



Handelshögskolan  
VID GÖTEBORGS UNIVERSITET

Juridiska institutionen

Erik Björling

# Hjälpvetenskap eller vetenskaplig hjälp?

*Domarens roll i en polycentrisk rättsordning*

Examensuppsats

30 poäng

Handledare: Håkan Gustafsson

Allmän rättslära

Höstterminen 2008

## Innehållsförteckning

|  |           |
|--|-----------|
| <b>Sammanfattning .....</b>  | <b>5</b>  |
| <b>1 Inledning .....</b>   | <b>6</b>  |
| 1.1 Bakgrund .....   | 6         |
| 1.2 Syfte och frågeställning.....  | 6         |
| 1.3 Metod, material, begränsningar .....                                     | 7         |
| 1.4 Definitioner.....  | 9         |
| <b>Del 1 - Ett teoretiskt perspektiv med avstamp i Göteborgsskolan.....</b>  | <b>10</b> |
| <b>2 'Gällande rätt' .....</b>   | <b>10</b> |
| 2.1 Peczenik.....  | 11        |
| 2.2 Strömholm .....  | 14        |
| 2.3 Finns det en gällande, gällande rätt?.....                               | 15        |
| <b>3 Monism eller pluralism? .....</b>                                       | <b>16</b> |
| 3.1 Monism.....  | 17        |
| 3.2 Pluralism.....   | 18        |
| <b>4 Rätten som objekt kontra subjekt.....</b>                               | <b>20</b> |
| 4.1 Rättens nivåer – ett teoretiskt perspektiv på normernas funktion.....    | 21        |
| 4.1.1 Rättsordningen .....   | 21        |
| 4.1.2 Rättssystemet .....  | 22        |
| 4.1.3 Rättsfältet.....   | 23        |
| 4.2 Konstruktivism – ett sociologiskt perspektiv på normernas funktion ..... | 25        |

|   |           |
|---|-----------|
| 4.2.1 Skandinavisk rättsrealism .....                                     | 25        |
| 4.2.2 Svensson, Glavå och Petrusson.....                                  | 26        |
| <b>5 Ett polycentriskt perspektiv – en kris för metodläran? .....</b>     | <b>27</b> |
| 5.1 Mot en ny referens och metod .....                                    | 30        |
| <b>6 En normativ referens.....</b>  | <b>32</b> |
| 6.1 Gustafsson – rättens polyvalens.....                                  | 33        |
| 6.1.1 En normativ teori om polyvalens .....                               | 34        |
| 6.1.2 En ny syn på rättssäkerhet .....                                    | 35        |
| 6.2 Glavå och Petrusson – dekonstruktion och design .....                 | 36        |
| 6.2.1 Konstruktivistisk rättsteori.....                                   | 36        |
| 6.3 Svensson – en vidgad tankeram.....                                    | 39        |
| 6.4 Den formella referensen kliver ut - den normativa stiger in .....     | 40        |
| <b>Del 2 – Ett konkret perspektiv i ljuset av andra vetenskaper.....</b>  | <b>42</b> |
| <b>7 Hjälpvvetenskap – en sista utväg eller ständigt närvarande?.....</b> | <b>42</b> |
| 7.1 Andra vetenskaper .....   | 43        |
| 7.1.1 Lagtextens ordalydelse .....  | 45        |
| 7.1.2 Svåra fall.....   | 47        |
| <b>8 En fråga om tillgänglighet .....</b>                                 | <b>49</b> |
| 8.1 Monocentrin vs. polycentrin.....                                      | 50        |
| 8.2 Dogmatism eller naiv empirism - pest eller kolera.....                | 52        |
| <b>Del 3 – En exemplifiering med avstamp i terapeutisk juridik.....</b>   | <b>53</b> |
| <b>9 Terapeutisk juridik – vad och hur? .....</b>                         | <b>53</b> |
| 9.1 Terapeutiskt dömande och rättslig polycentri .....                    | 56        |

