demonstrera, och om inte deras attribut, t.ex. armbindlar, egentligen borde vara förbjudna. Men på myndighetsnivå gick det trögare. Stora skaror poliser vaktade små nazistgrupper vid demonstrationer, eftersom man uppfattade demonstrationsfriheten för dessa personer som lika skyddsvärd som andras. Demonstranter med uniformsliknande kläder och armbindlar hade inte dömts, eftersom deras attribut ”inte pekade ut någon särskild grupp”.

Andra jurister hade alltså bedömt frågan helt annorlunda, och

ansett att det var tillåtet att vifta med hakkors. Men jag kunde inte tycka som de. Låt mig först berätta vad lagen säger. I brottsbalken, 16 kapitlet 8 §, står att den som "i uttalande eller annat meddelande som sprids hotar eller uttrycker missaktning för folkgrupp" begår det brott som kallas "hets mot folkgrupp". Texten innehåller egentligen en hel del frågor som måste besvaras på vägen fram till ett ställningstagande om det är fråga om brott eller ej. Vad menas med meddelande? Vad innebär kravet på spridning? Vad är missaktning? Och vad är en folkgrupp?

Det står alltså inte i lagen att det är förbjudet att bära just en armbindel med ett hakkors. Samtidigt vet jag och de allra flesta människor i vår kulturkrets vad det innebär att exponera ett hakkors på detta sätt. Vår förförståelse om denna symbols betydelse under 1900-talet är tillräcklig för att samtliga mottagares associationer skall föra till nazismen. Hakkorset är symbolen för förintelsen av miljoner judar, zigenare med flera, och står för de rasistiska tankegångar som användes som motiv för morderna. Budskapet, det vill säga meddelandet, är alltså helt klart. Det går ut på att vissa utpekade folkgrupper är mindervärdiga, och att de bör undanröjas på något sätt. Om man går i en demonstration med hakkorset kan detta ses av många, och man har på detta vis även spridit sitt budskap. Förutsättningarna för brott är uppfyllda. Tycker jag. Det ändrar ingenting om någon förnärligt erinrar om att swastikan en gång var en oskyldig solsymbol, som fortfarande används på ett fredligt sätt av hinduer.

Utvecklingen gick ju också så småningom åt rätt håll. Domstolar och poliser bestämde sig för samma verklighetsuppfattning som den jag förmedlade till journalisten. Att bära en armbindel med ett hakkors var att säga något, att kommunicera något mycket hotfullt, och detta var förbjudet. Men ingen kan någonsin få mig att tycka, att den slutsatsen var resultatet av en objektiv analys av innehållet i rättskällorna. Lagstiftarna gav uttryck för en viss moral när paragrafen om hets mot folkgrupp skrevs, och jag använde liknande värderingar när jag kopplade hakkorset till förintelsen. Jag kunde valt att

ställa den naiva frågan: "Ja, men bara för att de bär hakkors är det väl inte säkert att de sympatiserar med mord på judar. Det är kanske Hitlers motorvägar de beundrar."

Det är, för att sammanfatta, ganska enkelt att finna exempel på hur mer eller mindre medvetna etiskt grundade ställningstaganden, sådana som är uttryck för det vi kallar moral, får inflytande över beslut i juridiska frågor. När man begrundar historien med hakkorset så förefaller det väl också önskvärt att moralen blir en "riktig" rättskälla, en legitim grund för juridiska ställningstaganden.

Men inget är självklart i detta sammanhang. Användningen av värderingar i juridiken behöver nämligen inte alls vara en fråga om moralens betydelse för rättsskipningen. Värderingar är inte bara av moraliskt slag. Det kan precis lika gärna vara fråga om andra slags subjektiva upplevelser av hur livet är beskaffat, till exempel värderingar av vilka slags verktyg som behövs i ett visst arbete. Låt mig exemplifiera detta på följande sätt.

Rätten att göra avdrag i deklarationen för relevanta utgifter, det vill säga att beskattas för sin netto- och inte för sin bruttoinkomst, är en grundprincip i modern inkomstbeskattning. Tanken är att det är nettoinkomsten som bäst speglar en persons verkliga skatteförmåga. Två personer kan ju ha precis lika stora inkomster, men helt olika utgifter för att skaffa dem. Den som har mest kvar efter utgifterna anses principiellt ha större skattekraft än den som på grund av höga kostnader tjänat mindre.

I lagens regler för löntagare står det faktiskt inte mycket om detta, närmare bestämt bara att avdrag skall göras för "utgifter för att förvärva och bibehålla inkomsterna". Detta uttryck känner väl de flesta till, och det är faktiskt hela lagregleringen för de "övriga kostnaderna". Det säger sig självt att en så vag formulering kan ges skiftande innehåll, och att den därför måste tolkas. Verklig ledning får man först genom att studera Regeringsrättens praxis. För några år sedan gjorde jag en undersökning av denna praxis för "övriga kost-

nader”. Jag gick igenom ungefär 150 rättsfall, avgjorda under nästan 50 år. Resultatet var inte särskilt entydigt eller konsekvent. Jag hittade vaga uttalanden om att löntagares utgifter måste vara *nödvändiga* för att vara avdragsgilla. Men uttrycket *nödvändig* är faktiskt nästan lika vagt som lagens ord om att förvärva och bibehålla inkomster. Och mycket riktigt visade min undersökning att tillämpningen av detta nödvändighetsbegrepp varierat mycket över tiden, och ifråga om olika yrkesgrupper.

I många fall är bedömningarna helt enkelt beroende av unika omständigheter. Utgifterna kan avse exempelvis facklitteratur, arbetsredskap eller specialkurser. Dessa kan ju vara i olika utsträckning *nödvändiga* för olika individer, även för dem som är verksamma inom samma yrke. Det finns faktiskt inget absolut mått på nödvändighet. Antag att en snickare köper en skruvmejsel. Man kan nog enas om att en det rör sig om en nödvändig anskaffning för en person med detta yrke. Man kan ju inte skruva med naglarna. Men hur är det med elektriska skruvdragare? Visst går det väl att utföra arbetsuppgifterna med endast det manuella verktyget. Och visst säger praxis att anskaffningen ska vara nödvändig för att vara avdragsgill. Men om nu i princip alla snickare har elektriska skruvdragare kanske det kan antas, att branschen präglas av en föreställning om att även detta verktyg är nödvändigt om arbetet ska kunna utföras korrekt med rimlig tidsåtgång, det vill säga professionellt.

Man kan alltså dra slutsatsen att frågan om avdrag för övriga kostnader ofta är en fråga om argumentation i unika fall. Det kan inte fastställas entydigt vad som är juridiskt rätt eller fel. I stället är det nödvändigt att använda värderingar, men dock alltså inte nödvändigtvis moraliska sådana, för att komma till ett användbart resultat. Här består värderingen i stället av en bedömning av om ett hjälpmedel är så viktigt, att ordet nödvändigt passar som beskrivning för detta förhållande.

Moralen har alltså en plats i juridiken, vare sig vi vill det eller ej. Men

även andra värderingar än sådana som vi uppfattar som typiskt moraliska kan alltså behövas om lagen alls ska bli användbar. Värderingar kan visserligen vara gemensamma och universella (du ska icke begå mord, du ska inte vara rasist), men de är lika ofta uttryck för intresse-motsättningar som skär rakt igenom samhällen, mellan rik och fattig, mellan män och kvinnor, mellan unga och gamla osv.

Svårigheten att ta hjälp av en värdegrund som är gemensam för flertalet människor är naturligtvis ett allmänt juridiskt problem. Det räcker till exempel inte att ropa på moraliska normer för att svara på frågan om vad som är en rättvis skatt. Visst, många har en bestämd uppfattning som går ut på att ta från de rika och ge till de fattiga. Men många andra anser att äganderätten eller önskemål om tillväxt eller något annat bör vara avgörande för skattereglernas utformning. Detta är politiskt och etiskt minerad mark. Det finns ingen egentlig gemensam värdegrund på detta område. Och det är samma sak på andra juridiska områden, kanske särskilt inom affärsjuridiken och socialrätten.

Men varför är det så? Svaret är helt enkelt att människor ser världen på olika sätt. Det är den gamla vanliga sinnevärlden juristen måste se på när lagen används, inte en juridisk idévärld. *Subsumtionen*, det vill säga användningen av lagen på verkliga fall, är egentligen inget annat än tolkning av verkligheten. Det är inte min uppfattning om vad som står i lagboken utan min föreställning om hur livet och världen ser ut, som kommer till uttryck när jag säger att hakkorsarmbindeln kommunicerar hat mot judar och andra folkgrupper. På samma sätt är det ett uttryck för min verklighetsuppfattning och inte någon intrikat lagtolkning, när jag påstår att det inte går att upprätthålla jobbet som snickare utan en elektrisk skruvdragare.

I nästa kapitel ska jag söka mig lite djupare, och på juridikens mikronivå undersöka hur ett värdeladdat begrepp kan få de mest skiftande innebörder när jurister tillämpar lagen på den verklighet de uppfattar.

4 *Normalitet – vad betyder det att bilar krockar oftare än fioler brinner?*

N.N. var sedan många år verksam som inköpare för en stor svensk butikskedja som sålde kläder för såväl män som kvinnor. Nu befann han sig på affärsresa. Inköparens uppgift var att leta fram nya produkter som kunde säljas till svenska och utländska konsumenter. För sina resor hade N.N. köpt en bil med ett bagageutrymme som svalde alla de prover som han samlade på sig vid besöken hos de olika modetillverkarna.

På dagarna besökte han lager, såg på kläder och träffade försäljare, och på kvällarna kopplade han av så gott det gick. Det var inte precis någon nöjesresa. Tempot var rätt högt, besöken var inplaneerade sedan länge, och N.N. kände sig uttråkad när han satte sig i bilen för fjärde dagen i följd.

Avstånden i Skåne är ganska måttliga, åtminstone för den som är van vid förhållandena i norra och mellersta Sverige. N.N. var väl bekant med landskapet, och tog sig nu för att svänga av motorvägen för att i stället köra en mindre landsväg och njuta av de natursköna omgivningarna. Han färdades någon timme genom ett böljande kulturlandskap, där åkrar varvades med ängar och luftig lövskog. Solen sken, och det var vår i luften.

Den lugna färden var tyvärr så lugn att den nästan blev sövande. På ett backkrön fick N.N. en rejäl sladd. Bilen gled på sidan av körbanan, och rakt in i ett mycket tjockt och gammalt träd. På detta syntes knappt en skråma, men såväl N.N. som bilen ådrog sig en del skavanker. Inköparen hade ändå tur. Han fick plåstras om på en

vårdcentral, och kunde sova ut på en liten gästgivargård som var bra mycket trevligare än de hotell han brukade ta in på i de stora städerna. Bilen däremot fick tillbringa några dagar på verkstad där den reparerades för dyra pengar. N.N. betalade räkningen, belåten med att vara vid liv. Så småningom drog han av beloppet i deklarationen.

Medlemmarna i dansbandet X ställde ifrån sig instrumenten. Kvällen stadshotellspelning var över. Nu väntade sömn, därefter frukost och resa till ännu en mellansvensk stad, där allting skulle upprepa sig imorgon, likt nästan tvåhundra andra kvällar samma år. Hotellet's husfru hade visat dem ett förråd på andra våningen, och förklarat att utrustningen skulle vara säker där. Att döma av den basanta låsanordningen hade hon rätt. Man låste in gitarrer och trummor och gick och la sig.

Låset visade sig hålla. När brandkåren var färdig med eftersläckningen någon gång på eftermiddagen nästa dag kunde man äntligen ta sig fram till förrådet. Låset hade nu smält ihop och var omöjligt att få upp. Dörren däremot var förkolnad och gav sig direkt för brandmännens yxor. Av instrumenten återstod inte mycket. Som tur var trilskades inte försäkringsbolaget. Men självrisken var mycket kännbar för bandet. Medlemmarna drog av den i sina deklarationer.

Historierna om inköparen och dansbandet är hämtade ur två rättsfall från Regeringsrätten.¹ De är inte exakt återberättade, men det behövs heller inte här. Det rör sig alltså om två prejudikat på skattejuridikens område. Läsaren behöver dock inte misströsta. Jag ska använda exempel från mer spännande områden lite senare. Nu vill jag föra diskussionen från förra kapitlet vidare, och med hjälp av begreppet *normalitet* konkret visa hur värderingar kan styra inne-

¹ Se Regeringsrättens Årsbok 1969 referat 4 samt 1977 referat 17.

hållet i juridiken. Föreställningen om vad som är normalt i tillvaron går nämligen på tvärs genom hela juridiken, och förekommer i flera olika skepnader.

Vid beskattningen av löntagare finns sedan mycket länge ett förbud mot avdrag för plötsliga förmögenhetsminskningar, kapitalförluster, som är inte *normala* i en anställning. Förbudet finns inte längre med i själva lagtexten men anses gälla ändå, på grundval av hur den viktigaste domstolen på området, det vill säga Regeringsrätten, tolkat lagen. Kravet på att en utgift måste uppfattas som normal följer alltså av den rättskälla som kallas rättspraxis.

Jag har undersökt hur Regeringsrätten genom åren har förhållit sig till normaliteten. När det gäller just förluster finns flera intressanta fall. Ett är alltså N.N. som var på tjänsteresa och råkade köra av vägen. Han fick avdrag för förlusten. 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.

Regeringsrättens motiveringar var mycket tydliga. Avkörningen var något som normalt kunde hända en tjänsteman på tjänsteresa, medan branden var onormal. Fallen är visserligen inte nya, men eftersom de är prejudikat kan de anses ha full giltighet som juridiskt källmaterial.

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 dagbarnsvårdare 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.

Eftersom olikheterna inte kan förklaras med olika behov, eller med något annat entydigt juridiskt argument, får man söka förkla-

ringen 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 väavlönat skrivbordarbete att betrakta en taxeringsnämndsordförandes kostnader för arbetsrum som normala, än vad det är för samme person att bedöma vad som är normalt för en person med 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 större 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 löjligt 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 beskrivan-

de 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 var 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. Men frågan är 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. Sakerligen 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. Tyvärr går det ändå för sakta många gånger, vilket Sverige faktiskt blivit påmint om av Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna. Denna instans har nämligen förklarat att handläggningen av vissa ärenden hos svenska myndighe-

ter och domstolar går alldeles för långsamt.

Den kanske mest uppseendeväckande föreställningen om normalitet inom juridiken finner man i skadeståndsrätten. På detta område gäller som huvudprincip, att det krävs två saker för att någon ska bli skadeståndsskyldig. Personen ska (1) ha varit vårdslös och (2) därigenom orsakat en skada.

Men hur avgör man om någon varit vårdslös? Jo, man jämför personens handlande i den aktuella situationen med ett handlande som kan betecknas som normalt. Och hur vet man vad som är normalt? Det är förstås svårt, men som hjälp har man uppfunnit *bonus pater familias*. Traditionellt anses nämligen den person ha varit vårdslös, som inte varit så försiktig som en god familjefar är. Omvänt är man inte vårdslös, och således vaccinerad mot skadeståndsskyldighet, om man uppträder lika präktigt som *bonus pater familias*.

Den som inte tidigare är bekant med denne gode familjefar tror kanske att jag skämtar. Detta låter ju så gammaldags och stockkonservativt att det är svårt att hålla sig för skratt. Men nej, jag skämtar inte. Å andra sidan har jag inte riktigt berättat hela sanningen. 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 parodisk för de flesta och uppfattas väl av många också som minst sagt olämplig i ett könsperspektiv. Men sättet att se på saken, själva jämförelsen med något slags normaltillstånd, är inte lätt att komma ifrån, och har betydelse för exempelvis skadestands- och försäkringsfrågor. Ett bra exempel är detta rättsfall från Högsta Domstolen.² Under en operation hade en läkare beordrat en sjuksköterska att fylla en spruta med etocain, men sköterskan tog i stället medlet etolein, och patienten blev skadad. När domstolen skulle bedöma om läkaren varit vårdslös tog man hänsyn till vad som ansågs vara

² Se Nytt Juridiskt Arkiv, avdelning 1, 1945, s. 669.

normala arbetsrutiner vid sjukhus i allmänhet. Detta ledde till att läkaren inte ansågs ha avvikit från det normala.

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.³ Jag ska nu 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.

³ Se Nytt Juridiskt Arkiv, avdelning 1, 2004, s. 231.

En kvinna mötte tre 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 ansåg att samlagen ägt rum mot hennes vilja. Jag ska först säga något om hur juridiken ser ut på detta område, och sedan diskutera Tumbafallet.

Sexualbrottslagstiftningen har blivit strängare på senare år, men är fortfarande föremål för kritik. Mycket av kritiken har gått ut på att kvinnor som varit offer för sexualbrottslingar fått schavottera i domstolen, när de åtalade männens försvarsadvokater frågat ut dem om deras sexualvanor, alltså om hur de betett sig vid helt andra tillfällen. Kritiken har också lyft fram att domare tagit hänsyn till sådant som kvinnors beteende och klädsel. Enligt många ger detta uttryck för en djupt kvinnofientlig syn på sexualbrott, där en kvinna i praktiken är medskyldig om hon till exempel klär sig utmanande. Ett synsätt som ytterst skulle kunna innebära att en endast en "vanlig" kvinna kan våldtas, men inte en prostituerad, för denna "ber ju om det", genom sitt beteende. Helt klart är väl att en sådan juridisk behandling innebär att kvinnor inte är lika inför lagen. Problemen med likhet ska jag diskutera mer ingående i ett senare kapitel.

Nu blir det emellertid nödvändigt för förståelsen av analysen av normalitet i juridiken, att jag förklarar något om hur juristerna ser på begreppet brott. Alla brott har förstås olika beskrivningar, men deras principiella konstruktion är densamma för de allra flesta brottsbeskrivningar i västerländska rättsordningar. Det jag syftar på är att brottet anses ha en *objektiv* sida, och en *subjektiv* sida. Den första är vad som faktiskt inträffat, den andra att det verkligen var gärningsmannens uppsåt (avsikt) att det som inträffade faktiskt skulle inträffa. Denna uppsåtslära är vad som principiellt skiljer brottet från olyckshändelsen. Om något inträffar endast på grund av att någon varit slarvig eller av ren slump, är det inte fråga om något brott. Principen om att brottet ska täckas av gärningsmannens

uppsåt är en mycket gammal rättssäkerhetsprincip, som numera också fästs på pränt i Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna.

När en åklagare åtalar någon för ett brott är det också åklagaren som ska bevisa att den åtalade är skyldig. Det som ska bevisas är inte bara att brottets objektiva förutsättningar är uppfyllda, dvs. att något faktiskt har hänt. Åklagaren ska också bevisa gärningsmannens uppsåt. Det krävs inte mycket fantasi eller erfarenhet som TV-tittare för att förstå att detta ofta är en mycket svår uppgift. I Sverige är det dock inte som i USA så att vissa bevismedel inte är tillåtna, som exempelvis bandinspelningar av visst slag, eller hörsägen. De europeiska systemen bygger i stället på vad man kallar fri bevisföring och fri bevisprövning. Detta innebär att såväl åklagaren som den åtalade har stor frihet att åberopa vilka bevis de vill, och att domstolen själv avgör hur den ska värdera bevisen.

I sexualbrottsmål har bevisvärderingen många gånger lett till problem. Antag att en kvinna följt med en man hem från krogen. De har sedan haft samlag. Kvinnan hävdar att hon tvingats till samlaget medan mannen påstår att hon varit med på det frivilligt. Nu måste domstolen bestämma sig för vem den ska tro på. En teknik som försvarsadvokaterna då har använt, är att med frågor till kvinnan försöka visa att hon tidigare haft för vana att ha samlag med en man första gången de träffas. På detta vis kan man ha velat framställa henne som mindre trovärdig, och göra det sannolikt att hon även nu ställt upp frivilligt. Advokaten kan på detta sätt också övertyga domstolen om att mannen, om han kände till att kvinnan brukade bete sig på detta sätt, inte kunde inse att det just denna gång inte var frivilligt från hennes sida. Om han inte förstod det är det nämligen inte bevisat att han haft till avsikt att våldföra sig på henne.

Det säger sig självt att frågorna till kvinnan i ett sådant fall kan bli mycket obehagliga, och att hon kan uppleva det som en stor kränkning att på detta sätt pekats ut som "lättfotad". Så länge regler-

na för bevisning är fria blir det dock svårt att undvika detta, och en ordning där frågor av detta slag förbjöds skulle förmodligen medföra att Sverige ganska snabbt blev fällt för brott mot de mänskliga rättigheterna av Europadomstolen. Å andra sidan kan man få ett intryck av att det i sexbrottsrättegångar ofta även ställs helt onödiga frågor till offren. Alla förnuftiga människor borde inse, att ett nej måste respekteras alldeles oavsett hur någon är klädd eller hur personen betett sig tidigare.

I Tumbafallet påstods det inte att våld eller sådant hot förekommit, som enligt lagen krävs för att det ska vara fråga om brottet *våldtäkt*. Men brottsbalkens regler innehåller fler sexualbrott. Grov våldtäkt är det som straffas strängast. Men detta, det grävsta sexualbrottet, kompletteras med bland annat *sexuellt tvång och sexuellt utnyttjande*. I Tumbafallet gällde åtalet mot männen 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 sig i ett hjälplöst tillstånd*. I motiveringarna till lagregeln och i andra domar har man ansett 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.

Detta var en beskrivning av vad som ska ha hänt, för att någon ska anses ha begått brottet sexuellt utnyttjande, det vill säga brottets objektiva sida. Men det är alltså inte nog för att gärningsmannen ska bli fälld. För det krävs 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 de tre männen 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 i det så uppmärksammade målet 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 gick ända upp i Högsta Domstolen, och jag ska så småningom säga något om hur det gick där. Men det är domen från mellaninstansen, Svea Hovrätt, som tydligast illustrerar betydelsen av domarnas uppfattningar om vad som är normalt. De var fem personer som dömde i målet, tre domare och två nämndemän (förtroendevalda lekmän). Av domarna var en man och två kvinnor, medan båda nämndemännen var kvinnor. Röstsiffrorna blev 3–2, alltså så jämt som det bara är möjligt. De tre domarna 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 (det heter faktiskt nämndeman) 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.

Där dök alltså normaliteten upp igen. Läsaren får ursäkta att det tog lite tid att komma dit, men sexbrotten är komplicerade konstruktioner. Detta kapitel är avsett som en kritik av juridikens lite aningslösa användning av olika normalitetsbegrepp, något som kräver olikartade och utförliga exempel. Vilket slags normalitets-

begrepp 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 betar 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.

De tre domarna som utgjorde majoriteten tycks inte ha resonerat likadant. Jag tror att de har provat kvinnans beteende mot vad de uppfattar som naturens ordning, och funnit att naturen inte sätter stopp för alla de vidlyftigheter som den sociala konvensansen 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. Vem 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 nämligen också en könsfråga. Är mäns och kvinnors förutsättningar så olika,

att den neutrala utformning som lagen fått egentligen bara ger mer makt åt männen, eller 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 de fem domarna är medvetna om hur de konstruerat sina egna värderingar. Ordet *normal* är nyckelord 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 ett så hjälplöst tillstånd som brottsbeskrivningen kräver. Det fanns alltså ingen hjälplöshet att utnyttja, menade rätten. Om offret inte är hjälplöst spelar det enligt denna juridik i princip ingen roll hur hämningslöst de inblandade betar sig.

Debatten som följde på avgörandet i Tumbamålet var livlig, och resulterade 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 det visa hur lätt juridiska motiveringar bara blir fasad-legitimationer.

Det jag pekat på här är naturligtvis ett starkt skäl för en öppen redovisning av de värderingar som kommer till uttryck i domar. Man bör alltså tala om vilka värden som man anser skall konstituera det normala. Juridiken får inte genom tystnad på denna punkt tillåtas monopolisera innehållet i uttryck som 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.

Jag har redan pekat på att domstolar och andra rättsanvändare regelmässigt använder ett språk, som förmedlar bilden av att de juridiska frågorna bara har ett enda svar. Exempelen i detta kapitel visar att en sådan objektivisering är ett bedrägeri. Kvalificerade rättsliga bedömningar är regelmässigt subjektiva. Det juridiska beslutfattandet 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 rent konkret att vi nu måste granska de värdemönster som styr innebörden i ofta vaga juridiska begrepp. Några skulle hävda att detta kunde ske som en inomvetenskaplig juridisk diskussion. Men om rättssystemets innehåll och anseende verkligen skall kunna återupprättas måste den diskussionen ske i den vidare offentlighetens ljus.

Ett av de många förhållningssätt som kan öppna rättssystemet mot resten av samhället 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.

5 *Kausalitet – Mrs. Palsgrafs jakt på orsaken*

Den täckta hästdroskan stannade utanför järnvägsstationen på Long Island och Mrs. Palsgraf gjorde sig beredd att stiga ur. Kusken hoppade ner från kuskbocken. Han höll upp dörren för sin passagerare, som värdigt placerade ett avrundat belopp i hans hand innan hon snabbt skyndade mot ingången.

Vädret var uruselt. Flera dagars regnande hade lämnat stora pölar överallt, och gatan var full av till synes genomblöta människor som alla tycktes lika höstlika som vädret.

När Mrs. Palsgraf steg in genom stationsbyggnadens stora dubbeldörrar var det som att komma in i en annan, bättre, värld. Den stora stationshallen var nästan ny, byggd så sent som 1922, och målad i ljusa färger. Överallt fanns små butiker och kiosker där man sålde biljetter och färdkost. Människorna som skyndade fram och tillbaka härinne såg på något sätt yngre och trevligare ut, än alla de våta och rufsiga stackare som tvingades befinna sig ute i regnet på gatorna.

Mrs. Palsgraf gick rakt genom den stora ankomsthallen och ut till perrongerna. Dessa var fem till antalet och löpte naturligtvis parallellt med varandra. På varje sida om respektive perrong fanns järnvägsspår. En sådan här dag var det bästa med Long Islands järnvägsstation det vågformiga plåttaket, som nästan tio meter upp i luften täckte samtliga perronger och höll regnet borta. Luften var visserligen mättad med rök från ånglokomotivens skorstenar, men jättelika elektriskt drivna fläktar gjorde ändå luften möjlig att andas.

Resan från Long Island in till New York gick numera snabbt.

Man kunde besöka storstaden över dagen och vara tillbaka före mörkrets inbrott. Mrs. Palsgraf hade köpt sin biljett dagen innan, och visste att tåget skulle avgå kl. 11.45 från spår 9, det vill säga från den perrong som låg längst bort från ankomsthallen. Bara tre minuter efter det att hon stigit ur droskan, exakt kl. 11.32, stod hon invid en bagagehylla mitt på perrongen, och väntade på tåget som ännu inte kommit in på spåret.

Tre minuter tidigare, kl. 11.29 skulle tåget mot Boston enligt tidtabellen ha rullat ut från spår 1, som var beläget vid perrongen längst bort från den som Mrs. Palsgraf befann sig på. Perrongen vid spår 1 var fylld till bredden av människor, bagage och en hel del djur av olika slag. Loket lättade på trycket genom att ångvisslan ljöd upprepade gånger. Minuterna före avgången blev till ett crescendo av jäktad aktivitet. Denna dag skulle Bostontåget, till skillnad från vad som annars var vanligt, komma att avgå bara ett par minuter försenat. Men förseningen skulle just idag ställa till större bekymmer än vanligt.

Just som tåget mycket, mycket sakta började sätta sig i rörelse skyndade en man ut från ankomsthallen med siktet tydligt inställt på Bostontåget. Han var medelålders, tämligen välklädd men sannolikt en aning berusad, att döma av hans lite osäkra steg. Mannen medförde en svart, hård, koffertliknande väska, som tydligen var tung, eftersom han fick använda båda händerna för att få den med sig. När tåget började röra sig hade han fortfarande ungefär fem meter kvar till den sista vagnens bakre öppna plattform.

"Håll, vänta, jag måste med!", stönade han. "Ni där, hjälp till här!"

Han satte ner kofferten och ryckte en konduktör i axeln. Denne hade just stått i begrepp att som sista person hoppa upp på plattformen och stänga grinden.

"Det är för sent, sir. Vi hinner inte få upp kofferten!" Konduktören tog ett par steg mot tåget, men den berusade mannen högg tag i honom igen.

”Dumheter. Hjälp till här annars har du inget jobb imorgon!”

Järnvägstjänstemannen slog ut med armarna och muttrade. Han slet ilsket tag i kofferten och visade sig vara betydligt starkare än dess ägare. Med egen kraft fick han upp den i luften och stapplade med några snabba okontrollerade steg fram mot den bortflyende vagnen. Den berusade lyckades rusa före och klev i farten upp för de tre trappstegen till den bakre plattformen. I farten tuschade han konduktören. Denne missade härigenom stegen, och tappade kofferten som föll rakt ner på spåret.

Det som nu hände var närmast otroligt. Kofferten slog med sidan i marken så att locket gled upp varvid dess innehåll, mängder av fyrverkeripjäser, spreds över spåret. Det gick inte att klarlägga varifrån den tändande gnistan kom, möjligen kan den ha kastats iväg från det bakre hjulparet på Bostontågets sista vagn vilken ännu inte hunnit mer än något tiotal meter bort från olycksplatsen. Hursomhelst så antände gnistan en raket, lyckligtvis bara en av de säkert femtio-sextio stycken som fallit ur kofferten. Men denna enda projektil skulle komma att göra ordentlig skada.

Raketen for med ett fräsande rakt upp mot det vågformiga tak som täckte samtliga perronger och spår, slog i just där vinkeln (på grund av takets vågform) var cirka 45 grader, ändrade riktning och flög under ett ögonblick nästan parallellt med taket bort till spår 9 där taket tog slut, studsade sedan mot en av de tjugotalet nästan meterbreda pelare som höll upp det gigantiska taket, ändrade återigen riktning, och flög nu snett nedåt, fortfarande utan att nämnvärt tappa fart. Projektilen slog i bagagehyllan vid spår 9 och exploderade med en kraftig knall. Explosionen fick en mindre våg att falla av hyllan. Den tämligen konventionella vågen bestod av två skålar, upphängda på ett litet ok som i sin tur hängde på en spetsig och ganska vass stålstav. Denna stålstav borrade sig rakt igenom Mrs. Palsgrafs högerfot.

Vad ni just läst är en lite överdriven gestaltning av det kända ame-

rikanska rättsfallet *Palsgraf mot Long Island Railroad Company* från 1928. Det fullkomligt osannolika händelseförloppet kom att vålla många jurister mycket huvudbry. Den skadade Mrs. Palsgraf beslöt sig nämligen för att stämma någon och kräva skadestånd.

I de flesta länders rättssystem krävs två saker för att man ska kunna få skadestånd för en skada, nämligen att man kan identifiera den som orsakat skadan, och att denna person varit vårdslös, dvs. slarvig på vanlig svenska. En diskussion om sådan vårdslöshet finns i föregående kapitel.

Men vem, och vad, var egentligen orsak till att hennes fot kommit att spetsas av den fallande vågen? Var det den berusade innehavaren av fyrverkeripjäserna? Hade han inte varit slarvig genom att berusa sig och genom att komma så sent till tåget? Ja, visst kan man tycka så. Men hade han verkligen orsakat skadan? Var det inte personalen på den pyrotekniska firman som var skadans egentliga upphov? Utan de fyrverkeripjäser som man sålt, och därtill förpackat på ett bristfälligt sätt skulle Mrs. Palsgrafs fot aldrig ha genomborrats. Och hade inte järnvägstjänstemannen och hans arbetsgivare järnvägsbolaget en skyldighet att motverka faror och olyckor på stationen och ombord på tågen? Innebar inte det att konduktören varit vårdslös, när han i strid med ordningsreglerna försökt hjälpa en passagerare upp på ett tåg som redan satt sig i rörelse? Var inte denna hjälp den direkta orsaken till skadan? Konduktören tappade ju kofferten ner på spåret, och satte därvid igång hela händelseförloppet. Dessutom; vem hade ställt en våg utrustad med en spetsig stålstav långt ut på bagagehylla?

Jag ska inte trötta ut er med en djupsinnig och tekniskt juridisk rättsfallsanalys. Men jag måste ju berätta hur det gick. Mrs. Palsgraf tog råd av sina advokater och stämde järnvägsbolaget. Och förlorade målet. Under årens lopp har många juridiskt skolade personer försökt att på ett mer principiellt sätt förklara varför. Den bästa analysen är nog, att man insåg att det rörde sig om flera samverkande orsaker. Av dessa drog man slutsatsen att konsekvenserna var så

avlägsna och opåräknliga att det vore orimligt att utkräva ansvar från någon, oavsett om någon varit slarvig eller ej.

Begreppsparet orsak-verkan är helt centralt för juridiken. Betydelserna av dessa båda uttryck är kanske särskilt tydliga inom skadeståndsrätten, som fallet Palsgraf handlar om. På detta område finns massor av exempel i litteraturen, fall där mer eller mindre osannolika händelser inträffat, och där styrkan i orsakssambanden varit avgörande för om skadestånd utgått eller ej.

Detta är visserligen inte rätt plats för en genomgång av den filosofiska debatt 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 de reflektioner om juridikens förhållande till kausaliteten, som följer senare i detta kapitel.

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, det vill säga 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 de så kallade skolastikerna. Nu identifierades olika typer av orsakssamband, såsom primära och sekundära orsaker, samt närliggande och avlägsna orsaker.

Med den här bakgrunden blir det än mer intressant att studera vilken betydelse synen på kausalsamband har inom 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 eller hon varit *verkande* orsak till en skada. Man kan ta exemplet med en bilförare som kör på en fotgångare. Bilföraren är verkande orsak till olyckan, och kan räkna med att få ta hela ansvaret om han eller hon varit vårdslös vid körningen. Däremot kommer normalt inte de personer som på olika sätt varit inblandade i konstruktionen av bilen, till exempel ingenjörer, bilbyggare och bilförsäljare att kunna hållas ansvariga. Deras tankar och handlingar kan 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 kanske inte så förvånande. Egentligen är det väl tämligen opraktiskt att leta efter orsaker alltför "långt bort".

Andra områden av juridiken uppvisar delvis andra mönster ifråga om krav 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 (vilket givetvis inte betyder att det är tillåtet att palla upp lik och skjuta på dem, även om man skulle råka ha licens för vapnet). 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 nämligen att gärningsmannen verkligen ska ha haft för avsikt att döda offret. Ett *finalt* orsakssamband ska således också finnas med i bilden.

Detta betyder alltså att två av Aristoteles fyra orsakstyper måste kunna konstateras, om någon ska dömas för mord. Det räcker alltså inte med att bara den ena orsakstypen är representerad. 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 i juridisk mening.

Men även om sådana helt lönlösa försök att döda någon inte kan bli mord i lagens mening, finns det som de flesta vet särskilda regler om försök och medhjälp. Dessutom har kretsen av personer som i juridisk mening kan vara orsak till exempelvis ett mord kommit att utökas på senare år. Detta har inte skett genom lagändringar utan genom omtolkning av befintlig lagtext. Bakgrunden är följande.

I det mycket omtalade Lindomefallet hade två män trängt in i en gammal mans hus och slagit ihjäl mannen med en stekpanna.¹ 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 vara 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 åklagare 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

¹ Se Hovrättens för Västra Sverige dom i mål nummer B 157/91.

deras gärningar betraktades på sätt och vis som en enda, de var alla orsak till polismännens död, och skyldiga.²

Men inte heller konstruktionen av denna kollektiva skuld, av detta gemensamma upphov, 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.³ 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 helt enkelt mer för att "åka dit" för ett brott, än för att bli skadeståndsskyldig. Egentligen är det väl inte så konstigt. 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 kan tycka att det är skäligt. Ersättningarna är inte som i exempelvis USA genom sin storlek utformade som straff i sig. Hos oss är konsekvenserna (straffen) i straffrättens regler mer långtgående än sina motsvarigheter i skadeståndsrätten (skadeståndet), åtminstone anses de vara det. Skadestånd innebär "bara" att man får betala pengar, inte att man måste sitta fängelse. Detta kan vara ett skäl till att straffrätten ställer högre krav på orsakssamband än vad skadeståndsrätten gör. Men det är inte självklart att det måste vara så.

² Se Göta Hovrätts dom den 7 juni 2000.

³ Se Nytt Juridiskt Arkiv, avdelning 1, 2002, s. 489.

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 syfte att exempelvis döda offret. För att ta reda på om det funnits ett sådant syfte (uppsåt) måste man ju "in i huvudet" på boven. Syftet är ju ett psykiskt kriterium, och åtminstone i princip helt subjektivt.

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 ingen som funderar på *finala* orsaker.

Men sedan finns det 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. Men 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 kassabiträdet 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 Aris-

toteles kausalitetslära karaktäriseras som en *final* orsak till inkomsterna. Ändamålet, det vill säga affärsinnehavarens syfte med marknadsföringen, är att öka försäljningen, och detta räcker. Ingen letar efter fler kausalsamband här. Avståndet och osäkerheten i förhållande till våra invanda föreställningar om orsak och verkan är 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".

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 tillsammans. 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?

Detta innebär att begreppen orsak och verkan, kausalitetsfrågan, inte är 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".⁴ 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 analyser av orsak och verkan inom skadestands-, 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 en variant av det jag diskuterade i kapitel 3, nämligen 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 kanske 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.

⁴ Se von Wright, Georg Henrik, *Causality and Determinism*, New York 1974, s. 53 ff.

Nutidens officiella verklighetsuppfattning behärskas förstås 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. Som aktiv akademiker vet jag att man har ett mycket stort förtroendekapital.

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, halvvuxen kattunge. De förbarmar sig över den, tar in den i bostaden, och ger den mat. Några månader senare är katten kvar. Den är nu köns mogen, och eftersom det är hona blir den ganska omgående dräktig. En kort tid senare blir kvinnan gravid och miraklet 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 de 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. I denna verklighetsbedömning kan resultaten gå åt mycket olika håll.

Ett problem med juridiken är att man stannar upp, och använder 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 de 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. Ett konkret exempel ska strax följa.

Den restriktiva synen på orsakssamband skyddar 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. Kapitalägare 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.

Ett bra exempel på hur juridiken på ett kontroversiellt sätt kan reducera verkligheten och ansvaret är det så kallade Dialysmålet, där en sjuksköterska ställdes till ansvar för att en dialysbehandling gick fel och en patient avled. Sjuksköterskan var den som närmast ansvarade för behandlingen, och domstolen ansåg att hon varit vårdslös. Detta är förstås mycket möjligt, men intressantare var hennes försvar. Hon hävdade nämligen, att hennes arbetssituation var så präglad av stress och bristande resurser, att en del av ansvaret borde falla på dem som hade det övergripande ansvaret för verksamheten, alltså på chefer och politiker. Men detta synsätt accepterades inte av domstolen. Så långa orsakskedjor ansågs inte vara tillgängliga för juridiken.

Med vissa av samhällets maktstrukturer är det nog egentligen 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 brotts-

offren. Vi är många som är skyldiga att underlätta ett värdigt liv för människor vi inte ens känner. Rättegången mot den som krökte fingret runt avtryckaren friar inte oss som inte var där, den prövar bara gärningsmannens ansvar.

Jag tycker att dessa exempel 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 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 varit omöjliga att uppfatta i en annan tid eller på en annan plats.

6 *Likhet inför lagen – hunden klockan tre och fjorton*

Som juridikstudent fick jag i Lund denna fråga av en professor: "Kan Pålsson nämna de två faktorer som konstituerar rättssäkerhet?" Jag blev lite förvirrad av begränsningen till två faktorer och svävade därför lite på målet. Professorn besvarade då snabbt själv sin fråga. Han sade barskt: "Rättssäkerhet är lika med förutsebarhet och likhet inför lagen!" Och sedan lämnade han helt sonika ämnet. Det var som om han upprepade en trollformel, och jag blev en smula besviken när ingen kanin hoppade fram ur hatten.

Jag förstod att rättssäkerheten inte kan preciseras med bara några honnörsord. Den kan överhuvudtaget inte preciseras på ett så enkelt sätt. Det är uppenbart att rättssäkerheten inte låter sig fångas på ett kortfattat vis, liksom det också är tydligt att den kan betyda olika saker för olika människor.