|   |           |
|---|-----------|
| <b>10 Muntliga förhandlingar i tvångsvårdsprocesser – paternalism och anti-terapeutiska effekter</b> .....      | <b>57</b> |
| 10.1 Rättslig och terapeutisk logik .....   | 58        |
| 10.2 Tvångsvårdsprocessen och rättsfältets polyvalens.....  | 59        |
| <b>11 Riskhantering – intuition eller empiri?</b> .....   | <b>62</b> |
| 11.1 Utveckling av riskhantering.....   | 63        |
| 11.1.1 Ostrukturerade kliniska bedömningar .....  | 63        |
| 11.1.2 Aktuariska riskbedömningar .....   | 64        |
| 11.1.3 Strukturerade professionella bedömningar - riskhantering.....  | 65        |
| 11.2 Riskhantering, tillämpad terapeutisk juridik?.....   | 66        |
| <b>12 Göteborgsskolan, nödvändig utveckling eller juristhybris?</b> .....                                       | <b>68</b> |
| 12.1 Maktförskjutning eller verklighetsförankrad analys? .....  | 68        |
| 12.2 Terapeutisk juridik som 'hjälpvetenskap' .....   | 69        |
| <b>13 Avslutande reflektioner - Vad ska domaren tro på när rätten är en illusion och Herkules en myt?</b> ..... | <b>70</b> |
| <b>Källor</b> .....   | <b>73</b> |
| Svenskt offentligt tryck.....   | 73        |
| Artiklar i boksamlingar .....   | 73        |
| Artiklar i tidsskrifter .....   | 74        |
| Övrig litteratur .....  | 75        |

## Sammanfattning

Vad ger ett argument mandatet att kallas rättsligt? Uppsatsen söker svara på frågan om hur icke-formella argument ska hanteras, särskilt med fokus på ett domarperspektiv. Som teoretiskt avstamp jämförs ett polycentriskt synsätt på rättsordningen med en mer traditionell syn på rättskällorna. Den teoretiska grunden används sedan för att jämföra vilka konsekvenser de olika perspektiven får i en konkret hantering av icke-formella juridiska argument, medvetna och omedvetna. För att göra diskussionen mer gripbar används, i del tre, den tvärvetenskapliga inriktningen *terapeutisk juridik* för att exemplifiera argumentationen.

Tre nyckelaspekter genomsyrar arbetet. För det första kommer *domarrollen* att stå som representant för de principiella frågor som behandlas. Anledningen är att domarens beslutsvång och skyldighet att finna välbalanserade och legitima lösningar leder till att de rättsteoretiska frågorna ställs på sin spets. Den andra aspekten diskuterar vilken *referens* som domaren bör använda sig av för att finna just legitima lösningar. I frånvaron av en formell hierarki måste något annat ta plats, hur bör i så fall en sådan referens se ut? Den sista aspekten berör den *demokratiska förankringen*. När den formella länken till rättsliga argument upphör, hur kan då en legitim och demokratisk rättstillämpning garanteras?

I arbetets slutsats, som till stor del är normativ, föreslås att ett polycentriskt perspektiv innebär ett realistiskt sätt att se på rätten där aspekter som tidigare definierats som utomrättsliga nu, med en polycentrisk metodologi, upptäcks som betydande påverkansfaktorer även ur en *intern* synvinkel. Domaren ges ett verktyg att på egen hand förstå de normerande processer som konstruerar rätten. De 'metanormer', dvs. de principer som hjälper domaren att väga andra principer, får större betydelse och de måste därmed synliggöras. Ett medvetet dolt dekonstruerande skulle ge utrymme för illegitima normerande processer. Sökandet efter enhetliga förklaringar, i betydelsen kollektivt accepterade lösningar, måste även fortsättningsvis vara ett ideal. Det kan dock inte fortsätta att vara en förutsatt *utgångspunkt*. I sökandet efter de rätts-säkra, effektiva och legitima lösningarna är externa referenser nödvändiga. Andra vetenskaper än den rättsvetenskapliga bör därmed finnas som ett aktivt moment i domarens arbete.