Det finns en rikhaltig flora av uttryck med direkt anknytning till begreppet rättssäkerhet. Exempel på sådana rättssäkerhetsfaktorer är analogiförbud, förbud mot viss retroaktivitet, krav på klar och tydlig lagtext, oskyldighetspresumtion, krav på förutsebarhet och förbud mot godtycke, krav på saklighet, opartiskhet, kommunikation, skyldighet att meddela beslut inom skälig tid, motiveringskyldighet, krav på offentlighet och kontrollmöjligheter, samt sist men inte minst, krav på likhet inför lagen.

En av den argentinske författaren Jorge Luis Borges noveller handlar om en man som inte kan glömma. Alla huvudpersonen Funes förnimmelser och minnen är osvikliga, och helt individuella. Allt han någonsin uppfattat med sina sinnen finns lagrat i hans medvetande. Funes kan kasta en blick på en vinstock och omedel-

bart uppfatta alla dess skott, druvklasar och individuella druvor. Han minns hur molnen rörde sig på himlen en viss dag, och kan jämföra den synen med skummet som en åra en gång åstadkom i floden Rio Negro.

Men Funes kan inte tänka. Han kan inte avskilja, generalisera och därigenom forma det medvetandets verktyg som kallas begrepp. Funes kan inte förstå hur symbolen hund kan omfatta så många olika individer av olika storlekar och former. "Det irriterade honom att hunden klockan tre och fjorton (sedd i profil) skulle ha samma namn som hunden klockan tre och femton (sedd framifrån)".

Den västerländska juridiken har en grundnorm som uttrycker och sammanfattar tanken på rättvisa och rättssäkerhet: Lika fall skall behandlas lika. Mot denna tanke står det nyckfulla godtycket. Likhetsprincipen återkommer i grundlagens krav på likhet inför lagen oavsett ras och religion, men också i konkreta paragrafer. Alla som mördar skall straffas, alla som tjänar pengar skall betala skatt.

Men Funes visar att det inte finns två lika fall. För att finna det som är lika måste vi alltid rationalisera bort något, vi måste avskilja information, om så bara tidpunkten för observationerna. Ett mord klockan två är inte ett mord klockan tre. OK, ta bort tiden. Ett mord begånget av en förtryckare är inte ett mord begånget av en förtryckt. OK, ta bort gärningsmannens livsbetingelser! En kapitalförlust i Småland är inte en kapitalförlust i Göteborg. OK, ta bort orten.

Föreställningen om total likhet är en ideologi, en falsk verklighetsuppfattning. Men relativa likheter finns. Vi konstruerar dem genom strunta i om klockan är tre och fjorton eller tre och femton. Sådan likhet som motiverar likabehandling är precis som andra rättsliga fenomen en social konstruktion, låt vara att den kan vara baserad på lång tids erfarenhet om hur människor bäst kan fungera tillsammans.

Inom juridiken har man länge talat om likhet inför lagen, som om alla kunde förutsättas vara helt eniga om vad det innebär. Men så är det inte. Det man möjligen kan säga att de flesta är överens om, är själva tanken på likhet inför lagen. Självfallet finns det bland jurister, precis som bland vilka människor som helst, olika uppfattningar om vad som är lika och vad som inte är det.

I juridisk teori har en traditionell åtskillnad gjorts mellan formell och materiell rättvisa. Principen om att lika fall ska behandlas lika ger då uttryck för det okontroversiella kravet på formell rättvisa, medan den materiella rättvisan får sitt innehåll genom olika uppfattningar om vad som ska betraktas som likt respektive olik. Men språkbruket är egentligen missvisande. Man borde inte tala om lika utan om jämförbara fall. Den formella rättvisans innebörd måste i själva verket vara att relativt likartade, jämförbara fall ska behandlas lika.

Detta mer realistiska synsätt kommer till tydligt uttryck i EG-domstolens sätt argumentera. Denna domstol är vad man brukar kalla en författningsdomstol. Detta innebär att den prövar om lagar är lagliga. EG-domstolen har nämligen till uppgift att vaka över den nationella lagstiftningen i unionens länder, och kontrollera om den är i linje med EG-fördragets regler om fri rörlighet för människor, företag, kapital, varor och tjänster, samt med annan EG-rättslig lagstiftning. Redan på 1960-talet förklarade EG-domstolen att de Europeiska Gemenskapernas regler (inom dåvarande EEC) generellt var överordnade alla regler i medlemsstaterna, och detta synsätt har sedan dess vunnit fullständig acceptans.

Sverige har, liksom flertalet andra länder i unionen, flera gånger förlorat i domstolen och därefter tvingats ändra i sin lagstiftning.

Eftersom EG-fördraget i mycket stor utsträckning handlar om att medborgare och företag runt om i Europa ska likabehandlas i medlemsstaternas lagar, går EG-domstolens verksamhet i stor utsträckning ut på att avgöra vilka fall som ska betraktas som lika respektive olika. Domstolens likhetsproblematisering har baserats

just på frågan om huruvida två fall är jämförbara eller inte. Man gör sig nämligen inte någon illusion om att medborgarnas fall någonsin är identiska. I stället diskuterar domstolen, om exempelvis situationen för en person som bor i Malmö och arbetar i Malmö, är jämförbar med situationen för en person som bor i Köpenhamn men arbetar i Malmö. I sådant fall kan domstolen komma att tvinga Sverige att ha samma regler för de båda personerna. Principen om allas likhet inför lagen används alltså här på ett mer preciserat eller avgränsat sätt: Jämförbara fall ska behandlas lika och övriga fall kan behandlas olika!

Tanken att *lika fall ska behandlas lika* kan spåras långt tillbaka i idéhistorien. Den rättssäkerhetsgrundsats som brukar uttryckas med orden *likhet inför lagen* är yngre, men ändå flera hundra år gammal. En skillnad är förstås hur man ser på vad som är likt och olik. Före liberalismens genombrott kunde ett brott begånget av en adelsman betraktas som olik ett brott begånget av en person i allmogen. Fallen var enligt den tidens uppfattning inte nödvändigtvis lika.

För den skull är det knappast rättvist att tillskriva liberalismen eller någon annan av de senaste århundradenas politiska ideologier all förtjänst av principen om allas likhet inför lagen. Det är nämligen inte särskilt svårt att spåra likhetstankar i religiösa urkunder, så som att människan står naken och likvärdig inför Gud. På samma vis återkommer tanken regelmässigt i filosofin, från antika texter, t.ex. i Aristoteles etik, till moderna rättsfilosofer som Hart och Perelman. Man kan naturligtvis också göra jämförelser med exempelvis Islams grundläggande föreställning om att människorna har samma värde inför Gud. Exemplet är många eftersom det rör sig om en universell mänsklig erfarenhet.

Även i svensk lag uttrycks likhetstanken tidigt. Än idag återges de så kallade Domarreglerna av tradition i lagbokens inledning. Dessa antas vara författade av Olaus Petri på 1500-talet, och här slås fast följande: "Lika brott kräver lika straff, och därför skall

man icke se därefter, att en är fattig eller rik, utan straffa den ena som den andra, där lika brott äro.”

Man bör också ha klart för sig att det även idag är så, att likhetskonstruktionen inte omfattar allas människors förhållande till lagen i alla sammanhang. Ett tydligt exempel på detta är de skillnader i straffpåföljd som kan bli aktuella för en förstagångs- respektive en återfallsförbrytare. Jag ska återkomma till denna och näraliggande frågor längre fram.

Jag ska dock inte fördjupa mig mer i likhetsprincipens idéhistoriska rötter. Detta är väl heller inte nödvändigt, eftersom principen har stor legitimitet och absolut inte är kontroversiell. De olika uppfattningarna tillstöter som sagt vid bedömningen av vad som är likt (eller jämförbart) respektive vad som inte är det. Det är dock värt att understryka, att principen om att lika fall ska behandlas lika alltså inte behöver betyda allas likhet inför lagen. Däremot är det en nödvändig betingelse för likhet inför lagen att lika fall behandlas lika!

En variant av likhetsprincipen kommer till tydligt uttryck i 1 kapitlet 9 § Regeringsformen, det vill säga i vår främsta grundlag. I bestämmelsen sägs att domstolar, myndigheter och andra med uppgifter i offentlig förvaltning ska ”beakta allas likhet inför lagen”. Detta är så klart och tydligt som det kan bli, även om regeln naturligtvis inte förklarar vilka fall som är lika/jämförliga respektive vilka som inte är det. Ansvaret för den bedömningen kan bara falla på den som har att använda regeln.

Likhetstanken är alltså inte bara en allmänt hållen målsättning, utan en konkret handlingsregel som myndigheterna är förpliktade att följa. Det finns dock två viktiga makthavare som bestämmelsen inte gäller för, nämligen riksdagen och regeringen! Dessa är när de stiftar lagar inte bundna av kravet på likhet inför lagen. Även om det kan verka överraskande finns det ett slags logik i detta. Det är den som tillämpar lagen som måste se till att alla medborgare står lika inför den. Däremot har de som skapar bestämmelserna en fri-

het att gynna eller missgynna olika personer eller grupper. Detta är i Sverige en politisk maktbefogenhet.

Naturligtvis betyder inte detta att riksdagen kan stifta vilka tåkiga eller diskriminerande lagar som helst. Även om just Regeringsformens likhetsbestämmelse inte gäller i lagstiftningsarbetet så är Sverige bundet av EG-rätten, som alltså anses ha högre rättslig dignitet än den svenska konstitutionen. Detta innebär att den svenske lagstiftaren inte får utnyttja sin frihet att gynna eller missgynna olika personer på ett sådant sätt, att det kommer i konflikt bestämmelserna i EG-fördraget om exempelvis fri rörlighet eller statsstöd. Dessutom gäller Europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna som lag i vårt land, och här finns också regler för hur man får lagstifta. Sverige har dessutom ingått mängder av internationella avtal som sätter upp gränser för vilka regler vi kan ha. Slutligen är det självfallet så att man måste ställa moraliska krav på lagstiftaren. Detta har bland annat nazisternas framfart under andra världskriget visat européerna.

Jag ska ta några exempel för att mer konkret illustrera hur likhetsprincipen blir aktuell i juridiken. Liksom i tidigare kapitel hämtar jag illustrationerna från områden som ligger ganska långt ifrån varandra. En poäng med detta är att visa hur generell problematiken är. Jag börjar med en del av förvaltningsjuridiken som berör skatteförvaltningen, och fortsätter så småningom med några mer tillspetsade exempel från straffrätten, innan jag avslutar med en kritisk reflektion. Det finns nämligen all anledning att ifrågasätta den ideologiska föreställningen att likhetsprincipen är en aktiv grundpelare i juridiken.

I de centrala förvaltningsmyndigheternas verksamhet gäller naturligtvis kravet på likhet inför lagen utan undantag. Det vanliga sättet att i Sverige organisera offentlig verksamhet på, är att låta en central statlig myndighet leda det konkreta arbete som utförs inom regionala undermyndigheter. Från och med 2004 har de tio själv-

ständiga regionala skattemyndigheterna, tillsammans med sin modermyndighet Riksskatteverket, uppslukats av en nyinrättad jättemyndighet, kallad Skatteverket. Genom denna fusion har vi fått en skattemyndigheternas hydra, med ett huvud på varje plats där det tidigare fanns självständiga skattemyndigheter.

Den viktigaste anledningen till reformen var att man ville komma till rätta med olikformig beskattning, exempelvis att avdragsyrkanden behandlades olika i olika delar av landet. Detta fenomen, att skattemyndigheter på olika platser gör olika tolkningar av skattelagstiftningen, har länge varit ett bekymmer för både företag och privatpersoner. Det finns gott om exempel. Förluster som uppkommit i företag, ibland uppgående till många miljoner kronor, har fått dras av i deklarationerna i vissa delar av landet men inte i andra delar. Identiska musikevenemang med dansband har kunnat bedömas som danstillställning på en ort men som konsert på andra ställen, med påföljd att momspåslaget kunnat variera stort. Löntagaravdrag för dubbel bosättning har oftare godkänts på vissa platser, utan att man kunnat se tydliga skäl för det. Listan kan göras längre.

Även från politiskt håll och inom skatteförvaltningen har man länge uppfattat detta som ett problem. Och man har tagit i rejält för att åstadkomma en lösning. Skattemyndighetsfusionen är faktiskt inget mindre än ett försök att se till så att en av Regeringsformens bestämmelser inte motverkar den rättsliga styrningen på skatteområdet. I 11 kapitlet 7 § av Regeringsformen finns det välkända förbudet mot så kallat ministerstyre. Innebörden av detta förbud är att varken regering, riksdag eller överordnad myndighet får bestämma hur en underordnad myndighet skall besluta i ett enskilt ärende. På skatteområdet har förbudet inneburit att Riksskatteverket (RSV) inte kunnat beordra landets olika skattemyndigheter hur de skall besluta i en viss fråga, rörande en viss skattskyldig person eller företag. Myndigheten har inte heller fått utfärda bindande generella regler för hur skattelagstiftningen skall tolkas, utan bara kunnat lämna allmänna råd.

Genom att vi nu fått en enda stor skattemyndighet blir förbudet mot ministerstyre inte längre tillämpligt inom skatteförvaltningen. Numera kan således en skattedirektör vid myndighetens centrala kansli ringa upp avdelningschefen i Göteborg, och tala om hur skattemyndigheten där skall behandla Volvo. Riktlinjer om lagtolkning kan åtminstone i teorin snabbt säkra likformig lagtolkning och rättstillämpning från Ystad till Haparanda.

Men jag tvivlar faktiskt på att myndighetsfusionen kommer att vara tillräcklig för att åstadkomma likhet inför lagen. Det går helt enkelt inte att använda lagen för att beskriva verkligheten. Det som bör vara är inte alltid det som är. Bara för att det står i lagen alla skall behandlas likformigt vid taxeringen behöver det inte bli så. Vi har i Sverige en månghundraårig kultur av självständiga myndigheter. Denna kultur är stark även på skatteområdet. Känslan av oberoende kommer ibland till uttryck genom att regionala skattemyndigheter tolkar lagen olika, utan att snegla på varandras resultat.

Myndighetsfusionen måste nog kompletteras med en attitydförändring inom skatteförvaltningen, med innebörden att likformigheten uppmärksammas än mer, och får en stärkt position i myndighetens ambitionsprofil. När nu det nya Skatteverkets ledning får verklig makt att styra lagtolkningen, får denna ledning också ett reellt ansvar för att likheten inför lagen förverkligas. Ansvaret förutsätter kraftfulla insatser.

Jag tror att möjligheterna till framgång är stora. Påståendet om att den svenska skatteförvaltningen är en av världens bästa är inte tomt skryt. Den är bra. Skattemyndighetsreformen är därför ett gott initiativ som kan medverka till ökad likhet inför skattelagen. Men Sverige är som vanligt inte bäst på allt. Förutsättningarna för direktstyrning är faktiskt redan bättre i de flesta europeiska länder, eftersom ministerstyreförbudet är en svensk konstitutionell uppfinning, känd i stort sett bara i Sverige och Finland. Bindande riktlinjer för tolkningen av skattelagstiftningen är en realitet sedan många år i exempelvis Danmark och Norge.

Man bör därför inse, att reformen är föranledd av att en regel i grundlagen (förbudet mot ministerstyre) faktiskt motverkar önskemålen om effektivitet och likformighet i modern myndighetsutövning. Det finns nog skäl att se över utformningen av själva ministerstyreförbudet, och ställa frågan om det är ändamålsenligt konstruerat. Problem liknande de som föranlett fusionen av landets skattemyndigheter finns nämligen även på andra områden, t.ex. när det gäller Riksförsäkringsverket och försäkringskassorna.

Den samling människor i Sverige som åtminstone i formell mening är de som har mest makt, riksdagen, står alltså över likhetskravet. Och det är klart, det är väl ganska lätt att föreställa sig svårigheterna med att föra en välfärdspolitik, där gynnandet av olika kategorier hela tiden skulle underställas domstolars prövning av huruvida ett likabehandlingskrav hade iakttagits eller inte. Faktum är dock att det finns länder där man arbetar på ett sådant sätt. I Sverige är dock möjligheten att behandla grupper av människor olika en politisk maktbefogenhet, ett verktyg som man väl ändå måste säga används ganska flitigt. Detta ställer till problem i perspektivet likhet inför lagen.

Jag antar att läsaren håller med om att kvinnor och män normalt bör vara lika inför lagen. Någon kanske tycker att kvotering är ett bra sätt att gå fram i vissa sammanhang, men som huvudregel framstår väl jämställdhet även inför lagen som ganska självklar för de flesta. Och det är detta som gör följande så problematiskt.

I syfte att stimulera arbetsmarknaden för bland andra hantverkare infördes under 1990-talet de s.k. ROT-avdragen. Dessa var egentligen inga avdrag, utan en skattereduktion som exempelvis den villaägare kunde bli berättigad till, som under beskattningsåret anlitat ett byggnadsföretag för att göra reparationer och förbättringar på villan. Reglerna försvann efter ett tag men återkom 2004–2005.

Parallellt med dessa skattesubventioner av en bransch där nästan

alla de verksamma är män, har under många år till och från diskuterats införandet av ett skatteavdrag för hushållsnära tjänster, som till exempel städning och barnpassning. Syftet skulle vara likartat syftet med ROT-reglerna, det vill säga att stimulera en sektor av arbetsmarknaden. På hushållsrådet är emellertid sannolikt de flesta verksamma personerna kvinnor.

Slutsatsen blir att män och kvinnor, verksamma inom dessa yrken, inte är fullt ut lika inför lagen. Visst, två snickare av olika kön eller två städerskor av olika kön behandlas lika, men inte en snickare och en städerska. Detta illustrerar svårigheterna med att avgöra vad man ska "hänga" upp likheten på. Kön? Klass? Yrke?

När det gäller ROT-avdragen respektive avdragen för de hushållsnära tjänsterna tror jag att den underliggande värderingen hos dem som är positiva till ROT men negativa till subventioner av hushållsnära tjänster är, att de förra är "finare" och således mer skyddsvärda än de senare. Ett uttryck för denna förtäckta värdering är att man i debatten använt den nedsättande beteckningen "pigavdrag".

Skattesystemets grundläggande syfte är visserligen att dra in pengar som kan användas till offentliga utgifter. Men skattereglerna används också för att kommunicera sådana värderingar, som omfattas av dem som har makt. Detta innebär att ett skattesystem med ROT-avdrag men utan avdrag för hushållsnära tjänster, förmedlar och cementerar uppfattningen att hantverksyrken är finare och värdefullare för samhället som helhet, än exempelvis barnpassning och städning. Det är en värdering som jag inte delar.

Men nog om skatter. Läsaren har naturligtvis redan insett att sammanslagningar av myndigheter och politiska ambitioner att behandla alla lika inte löser det egentliga problemet, även om det kanske är en förutsättning för att man ska ha möjlighet att lösa det. För den frågan som jag ställde inledningsvis återstår ju – vilka fall är lika/jämförbara och vilka är det inte?

I kapitlets inledning sade jag att likhetsprincipen inte heller idag omfattar alla människors förhållande till lagen i alla sammanhang. Ett klassiskt exempel är 5 kapitlet 7 § Regeringsformen. Här står klart och tydligt: "Konungen kan ej åtalas för sina gärningar." Enligt en annan regel gäller samma sak för drottning som i enlighet med bestämmelserna om kvinnlig tronföljd kommit att bli statschef. Och detta är alltså inte kuriosa, utan fullt verksamma regler. Enligt uppgifter i pressen (detta har jag inte kunnat kontrollera!) har kungen några gånger observerats av trafikpolis när han kört så fort, att det för en vanlig medborgare skulle ha medfört körkortsstraff. Men inget har hänt. Victoria som förväntas bli Sveriges nästa statschef, kan således se fram mot samma privilegier när hennes far är död eller har lämnat sin position. Även andra makthavare åtnjuter särskilda privilegier, om än inte absolut åtalsfrihet som kungen. Åtal mot en riksdagsman i många fall måste godkännas av en kvalificerad riksdagsmajoritet för att det ska få väckas.

Ett mer betydelsefullt exempel på systematisk olikhet inför lagen är emellertid de så kallade latituder för straffmätning som regleras i brottsbalken. Dessa tillämpas på ett sätt som inte sällan ger upphov till rubriker, och som ibland verkligen kan ifrågasättas. Systemet fungerar i korthet så här. Varje typ av brott har en egen paragraf där brottet beskrivs, och straffet anges.

Latituden består i att det ges en lägsta och en högsta nivå för straffet. Om någon till exempel avsiktligen anlägger en brand som innebär *fara för annans liv eller hälsa eller för omfattande förstörelse av annans egendom*, har personen begått brottet mordbrand (13 kapitlet 1 § i brottsbalken). Straffet ska vara fängelse i lägst ett och högst tre år. Om brottet av någon anledning anses mindre allvarligt blir straffet kortare.

På liknande sätt preciseras straffen för de flesta brott. En mängd kompletterande regler finns förstås också. Ibland kan fotboja användas, ibland är det tillåtet med villkorlig dom eller samhällstjänst. I ett antal paragrafer kan man också läsa vilka särskilda hänsyn

domstolen ska eller får ta när den bestämmer straffet. Om den dömde är straffad tidigare kan detta exempelvis vara ett skäl att välja fängelse för ett brott där även böter är möjliga att utdöma.

Men, och detta är ett viktigt men, lagen ger inga närmare anvisningar om hur man ska bestämma straffet, utan detta överläts till domstolspraxis att avgöra. Domstolarna sneglar förstås på varandras bedömningar, och det är helt klart att sådana bedömningar som gjorts av Högsta Domstolen får stor betydelse som prejudikat. Men samtidigt måste man inse, att hela idén med strafflituder bygger på att varje brott och varje brottsling ska uppfattas individuellt. Tvärtemot vad som var fallet med forna tiders straffrätt är det numera faktiskt meningen att likadana brott ska kunna ge helt olika påföljder.

Det viktigaste principiella skälet till detta är, att man för längesen såg straffet mer som en vedergällning. De gamla landskapslagarna innehöll till exempel mycket preciserade bötesstraff som inte förutsattes variera beroende på vem gärningsmannen var. I stället antogs de kunna reparera något av den skada som brottsoffret lidit. Dagens system däremot, bygger inte på sådan omsorg om brottsoffret utan på en ambition att förhindra framtida brottslighet, dels givetvis genom att i någon mån avskräcka andra presumtiva gärningsmän (denna ambition var framträdande även i förr), men även genom så kallad individualprevention. Detta innebär att syftet med straffet främst är att få gärningsmannen "på rätt köl".

Vad betyder egentligen detta? Jo, det innebär förstås att systemet öppnar för olika behandling av människor med olika bakgrund och livsomständigheter. Noppe från Danderyd, Putte från Hovås, och Pompe från Vellinge, som en dag byter ut tristessen på golfbanan mot ett litet intjack i farbror Carls kassaskåp i herrgården, har alla en god prognos. Detta betyder att dessa förstagångsförbrytare kan få lindriga straff, där fängelse undviks. När däremot Pekka från Akalla, Dario från Bergsjön och Ali från Rosengård för fjärde gång-

en bryter sig in i den lokala seven-eleven-butiken för att länsa den på cigaretter, trisslotter och folköl, så blir det kåken i några månader.

Men är detta likhet inför lagen? Tja, det beror på, som alla jurister plägar säga. Är fallen lika eller är de det inte? Visst, gärningsmännen är män, de är unga, de har begått inbrott, de är bosatta i Sverige, de har inte använt våld när de begick brottet. Men det finns också olikheter. De tre förstnämnda ungdomarna är förstagångsförbrytare, de kommer från överklassen och vet att föra sig, de är "etniska svenskar", de kommer att få jobb i pappas firma när de gått ut civi.ekonomlinjen, *och de kommer nog inte att göra om det*. Medan de tre förortsungdomarna har åkt fast förut, kommer från underklassen, är "andra generationens invandrare" och talar Rinkebysvenska, kommer att förbli arbetslösa under överskådlig tid, *och kommer därför alldeles säkert att göra om det*.

Det är bara bedömarens värderingar, åsikter, erfarenheter, fördomar och så vidare, som kan tala om ifall de fall jag just beskrivit är lika eller ej. Men användningen i praxis av latituderna i straffskalorna ger domarna vägledning. Det står visserligen inget i lagen om att en god individuell prognos bör leda till lindrigare straff allt annat obeaktat. Men i prejudikat från Högsta Domstolen har domarna *valt* att se det på detta sätt. Och detta stämmer alldeles säkert med hur de som skrivit reglerna sett på saken.

Vad blir då effekten av detta? Jo, det är klart att Noppe, Putte och Pompe kommer billigare undan än vad Pekka, Dario och Ali gör. Kanske inte varje gång, men de allra flesta gånger. Den jurist är blind, eller blundar, som inte ser att rättssystemet slår hårdare mot den som befinner sig längre ner i hackordningen. Rättssystemet ser inte dessa som lika fall – prognosen är ju bättre för de tre förstnämnda. Att de dessutom är rikare medan de tre andra är fattigare är en annan intressant olikhet.

Det säger sig alltså självt att domarnas värderingar spelar en avgörande roll när de bedömer brotts svårighetsgrad, den uppkomna

skadan, risken för återfall i brottslighet och så vidare. Annat som kan få betydelse, även om det sker omedvetet och egentligen inte ska spela någon roll, är uppmärksamhet i massmedia och andra starka opinionsyttringar. I ett senare kapitel ska jag diskutera omedveten påverkan lite närmare. Nu tänker jag, efter den påhittade historien med Noppe & co. fördjupa mig i ett särskilt brott, och göra några korta jämförelser för att visa att det jag just sagt om strafflatituder stämmer med verkligheten.

I brottsbalkens sextonde kapitel definieras brottet våldsamt upplopp. Denna gärning består principiellt i att den som ingår i en folksamling, vilken använder *förenat våld* mot myndighets- eller privatpersoner eller egendom, kan dömas böter eller fängelse i högst fyra år. För *anstiftare och anförare* gäller högst tio år i fängelse. Det är alltså ett brott som lagstiftningen ser mycket allvarligt på, eftersom så stränga straff kan utdömas.

Rättspraxis är dock inte fullt så skräckinjagande. Eller var inte, skulle man kunna säga, före Göteborgskravallerna som inträffade i samband med EU-toppmötet 2001. Före denna tidpunkt kunde man faktiskt hänga på en hotfull mobb, slänga sten på polisen, och ändå klara sig från fängelse. Det finns exempel på hur fotbollshuliganer kunnat bruka våld utan att några särskilt stränga straff utdömts.¹ Även nynazister har kunnat komma förhållandevis billigt undan. Man kan mot denna bakgrund konstatera, att rättspraxis före EU-toppmötet innebar, att inte ens nazister som gjorde sig skyldiga till våldsamt upplopp fick hårdare straff än sex månaders fängelse. Faktum är att fängelse inte alls behövde dömas ut för detta brott. Så kom då Göteborg 2001.

Spaltkilometrar har skrivits om dessa dagar i pressen, i debattböcker har man vänt ut och in på händelserna och deras betydelse för den så kallade antiglobaliseringsrörelsen. Jag ska inte lägga till

¹ Se t.ex. Nytt Juridiskt Arkiv, avdelning 1, 1995, s. 311, ett rättsfall som behandlar fotbollshuliganism i samband med ett fotbollsderby mellan Hammarby och Djurgården.

annat än följande reflektion om straffmätningen. En ung man, vid tidpunkten strax under 20 år gammal, var en av de många som greps och åtalades för våldsamt upplopp under den infekterade tid som följde på toppmötet. Tingsrätt och hovrätt fann det bevisat att han kastat sten mot polisen. Däremot var han inte straffad tidigare. I tingsrätten dömdes han till 2 års fängelse. Hovrätten sänkte straffet till 1 år och 8 månader. När målet efter lite längre tid avgjordes i Högsta Domstolen, hade frågan svalnat. I massmedia hade länge riktats kompakt kritik mot de oproportionellt långa straff som domstolarna i Göteborg beslutat. HD:s dom innebar inte att de brottsliga handlingarna som sådana omkvalificerades eller ansågs annorlunda. Mannen ansågs alltså skyldig. Däremot anknöt domstolen nu till den praxis som tidigare etablerats för bland andra fotbollshuliganer och nynazister, och sänkte mannens straff till 4 månaders fängelse.²

Straffvärdet för samma gärning, utförd av samma person, kunde alltså bedömas på fullkomligt olika sätt, och man kan väl egentligen bara spekulera om orsakerna. Vilka generella slutsatser kan man då dra av detta? Knappast några. Denna korta redogörelse för några enstaka fall räcker inte för att man på säker grund ska kunna döma de som dömer, eller reglerna, eller systemet. Eftersom jag varken var med vid rättegångarna eller då händelserna utspelade sig så har jag dessutom goda skäl att uttrycka mig försiktigt. Men man kan inte vara hur försiktig som helst och helt avstå från att reflektera. Det förefaller nämligen ganska klart att ett antal domare ansett, att det aktivisterna gjorde sig skyldiga till vid EU-toppmötet inte är jämförbart med motsvarande handlingar begångna av fotbollshuliganer eller nynazister.

Läsaren får gilla eller ogilla de jämförelser jag gjort här. Men skjut inte på budbäraren, för det är inte han som bestämmer. Det är inte

² Se Nytt Juridiskt Arkiv, avdelning 1, 2002, s. 198, och som jämförelse s. 533.

principen om likhet inför lagen som det är fel på, om nu något alls är fel. Lika lite som det är gudens fel när människorna dödar i hans namn. Principen om att lika fall ska behandlas lika är en gammal del av ett gemensamt mänskligt arv som vi inte kommer undan ens om vi skulle vilja det. Det är byggt på mångtusenåriga erfarenheter om hur vi bäst kan leva tillsammans. Det krävs ett stört, för att inte säga perverst och framför allt aktivt avståndstagande, om en individ inte ska anse att principen om likabehandling är något riktigt och i grunden positivt. Principen är per definition en del av varje människa, åtminstone till dess hon avsvär sig den och kanske även därefter.

Principen om att lika fall ska behandlas lika är alltså oundviklig, och den är bra. Den är så gammal, så inbyggd i oss människor, så gemensam och så universell, att man faktiskt skulle kunna kalla den för en naturlag, eller en gudomlig lag om man så vill. Men trots detta förnäma ursprung är likabehandlingsnormen tom när vi ska använda den. Den är nämligen oanvändbar, om man inte fyller den med något och tillämpar den på sin verklighetsuppfattning. Man måste bestämma sig för vilka fall som ska anses vara lika. Likheten måste konstrueras. Denna konstruktion är en social produkt som kan variera, praktiskt taget i det oändliga. För, som huvudpersonen i Borges novell visade, det finns inte två objektivt lika fall.

Sociala konstruktioner är vanligen storheter skapade av människan. De utmärks av att *de i många fall skulle kunna vara annorlunda*. Detta gäller förstås även uppfattningen att två företeelser är lika, eller åtminstone jämförbara med varandra. Som Berger och Luckman säger i det klassiska verket *The Social Construction of Reality*, så är människan "capable of producing a world that he then experiences as something other than a human product".

Egentligen har detta synsätt det största förklaringsvärdet om man tillämpar det på vad som brukar betecknas som den "institutionella verkligheten". Vi kan observera en flock jagande vargar och en grupp människor som spelar fotboll. Detta är icke-institutionella sociala företeelser. Men vi kan inte observera institutionella storheter som

regler, bolag eller stater. Dessa existerar inte i sinnevärlden. Endast deras symboliska materialisationer är synliga, till exempel lagböcker och bolagsordningar. AB Volvo finns inte i sinnevärlden. Bolaget är framför allt ett psykiskt fenomen, något vi människor tror på, och vi anpassar vårt sätt att leva efter denna tro.

Den fysiska världen och de icke-institutionella sociala företeelserna har ett relativt enhetligt innehåll, men detta gäller inte för institutionella fakta. För vi människor har olika uppfattningar om vad som är en rättvis skatt, eller vad USA står för. Detsamma gäller frågan om vad som är den "rätta" uttolkningen av en vag eller komplicerad lagregel. Eller vilka fall som är så lika, att vår nedärvda gamla princip kräver att de också ska behandlas lika.

Slutsatsen blir att rättsliga fenomen är sociala konstruktioner. De saknar helt enkelt självständig existens utanför människornas medvetanden. En del är medvetet designade, till exempel lagar. Andra kan vara resultatet av processer som inte nödvändigtvis är medvetna, så som tolkning av lagregler eller konstruktionen av likhet. För vem kan vara säker på att en lagstiftare, domare eller myndighetsperson använder likhetsprincipen på ett alltigenom medvetet sätt?

Nu skulle man väl kunna sucka och säga, att jaja, vi kommer väl inte så mycket lägre. Allt beror på individen och på omständigheterna. Vi får acceptera att människan och livet är så beskaffat, att vissa tycker att A är mest likt B, medan andra finner A vara mest likt C. Och så vidare. Och visst, så kommer det kanske alltid att vara. Men det går faktiskt att underlätta trovärdighet och tillit, genom att använda en tydlig, genomskinlig, *transparent*, och kontrollerbar argumentation.

Den som har makt att bestämma vad som är likt respektive olik, vad som är jämförbart och vad som inte är det, bör också redovisa sina skäl. Varför är A mest likt B och inte C? Det är väl ganska klart att denna bevisbörda väger tyngre i situationer där bedömningen avviker från den som medborgare i allmänhet gör. Rättssystemet eroderar nämligen om det inte accepteras av medborgarna.

En konkret slutsats av denna teoretiska utläggning blir, att när domstolarna skärpte praxis för våldsamt upplopp, så ådrog de sig också en bevisbörda, en skyldighet att för medborgarna visa varför aktivisternas brott var så mycket grövre och allvarligare än nazisternas och forbollshuliganernas. Den förklaringen saknas dock i domsmotiveringarna, och det är därför flera av domarna som följde på göteborgskravallerna framstår som särskilt politiska, och som grundade på en etablissemangets traditionella rädsla för vänstern.

7 *Ett liv för en sup – principer och regler*

Ruck Brita Mattsdotter bodde i Östanvik som ligger i Dalarna. Till hennes lilla hus kunde människor i trakten komma för att köpa sig en sup eller två. Detta var på 1860-talet, innan nykterhetsrörelsen påbörjat det segertåg som så småningom skulle kulminera i folkomröstningen 1922, och resultera i införandet av motbok och systembolag. På Ruck Britas tid var det annorlunda, svenska folket söp rejält, och det var brännvin som gällde, inget annat. För Brita själv var utskänkningsen en välsignelse. Hon var ensam och sjuttio år fyllda, tillika sjuklig av värk och stela leder. Hon orkade inte längre utföra annat arbete än att slå upp i glasen.

Det fanns gott om krogar på den här tiden, även om de inte såg ut som dagens stylade pubar och bistroer. På landsbygden gick det i själva verket oftast till så, att någon i trakten sålde brännvin och tilltugg hemma hos sig, i storstugan, som mycket väl kunde vara husets enda rum.

Den offentliga tillsynen av sådan verksamhet var ännu så länge blygsam. Däremot hade den sociala kontroll som såg till att dra folk till kyrkan på söndagarna och att begränsa antalet oäkta barn en viss dämpande effekt på helgsupandet. Denna sociala kontroll bevakade en regel som var viktigare för krögare och restauratörer att följa än någon annan bestämmelse. Inget brännvin fick säljas på söndagar. Inte en droppe. Och det var allvarligt om det ändå skedde, för det var en förbrytelse inte bara mot människan, utan mot Gud själv.

Sådan var nog de flestas uppfattning, men absolut inte allas. För törsten känner ingen almanacka, och en söndag eller kanske var det

flera, gick några män efter högmässan bort till Britas skjul i skogsbrynet. De lade sig på backen utanför, pratade, spelade kanske lite medhavt bräde, och började försöka beveka Ruck Brita.

”En liten rackare är väl inget. Men Brita, ser du inte hur jag lider, jag har en smed i skallen om det inte är fan själv som står där stampar! Så ge mig då bara halvan, så får du betalt för helan.”

Ruck Britas intresse ljög inte. Hon var fattig och föll till slut för frestelsen, i synnerhet som hennes respekt för vilodagen inte var baserad på tro, utan på rädsla för präst och annan överhet. Det som var bra med söndagen hade inget med brännvin att göra, det fina var att man kunde ta det lite lugnare denna dag, även om en kvinna inte var helt ledig ens då. Så hon lät karlarna få sina supar.

Så förflöt en tid och inget hände. Men den sociala kontrollen var satt rörelse. Det räckte kanske med att männen som druckit hos Ruck Brita den där söndagen kom hem till sig och luktade brännvin. Kanske var det någon av deras hustrur som spred ryktet. Kanske var det något av alla de barn som rörde sig överallt, och vars iakttagelseförmåga underskattades. Hursomhelst kom det till både länsmans och fjärdingsmans kännedom, att Ruck Brita Mattsdotter i Östanvik sålt brännvin på söndagar. Så i december 1864 anhölls Brita och fördes till Rättvik för att dömas av häradsrätten för det brott som hon genast funnit för gott att erkänna.

Hela julhelgen satt hon fängslad. Ingen vet hur hon hade det, om hon satt bortglömd i en mörk och drypande fängelsehåla, eller om man förbarmade sig, lät henne äta och vila så som hennes ekonomi annars sällan tillät henne att göra. Vi vet inte om Britas jul var förtryck och grymhet, eller barmhärtighet och mättnad. Kanske ska man inte förutsätta att poliser och fängvaktare jäklades med henne. Hon skulle, som vi snart ska se, få viktig hjälp från dessa senare.

Men alldeles oavsett hur Ruck Brita behandlades i häktet så måste hennes jul ha inneburit en ångestfylld väntan på det oundvikliga mötet med häradsrätten, vilken inte skulle samlas förrän under mellandagarna. Då skulle ett stort antal mål avgöras, innan domar-

na enligt tidens sed fortsatte till nästa större samhälle för att döma där under en vecka eller två.

Från domarna i häradsrätten väntade sig Ruck Brita knappast någon nåd. Och det fick hon inte heller. Målet, som föredrogs sista veckan i december 1864, var snabbt avklarat, och vi kan bara spekulera i hur mycket den enkla kvinnan begrep av förhandlingarna. Själva domen kan hon dock inte ha misstagit sig på. För olovlig utskänkning av brännvin på en söndag skulle Brita böta 100 riksdaler, samt i utskänkingsavgift erlægga ytterligare 40 riksdaler.

Man kan vara nästan säker på att Ruck Brita Mattsdotter aldrig ens sett så mycket pengar. Beloppet motsvarade vad det vid den här tiden kunde kosta att köpa en liten gård med ett rejält stycke mark. Så det var naturligtvis aldrig tänkt att hon skulle betala böterna. Det var nämligen fråga om ett förvandlingsstraff. Sådana var vanliga vid den här tiden, och de innebar helt enkelt att den som inte kunde betala sina böter fick sitta av dem bakom lås och bom. Alltså ett säkert sätt att skilja mellan rik och fattig.

Förvandlingsstraffet var drakoniskt och för en kvinna som Brita mycket grymt. Om böterna inte betalades inom föreskriven tid, skulle Brita föras till ett fängelse och där spärras in i 28 dagar på vatten och bröd. Och det var inte frågan om någon hotellvistelse, utan om en mörk, kall cell. Utan tänder att tugga med skulle det tilldelade vattnet gå åt till att mjuka upp den sannolikt mycket hårda dagliga brödransonen. För en sjuk och gammal människa var det troligt att straffet skulle innebära döden. Allt för några olagliga snapsars skull.

Men Ruck Brita Mattsdotter fick hjälp av flera personer. Hon skrev till kungs och "sökte i underdånighet" om att hon av nåd skulle slippa fängelse. Vi känner inte idag till hur man reagerade på orten, men det är väl troligt att upprördheten var stor. Dödstraffet *de facto* uppfattades säkerligen som ett övergrepp av många, eller åtminstone som en grov rättslig överdrift. Och att det var döden som väntade Brita bakom murarna framgår av intyget från Kungens be-

fallningshavande i Kopparbergs län. Denne tillstyrkte nämligen ”nådigt” bifall till hennes ansökan, ”enär det vore antagligt, att Brita Mattsdotter icke kunde uthärda den långa färden från hennes hemvist till cellfängelset, och derefter befordras till ofvanberörda förvandlingsstraff”.