## 1 Inledning

### 1.1 Bakgrund

Vad är rätten? Är det en meningsfull fråga? En zoolog börjar knappast sin studie av afrikanska elefanter genom att söka svaret på frågan; ”vad är en elefant?”,<sup>1</sup> eller den ännu mer tydliga jämförelsen; *vad är elefanten?* Det är kanske mer betänksamt att sätta frågan i ett sammanhang, att fokusera på någon av elefantens, förlåt rättens, egenskaper. Rättsteoretiker, sociologer och domare letar sannolikt efter olika nyckelsvar och frågan om den *gällande rätten* har, trots allt, ställts många gånger och fortsätter att locka. De oemotsagda svaren är dock få och till slut tvingas de flesta kapitulera för frågan och istället beskriva *någon del* av rätten. Hur rätten legitimeras är till exempel ett ständigt återkommande element i diskussionen. Vad ger ett argument mandatet att kallas rättsligt? Frågan ställs på många sätt på sin spets när grunder som inte direkt kan härleda sitt ursprung till någon formell rättskälla kommer på tal. Å ena sidan har det alltid funnits ett legitimt inslag av till exempel sedvanerätt i rättstillämpningen men å andra sidan har det även funnits en skepticism mot att ’hjälpvetenskaper’ och expertutlåtanden ska inneha en framskjuten plats i den juridiska sfären.

### 1.2 Syfte och frågeställning

Uppsatsen söker svara på frågan om hur icke-formella argument ska hanteras, särskilt med fokus på ett domarperspektiv. Som bollplank och utgångspunkt använder jag mig av en syn på rätten som företräds av ett flertal forskare och lärare på juridiska institutionen vid Göteborgs universitet. Kännetecknande för inriktningen är bland annat en rättsrealistisk och pluralistisk syn på hur rätten legitimeras och hämtar sitt material. Det är emellertid en inriktning som på många sätt krockar med den barnatro på en formell rättskälleteori som skapas under juristutbildningen. Mitt behov att få göra upp med den teoretiska bas som ges under utbildningen är också delvis syftet med det här examensarbetet.

---

<sup>1</sup> En jämförelse lånad av Stig Strömholm. Strömholm, Stig, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 5:e upplagan, Nordstedts Juridik 1996. s. 306.

Ett 'öppnande' av rätten för andra influenser än formella rättskällor innebär antagligen en viss rådvillhet och osäkerhet hos de aktörer som ansvarar för välavvägda och balanserade rättsliga beslut. Vilket material ska räknas som rättsligt relevant? Tre nyckelaspekter kommer att ge nomsyra uppsatsen. För det första kommer *domarrollen* att stå som representant för de principiella frågor som behandlas. Anledningen är att domarens beslutstvång och skyldighet att finna välbalanserade och legitima lösningar leder till att de rättsteoretiska frågorna ställs på sin spets. Den andra aspekten diskuterar vilken *referens* som domaren bör använda sig av för att finna just legitima lösningar. I frånvaron av en formell hierarki måste något annat ta plats, hur bör i så fall en sådan referens se ut? Den sista aspekten berör den *demokratiska förankringen*. När den formella länken till rättsliga argument upphör, hur kan då en legitim och demokratisk rättstillämpning garanteras? En mer sammanfattad frågeställning lyder: hur påverkas domaren, som på grund av behovet av demokratisk förankring har ett begränsat manövreringsutrymme men även en heterogen intressebundenhet, av ett pluralistiskt synsätt på rätten? I den övergripande diskussionen om domarens hantering av rättskällor finns två delmoment, ett aktivt och ett passivt. Det första relaterar till det *medvetna* sökandet efter rättens källor. Även i en helt kontradiktorisk process måste domaren 'känna lagen' och därmed på ett aktivt sätt söka rättsliga argument för den aktuella konflikten. Vilka djupstrukturella moment kännetecknar den processen? Det andra delmomentet relaterar till de 'icke-rättsliga' moment som är en oundviklig del av rättsutövningen, dvs. de faktorer som *omedvetet* påverkar juristen i hanteringen och tolkningen av rättsliga argument. Hur hantera dessa? En mer populärvetenskaplig formulering skulle således kunna lyda: Vad ska domaren tro på när rätten är en illusion och Herkules en myt?