Hennes ansökan blev liggande länge. När saken så småningom skulle behandlas av Högsta Domstolen hade inte mindre än åtta år förflutit! Ruck Brita var nu 78 år gammal, och hennes hälsa var ännu sämre än den varit när hon begick sitt brott. Det första intyget följdes nu av flera. Församlingsprästen, tillika ledamoten i kommunalstyrelsen bekräftade att Brita var född 1794, samt att hon av sjuklighet och ålderdomssvaghet vanligen var sängliggande. Såväl länsmannen som fjärdingmannen intygade att Brita var utfattig.

Högsta Domstolen behandlade hennes fall den 7 augusti 1872.¹ En majoritet av domarna tillstyrkte ”i underdånighet, att Kongl. Maj:t, med afseende på sökandens vitsordade höga ålder och svaghetstillstånd, måtte av nåd tillåta, att ... all fråga om verkställighet af förvandlingsstraffet må förfalla”.

Efter att ha haft Damokles svärd över sig i åtta långa år slapp Brita alltså undan. Vad det då var värt för henne vet vi inte, kanske levde hon ett bra tag till och hade det bra. Kanske spelade det inte längre så stor roll. Men vi vet att två av de sju domarna inte ville benåda Ruck Brita, utan ansåg att man borde avvakta hennes tillfrisknande, för att därefter förpassa henne till fängelset!

Möjligheten att ge *nåd* är att helt enkelt kunna säga, att ”OK, vi vet att du gjorde det, det är bevisat och du har blivit dömd i en rättvis rättegång. *Men eftersom det är orimligt att du ska behöva utsättas för straffet så slipper du undan.*” Under 1800-talet var det kungen som gav nåd, efter det att Högsta Domstolen sagt sin mening. Numera

¹ Rättsfallsreferatet är publicerat i Naumann, Tidskrift för lagskipning 1873 s. 184.

finns regler om nåd i 11 kapitlet 13 § regeringsformen, och det är regeringer som kan ge en dömd nåd.

Anledningarna till att någon blir benådad kan variera, liksom de minst sagt teknifierade juridiska förklaringarna. Men den underliggande bedömningen är oftast densamma som i fallet med Ruck Brita Mattsdotter. Man anser att det lidande som straffet antas medföra för den dömd, inte står i någon rimlig proportion till den gärning han eller hon dömts för.

Denna proportionalitetsprincip är naturligtvis inte ny. Vi känner den redan från Bibeln, om än i en råare form, nämligen att ett öga för ett öga och en tand för en tand, är rimliga straffande skadestånd. Alltså inte två ögon för ett, inte två tänder för en tand. Konsekvenserna ska stå i (rimlig) proportion till den bedömda handlingen.

Numera finner man proportionalitetsprincipen inskriven i olika lagverk, stora såväl som små. EG-fördraget har regler om proportionalitet, som innebär att man inte får ta till oproportionerligt starka maktmedel för att uppnå ett visst önskat resultat. I enskilda lagar kan man finna bestämmelser som förbjuder straff eller andra sanktioner vilka, liksom i fallet med Ruck Brita, framstår som orimliga i förhållande till den gärning som begåtts.

Lite senare i detta kapitel tänker jag diskutera den närmare innebörden av proportionalitetsbegreppet. Men först vill jag backa ett steg och anlägga ett fågelperspektiv. Proportionaliteten är nämligen bara en del av något betydligt större i den juridiska föreställningsvärlden. Jag syftar på den företeelse, eller den grupp normer, som går under den samlande beteckningen *rättsprinciper*.

Rättsteoretikern Ronald Dworkins analys av ett rättsfall från USA, *Riggs mot Palmer*, brukar tas som utgångspunkt när man vill förklara juristernas bild av vad rättsprinciper är. Rättsfallet innehöll följande intressanta omständigheter. Personen A hade i sitt testamente skrivit att personen B skulle få en betydande andel av A:s kvarlåtenskap, när A dött. B ville tydligen inte vänta till dess, utan

mördade A. Därefter ställde B krav på att få ut sin testamentslott!

Testamentet var i alla avseenden rättsligt giltigt. Det fanns inte heller några bestämmelser i lagen som sade att mördare inte kunde få ut arv eller testamentslott från sina offer. Slutsatsen skulle därmed vara att arvs- och testamentsreglerna gällde, oberoende av om de personer som gynnades av dessa regler påskyndat saker och ting genom att ta livet av arvlåtare eller testator.

Emellertid ansåg domstolen i New York att mördaren trots detta inte hade någon rätt till de tillgångar som han enligt sitt offers testamente skulle få. Domstolens motivering var, att användningen av lagreglerna om testamente var underkastad allmänna rättsprinciper, däribland principen om att ingen ska skörda vinning av sin egen orättshandling. Så mördaren fick inte en cent.

Jag misstänker att många reagerar på detta som jag själv, och tycker att utgången känns tämligen rättvis. Men vilken är juristernas uppfattning om vad som egentligen händer här? En vanlig för att inte säga dominerande föreställning är denna. Det juridiska systemet, om man nu alls kan tala om rättssystemet som ett system, består inte enbart regler. Det innehåller också principer. Man tänker sig att regler och principer skiljer sig åt på flera sätt. Regler är "vanliga" bestämmelser, som är giltiga och tillämpliga i sin helhet eller inte alls. Om regeln omfattar den bedömda situationen ska fallet avgöras i enlighet med regeln, punkt slut. Principen däremot, uppfattas som mjukare och mer elastisk. Den är ett skäl, ett argument, som talar i en viss riktning men som inte nödvändigtvis måste vara slutgiltigt avgörande.

Reglernas "absoluta" karaktär gör att de egentligen inte kan strida mot varandra. Om två regler omfattar samma fall, men anger två oförenliga konsekvenser, kan ju inte båda reglerna tillämpas. Regelkonflikter kan dock vara av mer eller mindre allvarligt slag. Ibland kan de faktiskt överbryggas. Om en regel säger att man *får* ha halvljuset tänt när man kör bil i dagsljus, medan man enligt en annan regel *inte får* ha halvljuset tänt när man kör bil i dagsljus, så är det

möjligt för en person att följa båda bestämmelserna. Detta beror på att den förra är fakultativ, medan den andra är ett tvingande imperativ.

Det går däremot inte att samtidigt tillämpa två regler som är logiskt oförenliga. Antag att man enligt en bestämmelse *måste* ha halvljust ränt om kör bil i dagsljus, medan en annan regel säger att man *inte får* ha halvljustet tänt om man kör i dagsljus. I ett sådant fall måste man behandla den ena bestämmelsen som icke-existerande, och alltså helt bortse från den.

Juridiken har förstås olika tekniska grepp för att hantera konflikter mellan regler. Sådana situationer uppkommer faktiskt ganska ofta. Det slutar då med att domstolen helt enkelt väljer vilken regel man ska använda. Rättsprinciperna däremot, kan mycket väl tillåtas strida mot varandra. De anses nämligen ha en sorts ”vikt” som regler saknar. I motsats till regler kan de därför vara tillämpliga samtidigt, och måste då helt enkelt vägas mot varandra.

I fallet *Riggs mot Palmer* skulle man kunna säga att principen om att lagar ska följas enligt sin bokstav i en rättsstat måste vägas mot principen om att ingen ska skörda vinning av sin egen orättshandling. I fallet med Ruck Brita står samma rättsstatliga princip mot den grundläggande proportionalitetsprincipen, det vill säga tanken på att straffet inte får vara orimligt i förhållande till den gärning som begåtts. Med gammaltestamentlig terminologi skulle detta kunna uttryckas så att det är fel att låta ett öga betalas med två ögon!

Man kan tänka sig mycket tydligare principkonflikter, eller principkonkurrens som det också kallas. Det är enkelt att konstruera ett tänkt fall, där två rättsprinciper kommer i konflikt med varandra. Låt oss utgå från vad jag diskuterade i förra kapitlet, nämligen den grundläggande rättsstatliga princip som säger att det ska råda likhet inför lagen. En annan, lika grundläggande norm för utformning av användning av juridiken, är den så kallade legalitetsprincipen. Det-

ta uttryck har historiskt blivit mest använt inom straffrätten, där det helt enkelt innebär att inget straff får dömas ut utan att det finns stöd i lagens ordalydelse för en sådan dom (*nulla poene sine lege*). Legalitetsprincipen anses av jurister numera gälla även på andra områden av den offentlighetsliga juridiken, exempelvis vid beskattningen.

Antag nu att åklagare runtom i Sverige av rent praktiska skäl avstår från att åtala personer som ertappats med att snatta i butiker, när värdet av det snattade inte uppgår till över 100 kronor. Lagen säger inget om belopp eller beloppsgränser, utan snatteri definieras i brottsbalken som en stöld, där "det tillgripnas värde och övriga omständigheter vid brottet [är] ringa". I så fall ska alltså dömas för snatteri och inte för stöld. Däremot finns ingen formulering i lagen som uttryckligen medger att man låter bli att åtala för att man har mycket annat att göra.

Antag vidare att åklagare någonstans i Sverige intar en mer nitisk attityd till snatteribrottet, och väljer att regelmässigt åtala även för småsnatterier. Konflikten mellan rättsprinciperna är nu ett faktum. Den person som åtalas för snatteri av en vara värd tio kronor anser att åtalet strider mot kravet på likhet inför lagen, eftersom andra som snattat för motsvarande belopp sluppit efterräkningar. Åklagaren å sin sida menar, att lagen definierar det inträffade som snatteri och att stöd i lagen finns för åtal. Åklagaren menar också, att eftersom lagen stadgar ett straff för snatteri så vore det lagstridigt att inte åtala.

Konflikter av det här slaget kan uppstå även på andra områden, exempelvis i skattejuridiken. Ett skatteavdrag som egentligen inte skulle godkännas kanske ändå godtas regelmässigt av olika skattekontor. Så sker ibland, av rent praktiska skäl, till exempel vid småbelopp som är svåra att kontrollera. När sedan några tjänstemän på ett skattekontor väljer att inte acceptera avdraget, ligger det nära till hands för de skattskyldiga som drabbas att hävda principen om likhet inför lagen, och att peka på att andra minsann fått igenom av-

draget. Skattetjänstemännen däremot kommer att säga, att avdraget enligt lagen inte är tillåtet, och att det är lagen som ska gälla!

Lösningarna på dessa fullt realistiska exempel är faktiskt inte självklar. En prognos är att det väger över starkt till legalitetsprincipens fördel, åtminstone i Sverige som har en legalistisk, lagtextbunden tradition. Likheten inför lagen uppfattas som en självklarhet, men tycks av någon anledning mer sällan åberopas i konkreta rättsaker i vårt land. Och att dess tillämpning verkligen inte är en enkel sak framgick ju i föregående kapitel.

Mot denna bakgrund kan man säga att rättsprinciper är tämligen vaga beteckningar på normer, vilka tänks fungera som ett slags "etiskt kitt" som i bästa fall länkar samman regler och gör dem användbara. En mjuk fästmassa med andra ord, som håller ihop det kantiga, lite kalla och glatta regelverket.

Denna metafor, och egentligen hela min förklaring av rättsprincipbegreppet, är dock förenklingar som gränsar till självbedrägeri. Rättsprinciper är nämligen inte alls någon homogen samling normer, utan i själva verket beteckningen på en löst sammansatt grupp. Låt mig förklara vad jag menar genom att först karaktärisera principerna efter deras manifestation och användning.

Vissa principer, som de hittills nämnda likhets-, legalitets- och proportionalitetsprinciperna är på sätt och vis egentligen regler, eftersom de manifesteras i paragrafer (såväl i Regeringsformen som i EG-fördraget). Man skulle därför kunna säga att det inte alls är fråga om något så subtilt som den norm domaren formulerade i *Riggs mot Palmer*, det vill säga att ingen ska skörda vinning av sin egen orättshandling. I stället handlar det om vanliga lagbestämmelser, om än abstrakt formulerade. Samma sak gäller en annan gammal känd rättsprincip, nämligen den som säger att man inte får ägna sig åt retroaktiv strafflagstiftning, alltså att i efterhand straffbelägga en handling som inte var straffbar då den begicks. Detta är uttryckligen förbjudet i grundlag.

Men det går också att formulera rättsprinciper som inte kan utläsas i lagens bokstav, och som åtminstone vid första påseende kan kännas svagare, vagare och möjligen också abstraktare än sådana principer som flutit in i själva lagen. Exempel är förstås det synsätt som domaren intog i *Riggs mot Palmer*, men det finns fler. Forskning har visat att vissa andra grundnormer, som mycket väl kan kallas rättsprinciper, också är återkommande i juridisk argumentation. Som exempel kan man ta principen om att en uppnådd ekonomisk position inte bör rubbas utan att goda skäl kan visas. Ett annat exempel är att tid, och passivitet från omvärlden, till slut skapar en berättigad förväntning hos den som befinner sig i en viss situation.

Även ifråga om konkret användning skiljer sig principerna åt. Vissa rättsprinciper, som legalitet i den offentliga rätten, passivitet i framför allt civilrätten, och neutralitet i skatterätten, används som argument av domstolarna. Domarna åberopar regelmässigt dessa principer, och hänvisar till dem i sina motiveringar. Andra principer, som exempelvis principen om likhet inför lagen, får nästan aldrig något utrymme. Den åberopas alltså sällan uttryckligen, medan vissa mer speciella principer kanske inte heller används av domare men i stället syns i propositioner, det vill säga i regeringens motiveringar till införandet av nya lagregler.

Det sätt på vilket rättsprinciper kommer till uttryck, respektive det sätt som de används på, visar på stor mångfald för att inte säga splittring. Det är för den kritiske därför befogat att fråga sig, om det alls är någon mening att tala om existensen av några principer. Faktum är, att vore det inte för att andra möjligheter finns till kategorisering så skulle jag nog se hela diskussionen om principer som ett slags hårklyverier. Men om man i stället studerar rättsprincipernas upphov och normativa innehåll blir bilden lite mer enhetlig, och det blir verkligt meningsfullt att skilja ut dem från regler.

Det är för det första lätt att visa att många principer har sitt upphov, sitt ursprung, i religiös eller humanistisk etik. Naturligtvis är tanken på att lika fall ska behandlas lika inte något som uppkom-

mit i och med att någon diskuterat införandet av en paragraf i en lag någonstans. I stället är det, som jag visade i förra kapitlet, fråga om kollektiv mänsklig erfarenhet av hur människor bäst kan leva tillsammans.

På samma sätt förhåller det sig med den proportionalitetsprincip, som fick Högsta Domstolen att inse att det skulle innebära betydligt *mer våld än nöden krävde*, om Ruck Brita Mattsdotter Ljutit döden för sin olovliga utskänkning. Att inte ta i mer än nödvändigt, och aldrig, aldrig, aldrig, ta två ögon i betalning för ett, har inte heller något med riksdagens lagstiftning att skaffa.

Det är alltså inte alls fråga om modern juridik, utan om *den juridiskt användbara moralens inflytande på rättssystemet*. Man skulle därför kunna säga, att det är principens innehåll som är avgörande för om den ska betraktas som en rättsprincip eller ej. Om principen ger uttryck för en rättsligt användbar sammanhållande värdeordning av etiskt slag, så är den med denna terminologi en rättsprincip. För vissa principer av mindre framträdande slag är det också så, att det är genom att rättfärdiga och ligga till grund för olika regler som principerna känns igen. Det finns faktiskt ingen särskild regel som talar om en "passivitetsprincip". Däremot är det så, att passivitet är ett återkommande kriterium i viss civilrättslig reglering och praxis. Genom att studera denna reglering kan man dra slutsatsen, att sådan passivitet som föder förväntningar vilka uppfattas som berättigade, principiellt rättfärdigar olika konkreta bestämmelser i civilrätten. Och vips, så har man alltså "upptäckt" en rättsprincip.

Allting hänger alltså ihop och det ser egentligen väldigt bra ut, åtminstone på papperet. Min analys antyder att vi lever i den bästa av världar, där juridiken bärs av upp av en moral som vi alla gillar och omfattar. Men så är det ju som bekant inte, och inget är så enkelt som det först kan verka.

Vilka effekter kan man anta att det får om regler rättfärdigas av underliggande moraliskt starka principer? Jo, detta gör rättssyste-

met uthålligt. Moralisk förankring av juridiken är nödvändig för att rättsapparaten ska få den *acceptans* som är nödvändig för att systemet ska fungera och inte haverera. Att medborgarna känner förtroende för lagen, att lagen har legitimitet, är helt enkelt en förutsättning för att rättsapparaten ska hålla samman.

Men rättssystemet har flera sidor, av vilka reglernas utformning bara är en. Lagarna ska ju också användas av någon, av domare, polis och myndigheter. Den moral som lagarna i bästa fall har byggts på måste naturligtvis få genomslag även i den konkreta tillämpningen. Lika fall måste behandlas lika, vilket innebär att likhet måste konstrueras på ett trovärdigt sätt. Straff och andra rättsliga konsekvenser måste uppfattas som stående i rimlig proportion till de bedömda handlingarna. Jag tror inte att det i längden räcker att man gömmer undan grundläggande värderingar av detta slag i en grundlag som bara jurister läser. Allmänhetens förtroende kommer i längden att förutsätta en större öppenhet i argumenteringen.

Man får alltså inte ta till mer våld än nöden kräver, och medborgarnas uppfattning om hur mycket våld detta är måste domstolar och andra maktutövare faktiskt beakta. Annars blir resultatet ett beklämning, ett ideologibygge, en falsk verklighetsbild, som riskerar att falla samman den dag då människor ser att verkligheten inte stämmer med det sätt som de läser kartan på.

Den riktigt svåra utmaningen är naturligtvis hur man ska möta uppfattningar hos allmänheten som är orimliga. Det är ju välbekant att inte bara individer utan stora grupper av människor kan förfalla till rasism och dödsstraff. Men detta behöver faktiskt inte vara något problem i förhållande till de rättsprinciper jag talat om här. För de allra flesta människor är det nämligen inte rimligt att acceptera en likhetskonstruktion som inte omfattar alla, oberoende av hudfärg. Och jag för min del kommer alltid att anse att dödsstraff är mer våld än nöden kräver. Detta är min uppfattning, och sedan får du, käre läsare, ha din mening om saken.

8 *Intuition – är den fria viljan en vetorätt?*

Det börjar i Farsta 1972 när Birgit och Bengt gifter sig med varandra. Vi vet det inte säkert men lyckan är nog närvarande vid denna tid, och eftersom Birgit har sin anställning på kontoret i Bengts verkstadsföretag är det väl troligt att de nyblivna makarna får mycket tid tillsammans.

Det mörkaste tänkbara moln skuggar dock redan från början äktenskapet. Birgit är nämligen allvarligt, dödligt sjuk, och hon vet om det. Sjukdomen tar redan från början på humör och krafter, och det dröjer inte länge förrän äktenskapet knakar i fogarna. Birgit känner nu att hon begått ett misstag, men inte bara ifråga om Bengt. Hon har också sannolikt missuppfattat de juridiska konsekvenserna av giftermålet. Makarna har visserligen upprättat ett äktenskapsförord, som resulterat i att bådas egendom är enskild. Men Birgit förstår nu också att eftersom hon inte har några barn, så kommer Bengt att ärva henne om hon inte besegrar sjukdomen.

Mindre än ett år efter bröllopet, i januari 1973, beslutar sig Birgit för att upprätta ett testamente. I detta har hon för avsikt att testamentera bort sina tillgångar till systern Lilly, systerdottern Marie-Louise och den tidigare maken Bo. Både systern och systerdottern kan visserligen ha rätt att enligt lag ärva Birgit, men detta gäller endast om hon inte har egna barn och inte heller är gift.

Testamentet skrivs enligt alla konstens regler, och nu återstår bara de så kallade formkraven. Med formkrav menas särskilda, nästan rituella, handlingar vilka måste utföras om den juridiska aktivitet som här består i konstruktionen av ett testamente alls ska vara giltig. Formkrav var mycket vanliga i äldre tiders juridik. De ansågs

som en försäkring mot okunskap, lättja och onödiga tvister, men blev under 1900-talet allt ovanligare. Vid upprättande av testamente gäller de dock alltjämt.