### 1.3 Metod, material, begränsningar

När det gäller frågan om rätten och rättsliga argument och metoder är litteraturen oöverskådlig och därför är detta inte ett försök att göra en utförlig analys av olika sätt att se på rätten och rättsliga argument. Det handlar snarare om ett försök att beskriva ett fragment av diskussionen, det som internt kallas för Göteborgsskolan. För att ge perspektiv och distans kommer dock även andra linjer och uppfattningar att presenteras. Som en första utgångspunkt använder jag mig av Aleksander Peczeniks och Stig Strömholms standardverk i allmän rättslära. De

får representera den traditionella läran, även om det antagligen inte finns något sådant som en 'traditionell lära'. Alla som tar examen från juristutbildningen har dock i någon mån fått en uppfattning om en gällande rätt och en rättskällelära som *prima facie* är mer sammanhängande än diffus. Peczenik och Strömholm fungerar som ledstjärnor för att försöka sätta fingret på den tankeram om gällande rätt som ligger i botten hos många av oss. Eftersom den teoretiska utgångspunkten för uppsatsen inte är heltäckande kan inte heller uppsatsens slutsatser göra anspråk på att vara fullständiga. De måste därmed värderas i ljuset av den teoretiska bredd som ligger till grund för uppsatsens konklusioner.

Alf Ross menade att den enda hållbara vetenskapliga utgångspunkt för rättsvetenskap är att göra förutsägelser om hur domstolar kommer agera under vissa givna villkor. I den mån rättsvetenskapen försöker förklara hur något *bör* vara har den upphört att vara vetenskap.<sup>2</sup> Den här uppsatsen är enligt den definitionen inte något vetenskapligt arbete. Å andra sidan är det utifrån Ross definition antagligen *ingenting* som kan göra anspråk på att vara rättsvetenskap, därmed är jag åtminstone i gott sällskap.

Den första delen av uppsatsen bygger i huvudsak på avhandlingar och artiklar producerade av personer som arbetar på juridiska institutionen i Göteborg: Mats Glavå, Ulf Petrusson, Eva-Maria Svensson och Håkan Gustafsson. Det är ett medvetet val, vilket fungerar dels som en avgränsning och dels som ett försök att förstå vad det stundtals viskas om som Göteborgsskolan. Avhandlingarna och artiklarna är omfattande avseende allmän rättslära och de har därför även använts som sekundära källor till andra rättsvetenskapliga idéer och publikationer. Det är olyckligt att inte primära källor använts i större omfattning men kanske samtidigt nödvändigt eftersom det har skrivits enorma mängder i ämnet. De grundläggande frågorna om rättens karaktär och egenskaper är ju på många sätt eviga och litteraturen blir inte föråldrad på samma sätt som inom andra mer substantiella juridiska områden. En ständigt växande ocean av kloka inlägg har gjorts sedan några hundra år tillbaka. Att läsa in sig på allt relevant primärt källmaterial ligger därför utanför den här uppsatsens ramar.

---

<sup>2</sup> Strömholm, s. 33.



Den andra delen av uppsatsen syftar till att precisera diskussionen kring de argument som traditionellt ansetts ligga utanför den formellt rättsliga normmassan. De benämns omväxlande som 'hjälpvetenskaper', eller mer neutralt, 'andra vetenskaper'. Jag försöker här ställa det monocentriska och polycentriska perspektiven mot varandra för att klarlägga deras för- och nackdelar samt konsekvenser för rättstillämparen.

I den tredje delen vill jag visa hur de tidigare diskussionerna om icke-formella normers inflytande skulle kunna se ut i praktiken och därmed närma mig ett svar på uppsatsens frågeställning. Med hjälp av ett antal studier om tvångsvårdsförhandlingar i länsrätten och utvecklingen av riskbedömningar inom olika rättsområden och den inriktning som kallas *Terapeutisk juridik*, vill jag exemplifiera och konkretisera diskussionen om pluralism och effekten av externa normer och preferenser.

### 1.4 Definitioner

Inte sällan distanserar jag mig till olika begrepp genom att använda enkla citattecken ('...'). Det är ett försök att visa att ett visst begrepp inte nödvändigtvis är en särskilt lämplig beskrivning av det fenomen som det avser. 'Gällande rätt' eller 'hjälpvetenskap' är två exempel.