Vad är det då som gäller? Uttryckt på vanlig svenska bland annat följande. Den som upprättar testamentet ska underteckna handlingen, alternativt muntligen bekräfta att han eller hon redan tidigare har undertecknat den. Detta ska ske i två vittnens samtidiga närvaro, och vittnena ska förstås då också sätta dit sina namn.

I fallet med Birgits testamente var förutsättningarna alltså att Birgit var anställd på kontoret vid makens företag. Här arbetade ytterligare två kvinnor, Barbro och Marita. Alla tre hade eget tjänsterum. Birgits rum låg för sig. Barbros och Maritas båda rum hade ursprungligen varit ett enda, men delades nu i två genom att en ogenomskinlig glasskiva satts upp. Deras skrivbord var placerade på ömse sidor om glasskivan, men bara ett par centimeter från varandra. Mellan rummen fanns en dörr som nästan alltid stod öppen, och genom vilken de obehindrat kunde tala med varandra utan att besöka varandras rum. Rummen hade dessutom vardera ytterligare varsin dörr, den ena ledde till lagret och den andra till trapphallen.

Birgit färdigställde nu sitt testamente och lade det i ett kuvert som hon förseglade och undertecknade. Därefter skrev hon på konvolutet den vittnesmening som är typisk och i princip nödvändig för ett testaments giltighet. Formuleringen går ut på att vittnena dels intygar att testator har skrivit under dels att det är fråga om ett testamente. Däremot behöver vittnena inte läsa själva innehållet utan detta kan hållas hemligt. Birgit gick först in till Marita, lät henne skriva under som vittne, och fortsatte sedan in till Barbro där proceduren upprepades.

Så småningom flyttade makarna ifrån varandra men någon skilsmässa kom inte till stånd trots att Birgit hade planer på detta. I stället blev det så att hon 1975 avled av sin sjukdom. Maken Bengt klandrade i domstol det testamente som gjort honom arvlös i förhållande till sin bortgångna maka. Nu började en tvist mellan ho-

nom och de tre personer som Birgit testamenterat sina tillgångar till, en tvist som skulle föras ända upp i Högsta Domstolen och avgöras där i mars 1978.¹

Ingen ifrågasatte att testamentet var upprättat enligt alla konstens regler. Frågan var om det blivit bevittnat enligt de ålderdomliga formkrav som man alltjämt finner i Ärvdabalken. Som läsaren minns gäller att vittnena ska ha varit *samtidigt* närvarande. I hovrätten hade domarna ansett att det var helt klart att samtidighetskravet i tiden var uppfyllt. När det gällde samtidighet i rummet menade man att det inte varit fråga om full samtidighet, men att bevittningen ändå skett på samma adress, i rummen intill varandra och i ömsesidig vetskap om att man var vittnen. Testamentet kunde därför godkännas.

Men Högsta Domstolen ställde allt på ända, när den konstaterade att inte "någotdera vittnet följde vad som skedde" vid bevittningen. De var därför inte samtidigt närvarande i lagens mening. Och eftersom det är HD som bestämmer så var det så det fick bli. Testamentet var en gång för alla ogiltigt. Två av domarna uttalade sig särskilt, och förklarade att utgången var bra eftersom den förhindrade fler tvister av liknande slag...

Den tragiska historien med Birgits testamente väcker förstås många frågor. När det gäller själva samtidighetsproblemet tycker jag att det är lätt att hålla med hovrätten. Att den tunna glasskivan automatiskt skulle medföra att två personer varsin sida om den inte är samtidigt närvarande är verkligen ingen självklarhet. För att komma fram till något sådant tycker jag att man skulle behöva reflektera principiellt över vad man menar med samtidighet. Hur skulle man bedöma situationen med två blinda vittnen, som befinner sig i var sitt hörn av en stor sal? Vad skulle resultatet ha blivit om glasskivan varit genomskinlig?

¹ Se Nytt Juridiskt Arkiv, avdelning 1, 1978, s. 189.

Men det var faktiskt inte detta jag tänkte diskutera här. I stället vill jag reflektera över hur domare och andra "juridikanvändare" egentligen kommer fram till sina svar. Jag nämnde i ett inledande kapitel, att den så kallade rättskälleläran dominerar juristers bild om hur man faktiskt kommer fram till svaren på juridiska frågor. Den förhärskande föreställningen är, att juristen först söker lösningen i själva lagtexten, eller på vissa områden där det finns gemensamma europeiska regler. Om den svenska lagtexten är oklar och således behöver tolkas, vilket ofta är fallet, konsulterar man förarbetena. Det rör sig här främst om de motiveringar som regeringen presenterar tillsammans med lagförslag, det vill säga regeringens propositioner till riksdagen. Nästa viktiga rättskälla är rättspraxis, främst domar från de högsta instanserna. Beroende på vilket juridiskt fält och typ av frågeställning som det rör sig om, blir det här främst fråga om Högsta Domstolen, Regeringsrätten eller EG-domstolen. Härutöver finns svagare rättskällor, som exempelvis den rättsvetenskapliga litteraturen.

Men är verkligen lösningen på ett juridiskt problem alltid resultatet av användningen av denna nyss beskrivna juridiska metod? Skulle den verkligen hjälpa dem som hade att besluta om giltigheten i Birgits testamente? Eller är det kanske ibland så, att den juridiska motiveringen är något som används för att i efterhand rättfärdiga ett intuitivt svar, ett svar som man snabbt och genom en omedveten process kom fram till redan då man först ställdes inför problemet? Med andra ord, hur kommer juristen fram till sitt svar?

Den psykiska process som leder fram till en juridisk bedömning är svårgripbar. Kanske är det faktiskt ibland så, att juristen i en given ordning prövar rättskällematerial på problemet, till dess lösningen framstår som ett närmast naturligt resultat av operationen. Men jag tror att den beskrivningen är en förenkling, och att den ibland är väldigt missvisande, för att inte säga osann. Kanske är det i stället så att rättsliga bedömningar är som att lägga ett pussel, där bitar hämtas såväl ur rättskällorna som ur exempelvis vårt för dagen

goda eller dåliga humör? Redan när ett mindre antal pusselbitar finns på plats kan vi skönja resultatet av våra intellektuella operationer. Det bitar som därefter tillkommer förstärker i normalfallet bara den uppfattning som redan är etablerad i sinnet.

Kanske är det alltså så att juristen många gånger bestämmer sig först, och möjligen dessutom omedvetet. Detta skulle reducera den skrivna eller muntliga argumentation som omvärlden kan ta del av, domar och andra offentliga beslut, till ett rättfärdigande i efterhand av bedömningen. Frågan är ingalunda ny, och de engelska termer som oftast använts för att i rättsvetenskapliga sammanhang beskriva de båda företeelserna, är *process of discovery* och *process of justification*. Svenska, eller åtminstone försvenskade, beteckningar skulle kunna vara intuitivt upptäckande, respektive rättfärdigande.

Den internationella litteraturen rymmer ett betydande antal rättssteoretiska verk som med olika utgångspunkter särskilt uppmärksammar problemet med den juridiska beslutsprocessens psykiska struktur. Ett nordiskt exempel är dansken Alf Ross. Han är kanske den som tydligast betonat skillnaden mellan upptäckande och rättfärdigande. I boken *Om ret og retfærdighed* skriver han: "Når de samvirkende faktorer - den formelle og den materielle retsbevidsthed i forbindelse med opfattelser af lovens ord, formål, virkninger m.m. - har virket i dommerens sind og bestemt ham for en afgørelse, bygges der en facadelegitimation op, der i højere eller mindre grad afviger fra de der virkelig har bestemt dommeren."

Ross menar tydligen att den synliga (eller hörbara) rättsliga argumentationen tjänar som en motivering i efterhand av den rättsliga prövningens intuitivt tillkomna resultat. I konsekvens med detta är användningen av lagtolkningsmetoder och rättskälleläror normalt inte de egentliga orsakerna till de juridiska slutsatserna. I stället "er disse metoder så viseligt indrettet, at de aldrig pånøder sig, men kan udvælges efter behov. Det er icke dem der bestemmer resultatet, men resultatet der bestemmer dem."

Om Alf Ross har rätt kan man med fog hävda att rättfärdigande-

processen ofta innebär att olika tänkbara motiveringar testas på ett resultat. Justifieringen kan då sägas innebära en analys som syftar till att bekräfta, eller verifiera, resultatet av denna process of discovery.

På motsvarande vis kan naturligtvis den som står inför ett juridiskt problem spontant komma fram till flera alternativa lösningar i stället för en enda. Rättfärdigandet kan då liknas vid en process vars funktion är att peka ut mindre goda lösningar, att falsifiera dessa. Man kan här associera till österrikaren Karl Poppers vetenskapssyn. Popper menar, mycket förenklat, att en teori inte i första hand bör söka verifieras. Den bör i stället i princip accepteras till dess den kunnat falsifieras.

Associationen till Popper är naturligtvis intressant, men jag tycker att man bör vara försiktig med detta slags renodlat positivistiska analogier mellan synen på rätten och allmän vetenskapsteori. Rättsvetenskapen har visserligen betydelsefulla empiriska inslag, exempelvis studiet av rättspraxis. Men juridikens normativa sida i form av användningen av värderingar, är som framgått av de föregående kapitlen också omfattande. Jämförelser med erfarenhetsbaserade teorier riskerar därför att förmedla en alltför objektiviserande bild av juridiken, en bild som antyder att rättsliga frågor normalt endast har ett enda riktigt svar. Så är det inte alls, vilket jag om ett ögonblick ska utveckla.

Den uppdelning i intuitivt upptäckande och justifiering som jag nu gjort bekräftar mina egna erfarenheter och upplevelser av juridiskt beslutsfattande. Personligen, och jag vet att många andra jurister uppfattar saken likadant, får jag många gånger snabbt en eller flera lösningar i huvudet när jag ställs inför ett juridiskt problem. Först därefter börjar jag sökandet efter den rättsligt hållbara motiveringen. Det är inte alltid så, men det är ofta så.

När det gäller fallet med Birgits testamente var svaret på den juridiska frågan inte självklart. Jag tror för min del att de domare som

dömde i målet inte kan var helt säkra på vad det var som fick dem att bestämma sig för att ogiltigförklara testamentet. Kanske var det något slags förförståelse, kanske var det en detalj under vittnesförhören, kanske var det något annat.

Det är också mycket enkelt att på andra juridiska områden finna exempel på rättsfall, som illustrerar skillnaden mellan discovery och justification, mellan upptäckande och rättfärdigande.

Rättsfallet 1:69 i Regeringsrättens Årsbok från 1980 handlar om skatter. Det gällde ett äkta pars avdrag för ränta på ett villalån. Den make som ägde fastigheten var också ensam betalningsansvarig för lånet. Räntorna på lånet hade dock betalats av den andra maken. Reglerna sade (och säger alltjämt) att avdrag i självdeklarationen för räntor bara är tillåtet för en person som dels är formellt betalningsansvarig enligt låneavtalet, dels faktiskt också har betalat räntorna. Denna huvudregel skulle i rättsfallet kunnat leda till att ingen av makarna fick göra avdrag, eftersom den ene var ensamt betalningsansvarig medan den andre hade betalat räntorna. Regeringsrätten löste dock problemet, genom att i sin motivering anta att den betalande maken i själva verket ställt medel till andra makens förfogande, det vill säga att makarna helt enkelt sörjde för varandra ekonomiskt så som man förutsätts göra i ett äktenskap.

Resultatet blev den betalningsansvarige, men faktiskt inte betalande maken, fick sitt avdrag. Jag är inte alls kritisk till detta, utan tycker det känns rättvist och bra. Men jag får en bestämd känsla av att motiveringen tillkommit efter det att man bestämt sig för hur resultatet borde bli.

Men vad är det då som händer när juristen fattar sitt beslut? Hur ser den psykiska processen ut? Först måste jag väl göra ett förbehåll. Jag påstår inte att jag med mina kunskaper, vilka huvudsakligen inskränker sig till juridisk terminologi och begreppsapparat, närmare kan beskriva hur det mänskliga beslutsfattandet går till. Men jag kan reflektera över det som vilken allmänbildad människa som helst.

Den danske vetenskapsjournalisten Tor Nørretranders redogör i sin bok *Märk världen* för ett antal undersökningar utförda av Benjamin Libet, professor i neurofysiologi vid University of California i San Fransisco. Undersökningarna avsåg förhållandet i tiden mellan människors medvetna beslut att röra kroppsdelar, och de elektriska impulser som hjärnan via nervsystemet sänder till de muskler som skall utföra arbetet. Libets resultat är tankeväckande, för att inte säga förbluffande, och de ger perspektiv på problemet med den juridiska beslutsprocessen.

Libets undersökningar syftade till att fastställa den tidpunkt då ett medvetet beslut fattas. Han konstaterade till att börja med att den hjärnaktivitet som förberedde en viss muskelrörelse påbörjades ungefär en sekund innan kroppsdelens, till exempel ett finger, faktiskt rörde sig. Hjärnaktiviteten kunde fastställas med hjälp av EEG (elektroencefalografi, eller undersökning av aktiviteten i hjärnan genom mätning av elektriska fenomen på utsidan av skallen med hjälp av elektroder).

Hjärnan startade alltså det tämligen enkla arbetet med att böja fingret en hel sekund i förväg. Detta uppfattades som egendomligt. *Det tar nämligen inte en hel sekund från det att man bestämt sig för att röra ett finger, till dess man faktiskt rör fingret.* Denna självakttagelse talar således för att det medvetna beslutet att röra fingret fattas efter det att hjärnan påbörjat arbetet med rörelsen! Libets vidare undersökningar bekräftade detta synnerligen överraskande resultat. Han visade med sina experiment, att medvetandet om att vilja utföra en handling som man själv beslutar sig för infinner sig nästan en halv sekund efter det att hjärnan har börjat verkställa beslutet.

Vår föreställning om verkligheten är väl den, att vi först beslutar oss och därefter verkställer våra beslut. Men om verkställandet kommer först måste den fria viljan ifrågasättas. Är den egentligen inte mer än möjligheten att med ett slags veto avbryta alla de processer, som vårt undermedvetna ständigt påbörjar? De filosofiska

konsekvenserna av Libets resultat kan vara enorma. Och de skänker perspektiv på diskussionen om discovery och justification, upptäckande och rättfärdigande. Inte så att man med hjälp av neurofysiolgin säkert kan fastställa hur det juridiska upptäckandet går till. Men resultaten av Libets försök antyder att det undermedvetna, eller icke medvetna, kan fylla en större funktion i mänskligt beslutsfattande än vad man kanske vanligtvis föreställer sig.

Varför är då diskussionen om discovery och justification så viktig? Jag tycker det är självklart att man bör söka kunskap om vad som faktiskt verkar bestämmande på det juridiska beslutsfattandet. Det är väsentligt att domstolspraxis och annan maktutövning som baseras på juridisk argumentation, granskas med metoder som kan identifiera de värderingar och normativa mönster, som används utan att komma till direkt uttryck i motiveringar. Sådana mönster kan nämligen ligga till grund för en diskussion om maktutövningens legitimitet, om dess förmåga att vara trovärdig.

Om man avstår från detta slags reflektioner blir risken, att de värderingar och den verklighetsuppfattning som främst får sin betydelse vid det intuitiva upptäckandet av svaret på den rättsliga frågan, döljs bakom det slags fasadlegitimation som Ross talar om. Jag har tidigare konstaterat att den som använder juridiken regelmässigt lyfter in icke-rättsliga argument i den juridiska argumentationen. Man kan nämligen inte använda juridiken utan att samtidigt göra bedömningar av verklighetens beskaffenhet, oavsett om det rör sig om vad som är normalt (kapitel 4), orsakssamband/kausaltet (kapitel 5), eller vad som är jämförbart (kapitel 6). Och så vidare.

Det är mot denna bakgrund mycket viktigt att rättsvetenskapen inte bara fokuserar på den uttryckliga användningen av rättskällorna i justifieringsprocessen, utan också söker identifiera värdestrukturer som inte kan hänföras just till lagen, eller till propositioner eller prejudicerande rättsfall.

Det stora problemet är förstås att de psykologiska processerna är så svåråtkomliga. Detta behöver dock inte betyda att juridiska beslut är slumpartade, eller huvudsakligen hänförliga till sådant som inte anses relevant i juridiken. I stället är det väl troligt att exempelvis rättskällorna är en del av den intellektuella kontext som verkar bestämmande på oss, och som skapar något slag förförståelse. Men vi ska nog alltså inte inbilla oss att de är hela sanningen.

Möjligen är en motivering i efterhand allt vi till slut kan hoppas på, och denna kan i värsta fall vara en fasad som döljer och förvirrar. Men kanske kan justifieringen, rättfärdigandet, också ge en antydning vad som "verkligen hänt" i rättstillämparens sinne. I vilket fall som helst måste målet vara att den juridiska motiveringen skänker beslutet såväl inomvetenskaplig legitimitet, som trovärdighet i förhållande till samhället i övrigt. En förutsättning för detta är enligt min uppfattning öppenhet och stor utförlighet ifråga om de värderingar som används.

Kanske kan man också lära sig något av den hemska, men sanna, historia som jag läste i boken *Descartes' Error: Emotion, Reason, and the Human Brain* av neurobiologen Antonio Damasio. I slutet av 1800-talet inträffade en arbetsplatsolycka där en man fick ett järnspett rakt genom huvudet. Mot alla odds överlevde mannen, men han fick allvarliga skador på de främre delarna av hjärnan. Trots dessa fungerade han till synes normalt, åtminstone till en början. Så småningom visade det sig dock att hans känsloliv var i stort sett uträderat. All förmåga till medkänsla, empati, var som bortblåst. Men det riktigt underliga var, att detta även påverkade hans förmåga att fatta rationella beslut av det slag som man vanligen inte alls förknippar med känslolivet. Mannens liv blev ett kaos och han fick ett tragiskt slut. Kanske visar historien att "hjärtat" bör vara med, och faktiskt ofta också är med, även då vi inte är medvetna om det.

9 *Språket och juridikens entropi*

Den läsare som ännu inte gett upp utan fortfarande är med på denna kritiska resa genom Juridikland, har nog vid det här laget utvecklat tillräcklig tålmodighet för att uthärda en kort utflykt till grammatikens värld. Jag lovar att inte bli långgrandig eftersom grammatik är genuint tråkigt, men jag kan i dessa reflektioner inte undvika att beröra några av de egenheter som vidlåder (vilket ord, va?) och utmärker det juridiska språket. Någon omfattande inventering blir det inte alls fråga om, jag nöjer mig med exempel.

Ett av verbets *modus*, det vill säga former, är konjunktiv. Det kan exempelvis ge uttryck för ett *önskat* tillstånd: "Jag önskar att jag *vore* på semester, jag önskar jag *vore* rik." Konjunktiv används väl knappast annat än undantagsvis numera. Verbformen har dock spelat en stor roll i den juridiska språktraditionen, eftersom den också kan uttrycka det *tänkta*: Om jag *vore* på semester *bleve* jag nog brun. Denna konjunktivets möjlighet att beskriva det tänkta på ett språkligt lite "finare", mer sofistikerat sätt, har i tusentals svenska rättsfallsreferat kommit att komplettera redogörelser i imperfekt för vad som tilldragit sig.

Det har i domsmotiveringar kunnat låta ungefär så här: "Den tilltalades ombud förklarade därefter att han helst *såge* att rätten *toge* paus." Eller så här: "Ansökningen åtföljdes af ... intyg ... att Brita Mattsdotter *vore* utfattig ...".

Konjunktivet var fram till för inte så länge sedan en av de dominerande verbformerna i rättegångstext, vilket ibland kunde leda till komiska innovationer. Jag minns att jag en gång läste en dom i ett mindre brottmål där den åtalade tappat behärsknings under rätte-

gången. Han hade då använt verbet *skita* för att uttrycka sitt förakt för domstolen. Eftersom målet avgjordes för ganska länge sedan lär väl detta ord ha varit om möjligt än mer talspråks- och slangbetonat än vad det är idag. Detta hindrade emellertid inte den nitiske person som författade rättsfallsreferatet att omedelbart skapa en ny konjunktivform, genom att till sin berättelse tillfoga något i den här stilen: "Den tilltalade uppgav att han helst *skete* i rätten och gärna *såge* att den *droge* åt helvete"!