I uppsatsen kommer begreppet *rätten* användas ganska flitigt. Det kan tyckas märkligt att använda det ordet i bestämd form eftersom uppsatsen i stor utsträckning kommer att beskriva ett perspektiv som inte accepterar rätten som *ett* definierbart objekt. Vad rätten betyder i ett sådant sammanhang är en relevant fråga. Utan att gå händelserna i förväg vill jag här endast påpeka att när *rätten* används i texten ska det snarast ses som ett samlande begrepp för rättsligt material, det gör för den sakens skull inte anspråk på att vara något som i förväg är möjligt att definiera.

## Del 1 - Ett teoretiskt perspektiv med avstamp i Göteborgsskolan

### 2 'Gällande rätt'

En text som behandlar frågan om hur rätten kan och bör definieras kan knappast undvika att nämna begreppet 'gällande rätt'. Det är ett koncept som används ofta i såväl förarbeten som juridisk doktrin, men vad avses egentligen? Som antytts ovan är det inte mitt syfte att svara på den frågan och kanske är det inte ens relevant att fråga. Den gällande rätten är dock intimt kopplad till rättskälleläran och eftersom den senare är en förutsättning för att kunna säga något om vad som 'gäller', i formell mening, bör ämnet ändå tas upp. Rättskälleläran är inte lagfäst och den är inte heller beskriven i några motivuttalanden.<sup>3</sup> Genom att först nämna lag och sedan förarbetena har jag dock i någon mån redan tillämpat rättskälleläran. Det ger ytterligare ett argument till varför det finns anledning att undersöka vad som avses med gällande rätt och rättskälleläran, så som varje juriststudent i någon mening får en känsla för den. Om inte annat för att ge distans till den tankesamling som ofta är oreflekterat självklar för juriststudenten. Först kommer lagtext, därefter förarbetena följt av rättspraxis och till sist doktrin. Om nu den sistnämnda alls räknas med. Ibland uttrycks det som att lagtext *skall* beaktas, förarbeten och prejudikat *bör* beaktas och övriga källor (doktrin) *får* beaktas.<sup>4</sup> Peczenik och Strömholm förespråkar båda en viktning av olika rättskällor utifrån deras formella auktoritet. De båda inser i och för sig att detta endast utgör en utgångspunkt och att slutresultatet inte alltid följer rättskällelärans viktning av rättskällorna.

---

<sup>3</sup> Sandgren, Claes, "Vad gör juristen? Och Hur? – del II" i *Juridisk tidskrift (JT)* Nr 4, 1999-00. s. 868.

<sup>4</sup> Sandgren, JT Nr 4, 1999-00, s. 868-869.

## 2.1 Peczenik

Aleksander Peczenik definierar gällande rätt enligt följande:

*”Gällande rätt är sålunda ett normsystem som (1) gör anspråk på att vara riktigt, ha tvångsmonopol, vara överordnat andra slags normer och reglera alla aspekter av samhällslivet, (2) består av samtliga normer som tillhör en i stort sett effektiv författning och inte är extremt oetiska, och tillika av samtliga normer som skapats i överensstämmelse med denna författning, uppvisat ett minimum av samhällelig effektivitet och effektivitetschans och inte är extremt oetiska, (3) omfattar konstitutiva regler vilka är betingelser för att man skall kunna tala om viktiga institutionella fakta, sådana som avtal eller äktenskap, (4) tillämpas av professionella experter (jurister) som använder särskilda begrepp och argumentationsmetoder, och till sist (5) omfattar etiskt godtagbara principer och värden, på vilka rättstillämpningsproceduren stöder sig och/eller måste stöda sig för att uppfylla anspråk på att vara riktig.”<sup>5</sup>*

Trots att många av delmomenten i Peczeniks definition är vaga menar han att de tillsammans ger ett tillräckligt klart besked om vad som är gällande rätt i nästan alla moderna samhällen.<sup>6</sup> Enligt Peczenik är alltså den gällande rätten öppen på så sätt att formellt riktiga regler måste ge vika för etiska motargument, detta om lagstiftarens normer är tillräckligt oetiska. Vilken referensram för etik som ska användas vid den bedömningen är således en viktig fråga. Peczenik är dock inte någon ren rättspositivist eftersom den etiska referensen måste vara självständig i förhållande till rätten. Peczenik menar även att en avvägning mot samhällelig effektivitet ständigt ska vara närvarande. En annan nyckelegenskap hos den gällande rätten är att den på ett effektivt sätt måste kunna upprätthålla socialkonstruktivistiska konstruktioner såsom avtal och äktenskap. Slutligen poängteras att gällande rätt ska tillämpas av jurister som använder sig av en särskild metod. Det sistnämnda kriteriet är det enda som är polärt i bemärkelsen att det antingen är sant eller inte sant. De övriga kriterierna kan ju vara uppfyllda i olika omfattning. För att tala om *en* juridisk metod måste det åtminstone i teorin finnas en sådan.

---

<sup>5</sup> Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Nordstedts Juridik 1995. s. 196-197.

<sup>6</sup> Peczenik, 202.

När det gäller 'rättskälleläran' hänvisar Peczenik till en dom från hovrätten över Skåne och Blekinge (B 187/75, DB 4107):

*"Domstolsavgörande skall grundas på lag. Vid lagens tillämpning har domstol att fästa vikt vid motivuttalanden som riksdagen har godkänt. Kravet att rättskipningen såvitt möjligt skall vara enhetlig leder till att högsta domstolens avgöranden, om än ej formellt bindande, bör vägleda övriga domstolar."*<sup>7</sup>

Peczenik spaltar sedan upp olika källor för juridisk argumentation enligt följande:

#### *Auktoritetskällor*

Källor som *skall* beaktas:

- Lagar, andra föreskrifter och fasta sedvanerättsliga regler.
- Om det påfordras av i lag eller föreskrift ska även det material som auktorativt visar innebörden av sedvänjor och särskilt handelsbruk.
- Avtal, särskilt standardavtal

Källor som *bör* beaktas:

- Prejudikat och förarbeten
- Material som auktorativt visar innebörden av vissa sedvänjor och som inte bildar "fasta sedvanerättsliga regler" men ändå är mycket väl förankrade i samhället, uttrycker generella rättsgrundsatser och/eller godtas av myndigheterna.
- Internationella konventioner som ligger till grund för inhemsk lagstiftning.

Källor som *får* åberopas:

- Institutionella rekommendationer av olika slag, exempelvis Skatteverkets och Konsumentverkets anvisningar.
- Beslut såsom: domar och myndigheternas beslut som ej utgör prejudikat, prejudikat som inte direkt berör den tolkade lagtexten.
- Material som står i samband med lagstiftningen såsom: förarbetens om inte direkt berör den tolkade lagtexten, lagförslag, upphävda lagar om de har fortsatt normativ aktualitet, särskilda yttranden i HD.

---

<sup>7</sup> Peczenik, s. 214.

- Den rättsvetenskapliga litteraturen
- Utländsk rätt
- Informellt material såsom: övrigt material som visar innebörden av sedvänjor, annat material som visar de inom olika samhällsgrupper härskande värderingarna, tex uttalanden av personer som deltagit i lagstiftningsarbetet.<sup>8</sup>

### *Sakskäl*

Peczenik hävdar med stöd från NJA 1981 s 1050 att en praktisk sats - ett icke formellt förankrat argument - är juridiskt relevant om vår rättsliga kultur tvingar oss att beakta det i juridisk argumentation. För sakskälen är det innehållet och inte deras auktoritet som är avgörande.<sup>9</sup>

- Argument som bygger på ”sakens natur”, vissa etiska grundsatser, historisk kunskap om relevanta omständigheter vid lagens tillkomst etc. *får* alltså åberopas.<sup>10</sup>

Bland argument som *inte får åberopas* nämner Peczenik uttalanden från politiska partier eller intresseorganisationer, föredrag av enskilda personer, utläggningar i massmedia och ”så kallade aktuella strömningar”.<sup>11</sup> Gemensamt för denna uppräknning är att de handlar om vilka *aktörer* som inte får bidra med argument snarare än vilka typer av *argument* som är användbara eller inte.

En mycket viktig komponent i Peczeniks rättskällära är att den endast fungerar som ett *Prima facie* instrument. Det innebär att det är en provisorisk hierarki vilken endast gäller som en utgångspunkt. Om det finns tillräckligt starka motskäl, med hänvisning till Peczeniks definition av gällande rätt, kan argumentens viktning omvärderas i det enskilda fallet.<sup>12</sup>

---

<sup>8</sup> Peczenik, s. 214-216.