Jag ska bespara läsaren mer av dessa till prutthumorn gränsande referenser, och bli lite mer allvarlig. Den krångliga och ålderdomliga verbformen konjunktiv används väl knappast alls av domare längre, men det juridiska språket har varit, och är ibland fortfarande, så svårt att många människor inklusive en del jurister har svårt att förstå det. Förutom egenartade grammatiska former och uttryck på hopplös kanslisvenska, har man alltid haft en förmåga att skriva fruktansvärt långa meningar. Studera följande monster. Observera att den enda punkten finns vid styckets slut.

"Det med noggrannhet uppsatta referatet måste, om ärendet skulle af läsaren förstås, fullständigt upptaga den dömdes uppgifter i besvärsskrifterna, emedan han uti den ifrågavarande dispensansökningen vidhållit just dessa uppgifter, hvilka väl icke kunnat hafva inverkan på domstolarnes beslut, enär den tilltalade erkänt sin förbrytelse inför häradsrätten, på sätt denna rätts protokoll uttryckligen innehåller och i referatet finnes med kursiv stil särskildt utmärkt, men deremot nu, då om domen alls icke tvistades, utan frågan inträd på ett helt annat område – då den rörde en samvetssak, ett ämne som stod i samband med fångens religiösa lif, – så mycket mindre bort förbigås, som han, enligt hvad vi nyss erfarit, i ansökningen vidhållit dessa uppgifter samt enständigt förnekat sig hafva begått brottet och därför icke heller kunde förmå sig att, vid det enskilda skriftermålet, inför Gud framkomma med en lögn genom att, mot samvetets vittnesbörd, pådikta sig denna

speciella förbrytelse, eller, som han uttrycker det 'beljuga sig sjelf', men väl åstundade att, efter den allmänna syndabekännelsen, deltaga i försoningsmåltiden, – en åstundan, som, utan att kunna bereda honom timliga förmåner, antagligen förutsätter ånger och bättringsuppsåt.”

(Svar på fråga om varför vissa handlingar publicerats i samband med att man behandlat en ansökan från en livstidsfånge om att få delta i nattvarden, hämtad ur Naumanns Tidskrift för lagskipning m.m. från 1873)

Det har förstås hänt mycket sedan man skrev på detta kryptiska sätt, men det är inte alls fråga om något 1800-talssymtom. Det krångliga och svårbegripliga juridiska språket har varit, och är i viss utsträckning fortfarande, ett sätt för juristerna att skärma av sig genom att förläna sin verksamhet ett sken av upphöjdhet och hemlighetsfullhet. Jag tror med andra ord att många medborgare än idag har svårt att förstå vad domstolar och andra myndigheter (och för den delen politiker) säger. Skillnaden mot förr är att det finns en medvetenhet om detta, och att stora framsteg gjorts på senare år för att motarbeta kanslisvenskans avarter.

Naturligtvis är det inte bara domsmotiveringar och myndighetsbeslut som många gånger är svåra att begripa. Själva lagtexten kan faktiskt vara direkt vilseledande. För några år sedan gjorde jag en undersökning av vissa mycket vaga uttryck som återkom påfallande ofta i skattelagstiftningens paragrafer. Uttrycken var *nästan utslutande, huvudsakligen, betydande och ringa*. Det visade sig att det redan i motiveringarna till lagen förutsatts att dessa ord motsvarade så kallade kvantifierande begrepp. Orden skulle egentligen betyda procentsatser, nämligen ca 90 %, 75 %, 40 % och 5 %. Det är egentligen obegripligt att man inte skriver ca 90 % när man menar ca 90 %. Även om avsikten inte är att vilseleda blir detta naturligtvis effekten.

Men jag ska inte klaga mer. Att påpeka problemen med krångligt myndighetsspråk är att sparka in öppna dörrar. Det är självklart

att ett begripligt språkbruk är en förutsättning för demokrati och rättssäkerhet. Och sådana som jag (som utbildar blivande jurister) har onekligen ett ansvar för att detta förverkligas. Kanske betyder detta också att jag har del i skulden för de många språkliga problem som fortfarande finns på juridikområdet.

Det finns emellertid också en del förmildrande omständigheter. Jag tänker på det behov av precision som präglar lagspråk. Detta behov leder ibland till att det ganska väldefinierade juridiska språkbruket skiljer sig rejält från vad man skulle kunna kalla allmänt språkbruk. Ofta har ord inte bara en mer preciserad innebörd i juridiken, betydelserna kan skilja sig ganska mycket från varandra. Ett exempel är ordet *fastighet*. Detta definieras i jordabalken som ett speciellt, avgränsat område på marken. Träd, buskar och hus är i juridiken *tillbehör till fastighet*. I mäklarnas annonser är det dock inte ovanligt att man läser att fastigheten är nybyggd, nymålad eller reparerad! Målat på marken har väl människan inte gjort sedan hållristningarnas tid.

Skämt åsido, inte minst för jurister är det är viktigt att inse att det är det allmänna språkbruket som dominerar i världen. Även om man håller fast vid den juridiska innebörden måste man inse att samma *termer* kan avse helt olika *begrepp*, beroende på var de uppträder, i juridiken, i TV-soffan eller på stan. Och detta är nog svårt att undvika, eftersom kraven på språket blir olika i olika sammanhang.

Riksdagens lagstiftningsmakt innebär tillsammans med statens våldmonopol att medborgarna får finna sig i att underkasta sig en makt, som omfattar även den privata sfären och alltså sträcker sig ända in i hemmen. Det är så de flesta av oss vill ha det, åtminstone i någon utsträckning. Vi anser till exempel att den man som våldför sig på en kvinna ska straffas, oavsett om det är hans hustru eller någon annan, och oavsett om brottet begås inom hemmets väggar eller ej.

Men de bistra konsekvenserna av exempelvis brottet våldtäkt är

så allvarliga, att det inte får vara någon tvekan om vad man anser vara våldtäkt och inte. Detta har varit ett mycket aktuellt problem under de senaste åren, eftersom den precisa definitionen av brottet i brottsbalken inte alls överensstämmer med allmänt språkbruk, och med allmänhetens rättsuppfattning. Uppenbarligen finns bland människor en mängd olika åsikter om vad ordet innebär eller bör innebära.

Problemet ställdes på sin spets i Tumbamålet (se kapitel 4). Jag konstaterade att den svenska brottsbalken kräver att våld eller tvång av något slag förekommit, för att det ska vara fråga om våldtäkt i juridisk mening. Men i sin vidaste och vagaste betydelse har nog uttrycket våldtäkt av många uppfattats som praktiskt taget alla oönskade, tydligt sexuella handlingar, oavsett om de riktats mot en nykter eller berusad, mot en vaken eller sovande.

Detta synsätt närmar sig också den huvudregel som slagits fast av Europadomstolen för de mänskliga rättigheterna.¹ Denna domstol är den främsta instansen för uttolkningen av Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna. Enligt domstolen, och enligt lagstiftningen i flera europeiska länder, ska varje sexuell handling som inte grundas på samtycke vara straffbar. Men så fungerar alltså inte den nyligen uppdaterade svenska lagstiftningen om våldtäkt. Detta beror på att den svenska regeringen oroade sig för de bevisproblem man ansåg skulle bli följderna om lagstiftningen formulerades på ett sådant vis. Regeringen kritiserades för övrigt av lagrådet för sitt sätt att se på saken. Lagrådet är den grupp av jurister som granskar om nya lagförslag är förenliga med våra grundlagar och med de mänskliga rättigheterna. Tyvärr är dock lagrådet en blek ersättning för de författningsdomstolar som finns i många andra europeiska länder, eftersom rådet bara är just rådgivande, och ganska ofta körs över av vår beslutsamma regering.

Men det räcker inte med att man försöker utforma lagtexten på

¹ Dom i målet M.C. den 4 december 2003.

ett sätt som stämmer överens med allmän rättsuppfattning och moral. Dels naturligtvis för att sådana uppfattningar långt ifrån alltid är enhetliga bland medborgarna, dels för att behovet av språklig precision är så stort. Lika säkert som att det finns olika uppfattningar om innebörden av ordet våldtäkt är att rättssäkerheten kräver en så precis gränsdragning som möjligt. Naturligtvis gäller detta krav på precision inte bara ord med stark laddning. Det är en rimlig uppfattning att juridiken behöver ändamålsenliga och avgränsade begrepp som verktyg. Jag tror de flesta människor inser att en rättskipning byggd på bara känsloupplevelser är orimlig. I stället krävs att medvetandet får verktyg att arbeta med. Funes (se kapitel 6) visade oss att iakttagelseförmåga och minne inte är tillräckliga egenskaper för att vi ska kunna applicera gemensamma värderingar på vår gemensamma verklighet. Det krävs också etiska ställningstaganden om juridiken ska kunna bidra till i att människor så långt det är möjligt får möjlighet att leva ett värdigt liv.

Slutsatsen av diskussionen blir att den språkliga precision, och de definitioner som nog av många uppfattas som hårklyverier, vid närmare eftertanke ändå ofta försvarar sin plats i juridiken. Man måste helt enkelt ställa höga kvalitativa krav på det intellektuella verktyg som ska skilja mellan gott och ont, mellan tillåtet och otillåtet. Att finna ett språk som präglas av både begriplighet och precision är utan tvekan juridikens största tekniska utmaning.

Men hur är det då med de *kvantitativa* aspekterna på det juridiska språket? Faktum är att det inte har sagts så mycket om detta under senare år som kanske skulle ha varit motiverat. Det finns därför en hel del att diskutera. Jag tänker främst på den enorma textvolym som utgörs av de samlade rättskällorna. Mitt eget specialområde, skattejuridiken är ett bra och lite skrämmande exempel.

Inför det som kallades "århundradets skattereform" 1990 producerades inledningsvis, liksom vid all ny lagstiftning, utredningsförslag vilka publicerades i serien Statens offentliga utredningar

(SOU). Därefter remitterades förslagen till lagrådet, varefter man författade propositionen och betänkanden från riksdagens skatteutskott. Detta är det typiska material som i princip alltid föregår nya lagar, och som med ett gemensamt uttryck kallas förarbeten. I svensk juridisk tradition är förarbeten en rättskälla, något som domare och andra rättsanvändare tar till hjälp för att tolka lagen.

Det samlade förarbetsmaterial som föregick skattereformen, och om fortfarande är relevanta tolkningshjälpmedel, uppgick till över 3 000 sidor! I det kontinuerliga lagstiftningsarbete som ägt rum från 1990 och till idag, har tillkommit ytterligare flera tusen sidor med regeringens och finansdepartementets synpunkter på hur lagen ska tolkas.

Varje år avgör Regeringsrätten ett par hundra mål som handlar om beskattning. Domstolen har dessutom med åren blivit bättre på att motivera sina beslut, varför motiveringarna blivit alltmer vidlyftiga. Till detta ska läggas Skatteverkets alla broschyrer, handböcker, allmänna råd och andra uttalanden som görs enkom i syfte att underlätta tolkningen av de olika skattelagarna. Ett rimligt antagande är att Regeringsrätten och Skatteverket under ett händelserikt år tillför omkring tusen sidor årligen till den svällande skatterättsliga textmassan. Till detta ska läggas de skattemål som avgörs av EG-domstolen.

Jag har inte räknat så noga, men jag arbetar dagligen med det här området och har faktisk ändå ganska god överblick över det skrivna rättskällematerialet (vilket givetvis inte innebär att jag läst alltihop!). De drygt 3 000 sidorna som låg till grund för skattereformen 1990 har troligen växt till uppemot 15 000 sidor. Detta är material som den moderne skattejuristen visserligen inte behöver kunna som ett rinnande vatten, men som hon behöver kunna hitta sin väg i för att besvara ofta snabbt uppkommande frågor.

Men själva skattelagen då? Hur omfattande är den? För det första så är det inte fråga om en skattelag utan om en mängd lagar, avseende inkomstskatt, förmögenhetsskatt, moms, liksom lagar för

hur själva betalningarna ska göras och liknande. En normal samling i bokform av de viktigaste skattelagarna innehåller ungefär 80 lagar, vilka upptar sammanlagt drygt 800 sidor! Motsvarande lagsamling för tio år sedan innehöll knappt 600 sidor. Det är alltså inte bara bakgrundsmaterialet som ständigt fylls på, detsamma gäller själva lagtexten.

Låt mig nu göra en association till ett helt annat område, nämligen fysiken. Här är jag förstås ingen expert, men det är inte heller nödvändigt. Det är inte min avsikt att på allvar försöka tillämpa fysikens lagar på juridiken. Jag ska bara leka en liten tankelek.

Under 1800-talet, i kölvattnet av uppfinningar som ångmaskinen, utvecklades läran om värme, och om värmens förhållande till begreppet energi. Man formulerade termodynamikens två huvudsatser. Den första huvudsatsen säger att mängden energi är konstant. När vi värmer upp våra hus förbrukas egentligen ingen energi, det är i stället fråga om att energi i en form (exempelvis olja) omvandlas till energi i en annan form (värme).

Men även om energin inte förbrukas så kan vi ju säga att vi har använt den. Användandet av energi medför alltså inte att den förbrukas, utan att den ändrar form. Problemet är att det inte går att få tillbaka den olja vi eldat upp, och att den värme vi fått i stället visserligen går att njuta av en stund, men att den så småningom absorberas av den omgivande kylan. Detta lär oss att energi är mer eller mindre tillgänglig för användning. Olja och elektricitet är mycket användbara. Även värme kan användas för att utvinna energi, till exempel i en ångmaskin, men en sådan är mindre effektiv.

I denna omständighet finner man termodynamikens andra huvudsats: Även om mängden energi är konstant så minskar dess tillgänglighet, dess användbarhet, med varje omvandling, och med varje förändring av form. Ju mer energi vi använder, desto svårtillgängligare blir den, för att till slut bli värme som försvinner ut i den stora temperaturkonkursen. Som väl är finns det gott om energi i

världen. Men eftersom all energi inte är lika tillgänglig för oss finner vi i termodynamikens lagar principiella och grundläggande skäl till varför människan bör hushålla med den energi hon kan lägga vantarna på. Fysikens mått på energins tillgänglighet är *entropi*. Ju större entropi desto mindre användbarhet. För varje energiomvandling ökar entropin.

Entropibegreppets definition inom fysiken är naturligtvis mer komplicerat än vad jag återgivit här. Men läran om entropi kan användas för en reflektion över den ständigt växande mängden av regler och rättskällematerial, på sådana områden som i min redogörelse ovan representerades av skattejuridiken.

Innebörden av denna reflektion är att lagstiftningsivern under åtminstone det senaste seklet hela tiden skapar behov av nya regler. Det tycks börja med att man ökar "regeltätheten" inom ett område på ett sådant sätt att lagtexten blir starkt preciserad, med ett konkret eller abstrakt språkbruk eller möjligen med användning av båda. Därefter skiftas fokus till ett annat fält av juridiken, kanske på grund av några omtalade rättsfall, för att media intresserar sig för det, eller av annan anledning. När uppmärksamheten sålunda flyttats jämförs, troligen både medvetet och omedvetet, det "renoverade", vidlyftigt nyformulerade lagområdet med det man nu riktar sin uppmärksamhet mot. Jämförelsen utfaller förstås så att man nu finner anledning att "renovera" och skriva om även de regler som nu är aktuella.

Så fortsätter det. Det finns gott om exempel som stöder min tes. Förutom den skatterätt jag nyss berörde kan nämnas vissa offentligrättsliga områden, som miljörätten och EG-rätten. Att säga att regelverket blir svåröverskådligt är en grov "underdrift". Mycket vill ha mer, är ett vardagligt och egentligen ganska mångtydigt talesätt som även tycks passa här.

Lagtextexpansion på ett område föder lagtextexpansion på ett annat. Och det stannar inte där. Samma sak gäller förarbetsproduk-

tion och annat offentligt tryck som har med lagstiftningsprocessen att göra, inte minst utredningsberäkningen. Serierna Statens Offentliga Utredningar (SOU) och Departementsserien slår ständigt nya rekord i omfattning och antal. Den ökande mängden rättskällematerial minskar materialets tillgänglighet, och leder till behov av mer material av samma slag.

Det går förstås att söka orsakerna till detta på många håll. En möjligen något cynisk förklaring skulle kunna vara den tro på social ingenjörskonst, där lagstiftningen tänks vara ett av de främsta verktygen, som varit så dominerande inte bara i skandinaviskt utan i mycket nordeuropeiskt välfärdsbygge under 1900-talet. Liknande förklaringar är de intellektuella begreppskonstruktioner vilka tillsammans med ekonomisk tillväxt möjliggjort välfärdssystemen i vid mening.

Det finns självfallet inte en enda sanning om detta, förutom att det knappast rör sig om någon naturlag. Läsaren får inte uppfatta den association jag redovisat här som en verklig tillämpning av termodynamiken! Det handlar om termodynamik i överförd bemärkelse, om att oordningen alltid tycks öka inom ett system, om att ökad ordning på en plats (energikoncentration, anrikning eller formande av energi) alltid tycks resultera i oordning någon annanstans.

Men medvetenheten om att det hela är en tankelek är ett perspektiv, som också kan användas för att visa på skillnaden mellan naturvetenskapen och genuint sociala konstruktioner. För även om vi saknar medel att ändra eller upphäva naturlagarna, är det sätt som vi människor lever tillsammans på format av fler komponenter än de begränsningar som följer av människans naturliga förutsättningar. Jag talar om den fria viljan. Kanske är den inte så fri som vi tidigare har trott (se i kapitel 7 om intuitionen), men en föreställning om att allt är i naturens, i biologismens, våld vill jag för min del avfärda som destruktiv och defeatistisk. Lyckligtvis är det väl inte så många ser på människan med sådan dyster blick. Den bok

av Antonio Damasio som jag nämnde i förra kapitlet, *Descartes' Error*, är ett bra exempel på hur nyanserade och begripliga dagens vetenskapliga studier av förhållandet mellan arv och miljö kan vara. Budskapet är att hjärna och hjärta samarbetar, även när vi tror att vi är strikt rationella.

Så visst är det så, att vi konstruerar lagarnas komplexitet och får en slags entropi som obehaglig biverkning. Ett retoriskt sätt att formulera situationen, är att ifrågasätta om inte mycket av det vi kallar avreglering i själva verket inte är ett slags "påreglering". Ett allt komplexare samhälle, tron på reglering och på förmågan att styra utvecklingen, liksom på det skrivna språkets möjlighet att förmedla något slags objektivitet, bildar den oheliga allians som i bästa fall underlättar rättssäkerhet, men i sämsta fall fördunklar, förmedlar fördomar och skapar utrymme för godtycke. I grunden kanske också lagstiftningsentropin är ett uttryck för en maktförskjutning, eftersom mer lagar innebär ett betonande av statens makt på bekostnad av domstolarnas. Detta behöver inte nödvändigtvis vara dåligt, men kräver som absolut förutsättning att statens företrädare kontrolleras av aktiva väljare och en fri press.

10 Von Anka och Björnligan – myten om den universella och tidlösa juridiken

En del av mina jämnåriga (omkring 50) kanske inte är villiga att erkänna det, men när jag växte upp var det inte ovanligt att man tillgodogjorde sig vissa grundläggande kunskaper i historia, geografi och naturkunskap genom att läsa Kalle Anka. I hänförande äventyr, tecknade av bland andra den briljante Carl Barks, följde vi Joakim, Kalle, Musse och de andra i Alexander den stores och Napoleons fotspår. Vi besökte de sju underverken medan de ännu fanns på plats, och färdades genom länder och epoker där de högsta bergen och de längsta floderna många gånger nämndes vid sina riktiga namn. De förvärvade faktakunskaperna blandades med visshet om att Långtbortistan och Tröstlösa Träsket trots allt inte existerade, ty även barn har en betydande förmåga att urskilja det orimliga från det plausibla.

Men det var inte bara kunskapsfragment från traditionella skolämnen som förmedlades av Kalle Anka & Co. Här mötte jag också juridiken, eller rättare sagt vissa vardagliga föreställningar om juridik. Dessa föreställningar präglades starkt av sina rötter i USA:s anglosaxiska rättstradition. Jag minns flera fall av det som brukar kallas straffande skadestånd. Detta sorgliga inslag i nordamerikansk rätt medför att skadevållande vårdslöshet kan resultera i astronomiska skadestånd, vilka inte som i Europa är avsedda att reparera en viss skada. Här syftar skadeståndet i stället till att försätta den skadelidande i en situation som så långt möjligt påminner om den som hon befann sig i innan skadan inträffade. I USA kan det hand-

la om att bli rik på sin skada. Detta absurda system har fått brännvinsadvokater, ambulance chasers, att på sjukhus aktivt söka efter potentiella klienter. Dessa erbjuds juridisk assistans, att betalas med en andel i det eventuellt utfallande skadeståndet, men som är gratis om målet förloras.

Det roliga i Kalle Anka var att man drev så härligt med dessa avarter av amerikansk juridik. Jag minns ett äventyr där medlemmarna av Björnligan lät sig skadas lindrigt när de utnyttjade tjänster producerade av några av von Ankas många företag. Björnbröderna låtsades falla och slå sig när de steg av von Anka-spårvagnen, de brände sig på tungan av maten i von Anka-restaurangen, och lyckades bli nedskvätta av Joakims bil när de efter ett regn placerat sig strategiskt vid någon vattenpöl. Alla dessa triviala skador ledde i domstolarna till att Joakim von Anka förpliktades att utge enorma skadestånd, så stora att hans pengabinge tömdes varefter han utfattigt tvingades be sin hunsade Kalle om hjälp. Kalle kom av misstag på något konstigt juridiskt undantag, av det slag som får advokaterna i amerikanska TV-serier att hela tiden hoppa upp från sina stolar och ropa "Objection, Your Honour!". Björnligans upplägg föll ihop som ett korthus och Joakim fick tillbaka sina pengar. Naturligtvis fick Kalle en rejäl dusör, men eftersom denna momentant kvittades mot någon av Kalles alla skulder till sin farbror, kom Kalle som vanligt ur det hela tomhänt.

På det sättet fortsatte det i nummer efter nummer. Magica de Hex hypnotiserade Joakim att skriva på ett papper där han överlät alla sina tillgångar, inklusive turkronan förstås, till henne. Kontraktet var förstås bindande oavsett hur det tillkommit, och det var först sedan Knattarna fått Magica att förtrolla sig själv och bränna papperet som Joakim blev fri och rik igen.

Naturligtvis var inte alla dessa konstigheter baserade på riktig nordamerikansk juridik. De juridiska inslagen i serieäventyren var en drift med det advokattäta och processbenägna USA, och med några av dess värsta rättsliga avarter så som de straffande skadestånd-

den. Och visst var det så att Kalle Anka & Co. förmedlade kunskaper om juridik, precis som annan litteratur, film, och mer eller mindre verklighetstrogha TV-serier ständigt gör. Men framför allt skapades föreställningar, idéer och uppfattningar om juridik, hos mig och hos andra läsare.

Jag ska emellertid inte kåsera mer om detta, utan komma till saken. De mer eller mindre schabloniserade bilder av juridiken som kom till uttryck i Kalle Anka var förstås riktiga ibland, men ofta fullkomligt tokiga, som i fallet med Magicas kontrakt. Inflödet av nordamerikanska mediaprodukter i Sverige och i Europa har bidragit till att skapa myter om juridiken bland folk i allmänhet. En vanlig föreställning är att juridiken är tämligen universell, att den är geografiskt enhetlig, och att USA:s regelsystem är normen. Jag stöter då och då på människor som tror att ett åtal mot någon är beroende av att den åtalade upplysts om sina rättigheter i samband med gripandet. Detta är en viktig regel i USA, och den baseras på ett avgörande i landets högsta domstol. Men det finns ingen motsvarighet till detta krav i svensk juridik. I stället har vi sedan mer än ett halvsekel något som kallas *fri bevisprövning*. Detta betyder att domstolen själv bestämmer hur den vill värdera den bevisning som läggs fram.

Just när det gäller bevisning finns ett annat bra exempel på hur amerikansk kultur hos en europeisk allmänhet skapat föreställningar om en universell juridik. Jag har flera gånger träffat svenskar som varit av den bestämda uppfattningen, att bandinspelningar inte får användas som bevis vid rättegångar. Samma förbud gäller enligt somliga för upplysningar som förvärvats genom hypnos. Men detta är också helt fel. Det är fråga om interna regler i USA:s rättssystem, regler som framstår som ganska främmande för de europeiska systemen. Dessa tillämpar nämligen ofta *fri bevisföring*, vilket innebär att domstolen godkänner att parterna i en rättegång fritt, eller

åtminstone ganska fritt, själva avgör vilken information de vill använda för att bevisa sina påståenden.

Fokuseringen på det skrivna kontraktet är en annan sak som skapat myter. Man kan ibland möta föreställningen att ett avtal förutsätter ett skrivet kontrakt. Alltså, "har man skrivit under sitter man fast, men så länge man inte gjort det så är allt lugnt". Sanningen är dock den, att kravet på skrivet kontrakt bara gäller vissa särskilda affärer, som försäljning av fast egendom och bostadsrätter. Huvudregeln är annars att juridiskt bindande avtal kan slutas med en handslag, muntligt, eller som vid våra traditionella fiskauktioner i Göteborg, med en blinkning eller en höjning av ett ögonbryn. Däremot kan förstås det skrivna papperet vara ett viktigt bevismedel vid en tvist, men det "bär" så att säga inte avtalet. Man uttrycker detta så, att det inte är papperet utan överenskommelsen i sig, som binder parterna till ett avtal.

Har ni sett filmen "Tolv edsvurna män"? Eller för den delen något annat rättegångsdrama från USA? Alltid variationer på samma tema. Advokaten eller åklagaren ska med bländande retorik övertyga en jury om den tilltalades skuld eller oskuld. Det måste ha gjorts hundratals filmer av detta slag. Såvitt jag vet är det en hel del i dem som stämmer med verklighetens USA, på gott och ont. Men här i Europa skiljer sig de olika ländernas rättegångssystem kraftigt åt. I Sverige har vi inte juryrättegångar utom i mycket speciella undantagsfall, nämligen då det är fråga om brott mot Tryckfrihetsförordningen. Ändå tror nog somliga att brottslingar döms av en jury även i Sverige.

Det är alltså ganska enkelt att peka på vanföreställningar om juridikens universalitet, och det är mycket som talar för att sådana uppfattningar åtminstone delvis kommer sig av USA:s dominerande ställning i nöjesindustrin. Ingen blir väl heller förvånad över detta, tvärtom, vi som är födda från och med 1950-talet är väl intill nära nog fullständighet präglade av nordamerikansk film och musik,

utan avbrott förmedlade, inte som förr bara av bion och stereon, utan av TV, TV, TV. Och det man missar där går ju att hyra eller ladda ner från Internet. Så vi ska naturligtvis inte vara förvånade om "vanliga människors" uppfattning om juridiken är amerikaniserad.

Kanske har de "vanliga människorna" inte heller så fel som mina exempel här ovan antyder. Låt oss granska bilden som jag just gav. Det finns naturligtvis även i svensk rätt ett antal regler som anger när, hur, och av vem bevisningen i en rättegång ska läggas fram. Men den gällande huvudprincipen är som sagt det som kallas fri bevisprövning: "Rätten skall efter samvetsgrann prövning av allt som förekommit, avgöra, vad i målet är bevisat" (35 kapitlet 1 § Rättegångsbalken).

Antag nu att en person är misstänkt för två olika ekonomiska brott, dels för otillåtna aktieaffärer enligt insiderlagen, dels för skattebrott. Pengar har flyttats från Sverige till länder med mer omfattande ekonomisk sekretess och gynnsammare skatteregler, exempelvis Lichtenstein. Under förundersökningen begär åklagaren att myndigheterna i detta land ska lämna ut information att användas som bevis i rättegången.

De begärda upplysningarna lämnas. Det visar sig att informationen är rena dynamiten, och att den kommer att leda till fällande dom för grovt skattebrott. Men nu dyker ett följebrev upp, där Lichtenstein gör ett förbehåll. Upplysningarna får bara användas som bevis i målet om insiderbrott, eftersom det landets lagar inte tillåter att myndigheterna hjälper till med skattebrottsutredningar i samma utsträckning som är fallet i Sverige. Anledningen till detta är förstås att Lichtenstein delvis lever på sin status som skatteparadis. Det inträffade får till följd att den svenske åklagaren lägger ner förundersökningen om skattebrott. Man vill ju inte bidra till att försämr relationerna mellan Sverige och lilliputlandet.¹

¹ Se Dagens Industri 2004-12-02.

Så kan det gå. Bevisningen kunde inte användas och den (eventuellt) skyldige går fri utan att saken prövas i en rättegång. Vad är egentligen skillnaden mot att banditen i den amerikanska TV-filmen slipper undan, eftersom bandinspelningen med hans erkännande inte får användas? Eller för att han inte fått sina rättigheter upplästa vid gripandet?

Jag tycker alltihop är lika tvivelaktigt. Skillnaden är väl att de amerikanska reglerna avser att skydda den enskildes rättssäkerhet, medan nedläggningen av den svenska förundersökningen illustrerar bristen på sådan samordning mellan Europas länder som sedan länge är ett faktum i Nordamerika!

Låt mig fortsätta lite till. Hur är det med juryrättegångar? I Europa kan man skratta och kalla USA:s jurysystem för populistiska folktribuner. Men vilka är det som dömer i Sverige? Jo, vi har ju också ett system för lekmannainflytande i domstolarna, nämligen nämndemännen. Antalet nämndemän varierar. I tingsrätt är huvudregeln en utbildad jurist som domare, samt tre nämndemän. Dessa är förstås också en slags jury, men till skillnad från vad som är fallet i USA så granskas den inte offentligt i anslutning till rättegången. I stället utses nämndemännen av kommunfullmäktige, som får sig tilldelat kandidater hämtade ur den allt trängre krets av svenskar, som är anslutna till något av de större politiska partierna.

Från svensk horisont har man ibland hört kritik mot det amerikanska jurysystemet, med innebörden att vita medelklassmänniskor dömer fattiga svarta och latinamerikaner. Den svenska Rättegångsbalken föreskriver (4 kapitlet 7 §) att man vid val av nämndemän särskilt skall eftersträva en allsidig sammansättning av kåren, med hänsyn till ålder, kön och yrke. Det står inget om inkomst, klass, etnicitet eller religion. Så att oreflekterat kritisera det amerikanska jurysystemet är att kasta sten i glashus.

Det är för övrigt samma sak när det gäller domare. Man har i USA offentliga processer när det gäller utseende av dessa mäktiga personer. I Sverige utnämns de av regeringen, utan någon som helst

insyn från allmänhet eller press. Avståndet mellan domaren och allmänhet i vårt land illustreras genom det opersonliga sätt som den svenske domaren skriver sina motiveringar på. I Sverige fungerar det nämligen så, att en ensam domare motiverar sitt beslut genom att säga, att "rätten finner" eller "rätten anser" och så vidare. Domstolen objektifieras alltså, genom att det inte heter inte "jag", utan "rätten". Helt följdriktigt skriver flera domare inte "vi" utan "rätten". I USA (och även i exempelvis Storbritannien) skriver domaren "jag". Dessa skillnader är kanske delvis symboliska, men de säger mig att jag inte på något sätt bör förutsätta att det svenska systemet är bättre än det som finns i exempelvis USA.

Inte heller när man ser på själva lagstiftningen och dess användning finns det anledning att förhåva sig. Den svenska juristkåren fick en bra påminnelse om detta och rodnade väl samfällt, när Maciej Zaremba för några år sedan i en artikel i avsomnade Moderna Tider konstaterade, att Sverige var det enda moderna land där det i straffrätten inte fanns något sanktionerat krav på att man är skyldig att försöka hjälpa en medmänniska som befinner sig i en nödsituation. Med den nya räddningstjänstlag som gäller sedan 2003 har vi dock närmat oss kontinental standard i denna fråga.

Men USA har ju dödsstraff, det har i alla fall inte vi! Nej, det är ju riktigt, och vi ska inte heller återinföra det. Men vi har långa häktningstider under svåra förhållanden, där misstänkta sitter isolerade i månader utan kontakt med omvärlden. Sverige har fått en hel del berättigad kritik för detta. Den för mig mest oväntade kritiken fick jag höra från en god vän som arbetar för FN i Afghanistan. Hon berättade att hon talat med afghanska jurister som uttryckt sin förskräckelse över att man kunde isolera människor som man gör med häktade i Sverige. I Afghanistans fängelser och häkten hade man alltid olycksbröder och olyckssysstrar att tala med, och även om de svenska fångarna fick mer mat och värme uppfattades det svenska systemet spontant som mindre humant än det afghanska. Den materiella nöden hos afghanerna var ju inte avsiktlig utan

något man arbetade på att få bort, medan isoleringen hos svenskar-na uppfattades som avsiktlig grymhet.

Så visst är det väl OK att skratta åt ankan och hans kompisar. Men i stället för att göra mig lustig över andra och kasta sten i glas-hus, får man konstatera att en del av det som troddes likt kanske var olikt, och vice versa. Man blir lätt hemmablind, och för oss svenskar är det lätt att våra system blir norm och normala. Men om vi vill vara humanister krävs nog att vi med viss ödmjukhet stude-rar andra, talar med dem, och sedan tänker själva.

11 Att väga tanken

Så vad var det då jag ville ha sagt? Fanns det någon röd tråd i alla dessa löst sammanfogade avsnitt? Den som läst ända hit har kanske sett ett slags sammanhang. Jag gör det i alla fall. De första kapitlen var ett försök att tränga genom den hårda men tunna skorpa av objektivitet, som präglar många föreställningar om juridik och rättsväsen. Det finns som jag ser det inte mycket i juridiken som förtjänar epitetet objektivt, utöver rena iakttagelser av omvärlden. Regnar det? Skiner solen? Men även dessa frågor representerar val som frågeställaren gjort.

Sedan följde kapitel på kapitel som egentligen bara syftade till att visa hur juridiken får sitt egentliga innehåll av värderingar, medvetna såväl som omedvetna. Någon finner kanske allt detta trivalt, och betraktar det jag just sagt som självklarheter, som truismer. Men det är en sak att göra påståendet, något helt annat att med lite längre resonemang väga de tankar som konstruerar juridiken, och på ett övertygande sätt visa att det ligger något i det.

Det är också så, att förståelsen av de sociala fenomen som vi människor är upphov till inte kan klaras ut en gång för alla. Insikter är individuella, men de är också gruppberoende och de är inte minst bundna till tiden. Ett slags färskvara. Detta gäller juridiken, på samma sätt som det är tillämpligt på själva grunden för vårt samhälle, på demokratin.

Fortfarande känner väl de flesta svenskar till att landets befolkning en gång folkomröstade om kärnkraften. I debatten under senare år har ofta påståtts, att dagens Sverige är bundet, såväl juridiskt som moraliskt, av vad gårdagens Sverige beslutade. Men är det så?

Det finns många exempel på hur den politiska makten utnyttjat demokratins förhållande till tiden. När regeringen Bildt tillträdde i slutet av 1991 infriade man genast ett av sina vallöften, och beslutade att upphäva lagen om förmögenhetsskatt. Det gav fina rubriker. Men det fanns en hake. Enligt det finstilta, riksdagsbeslutets så kallade ikraftträdandebestämmelser så gällde upphävandet inte förrän från och med 1995, det vill säga från tiden efter nästföljande riksdagsval. Detta betydde två saker. För det första kunde den nya borgerliga regeringen fortsätta att inkassera skatteinkomster på grundval av den lag som man redan fått "credit" för att man upphävt. För det andra måste den nya riksdagsmajoriteten efter valet 1994 fatta ett nytt beslut om återinförande av den upphävda lagen, för att man skulle kunna fortsätta att ta ut skatten.

Exemplet visar på tidens betydelse för demokratins trovärdighet. De som avskaffade förmögenhetsskatten lät andra ta ansvar för beslutet. Snacka om att äta upp kakan och ha den kvar.

Vad har då detta med kärnkraftsomröstningen att göra? Jo, den andel av befolkningen som faktiskt hade möjlighet att rösta i folkomröstningen om kärnkraft blir stadigt mindre. De som var med 1980 är idag färre än de som var ofödda, omyndiga eller oinvandrade den dag då Sverige beslutade om sin framtida kärnkrafts-utveckling. Ansvar för beslutet får bäras av de som kommer efter. På detta sätt urholkar tiden det demokratiska beslutets legitimitet.

Ingen kan naturligtvis ange en viss tidpunkt när ett demokratiskt fattat beslut upphör att vara demokratiskt. Det är inte frågan om antingen eller, utan om mer eller mindre. Och man bör akta sig för politisk argumentation som bara vilar på formella skäl. Demokratin kan inte frysas till en ögonblicksbild. Den är sann endast som färskvara, även om nu kärnkraft fortfarande skulle vara farlig.

Detta gäller också juridiken. Det är ingen tillfällighet att riksdagens beslut manifesteras genom lagar i Svensk Författningssamling. Politisk makt utövas genom juridik. Men lagarna ska tillämpas av andra än de som beslutade dem, och ofta under långa tider därefter.

ter. Det är därför en demokratisk nödvändighet att varje tid konstruerar sin egen förståelse av rättvisan.

Det sägs ibland att förståelsen av vår tid länge har präglats av postmodernismen. Mer eller mindre begripliga försök har gjorts att förklara detta begrepp. Sanningen är väl att ingen riktigt vet vad postmodernism är för något, men man har betonat att relativismen dominerar. Svaren på alla frågor beror då alltid på vem man är, var man befinner sig. Allt är subjektivt. Detta synsätt är inget mindre än en fortsättning på den värdenihilism, som i början av förra seklet förnekade att man kunde analysera värderingar på ett rationellt och vetenskapligt sätt. En verkligt ohelig allians, skulle man kunna säga.

Jag håller inte alls med. För det första är juridik och politik inget annat än funktioner av värden. Att avstå från analyser eller att degradera dessa till metafysik är dumt och antiintellektuellt. Den omständigheten att människor i varje tid måste försöka förstå vad som händer betyder inte att allt är relativt och subjektivt. När författaren Robert Pirzig i romanen *Lila låter* en av huvudpersonerna förneka existensen av absoluta värden, får denne rådet att hoppa upp och sätta sig på en varm spis: "Då känner du att det finns sådant som är ont, min vän!"

Vår uppfattning om världen och juridiken är baserad på våra (subjektiva) upplevelser, och på våra (likaledes subjektiva) prioriteringar av värden. Det var detta jag ville formulera en förklaring till. Men värdena i sig kan mycket väl vara objektiva. Det finns gott, och det finns ont. De värderingar som ger uttryck för att lika fall ska behandlas lika och att människor ska ha rätt till ett anständigt liv, hör till mänsklighetens universella erfarenheter. Dessa värden är lika objektiva som temperaturen utanför ytterdörren. De existerar oberoende av människan, och de är större än hon är. Däremot är de bedömningar av verkligheten som vi gör när vi använder dessa universella normer alltigenom subjektiva. Sådana bedömningar beror alltså på vem man är, var man befinner sig och vilken tid man lever

i. Men denna relativitet gäller inte själva principerna för grundläggande människokärlek och humanism. Jag accepterar inte uppfattningen att allt är relativt. Men ni får ju tycka som ni vill.

ESSÄERNA I DENNA BOK visar hur juridiken får sitt egentliga innehåll av människors värderingar. Vissa tanke-mönster präglar rättssystemet och gör att lagar uppfattas och används på olika sätt av olika personer. Författaren utgår från ett antal korta berättelser och diskuterar hur juridiken påverkas av föreställningar om orsak och verkan, vad som är normalt, vad som är jämförbart m.m.

Robert Pålsson är professor i skatterätt vid Handelshögskolan i Göteborg. Han har tidigare gett ut ett flertal böcker på Iustus förlag.

IUSTUS FÖRLAG

ISBN 91-7678-604-8