<sup>9</sup> Peczenik, s. 208.

<sup>10</sup> Peczenik, s. 216.

<sup>11</sup> Peczenik, s. 217.

<sup>12</sup> Peczenik, s. 220, 225.

## 2.2 Strömholm

Det finns enligt Strömholm ingen klar, enhetlig och tydlig generell metod för sociologen eller rättsteoretikern att fastställa vad som är en *korrekt* utsaga om gällande rätt. Om man absolut måste finna en formel för hur korrekthet prövas så får man titta på vilken tillämpning som opartiska och erfarna (och ansedda) jurister är beredda att acceptera.<sup>13</sup> Hans definition av gällande rätt blir därmed av ett mer deskriptivt slag:

*”Gällande rätt /.../ kan, försåvitt gäller den ’inom systemet’ arbetande rättstillämparen, /.../ anges vara summan av de regler av olika slag och på olika plan som i stort sett styr kompetent juridisk yrkesutövning inom det ifrågavarande systemet.”*

Strömholm menar att den svenska rätten är rörlig i betydelsen att delar av regelbeståndet kan omformuleras över tid. Det finns emellertid även en ’säker’ kärna, en massa som kan definieras genom språkregler och tankelagar, och med hjälp av principer i stil med ”speciallag går före allmän lag”. Faktiska händelser och sakförhållanden kan sättas i förbindelse med det säkra regelbeståndet genom saklig argumentation och normal vardagslogik.<sup>14</sup>

Strömholms definition av rättskälleläran är även den deskriptiv och ger inte några ledtrådar för den som vill finna ett normativt svar på hur rättskälleläran *bör* vara:

*”Med rättskällor förstås dels samtliga faktorer som vägleder domstolarna (eller andra myndigheter) vid valet eller uppställandet av de normer vilka skall tillämpas i konkreta fall, dels dessa normer själva.”*<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> Strömholm, s. 79, 80.

<sup>14</sup> Strömholm, s. 30.

<sup>15</sup> Strömholm, s. 319.

Han gör dock även en mer vägledande beskrivning enligt följande:

A. Rättskälleprinciper (hanteringsregler)

B Övriga rättskällefaktorer (källor till sakregler)

1. lagbestämmelser;
2. förarbetsuttalanden;
3. rättspraxis, främst överordnade instanser;
- 4, sedvänjor;
5. bland jurister (undantagsvis andra, t.ex. tekniska experter) företrädda uppfattningar;
6. ej specifikt juridiska överväganden.<sup>16</sup>

Strömholm är även noga med att påpeka, till skillnad från Peczenik, att det inte är *lagtexten* som utgör en rättskälla utan *lagbestämmelsen*. Peczeniks uppräknning av olika textkällor är därmed otillräcklig eftersom den missar de *handlingsregler* och *språkyttringar*, till exempel rättskälleläran, som är en avgörande del av rätten.<sup>17</sup> Rättskällefaktorerna är inte 'färdiga' att tillämpas utan endast ett råmaterial som inte är slutligt bearbetade förrän de är tillämpade. Det finns därmed ett visst mått av rättsskapande i rättstillämpningen.<sup>18</sup>

### 2.3 Finns det en gällande, gällande rätt?

Jan Hellner påpekar att det är omöjligt att tala om *en* hierarkisk rättskällelära. I den mån en sådan lära alls finns så skiljer den sig åt mellan olika rättsområden.<sup>19</sup> Samtidigt menar Hellner att även om han inte kan definiera rätten så känner han igen den när han ser den.<sup>20</sup> Hellner kanske därmed kan fungera som en av Strömholms referenser för att beskriva vad som är gällande. Även Per Henrik Lindblom är inne på samma linje när han uttrycker att "det torde råda total enighet om att det råder nästan total oenighet om vilken lagtolkningsmetod som är gällande rätt i landet Sverige".<sup>21</sup>

---

<sup>16</sup> Strömholm, s. 321.

<sup>17</sup> Strömholm, s. 320.

<sup>18</sup> Strömholm, s. 402.

<sup>19</sup> Hellner, Jan, *Metodproblem i rättsvetenskapen: studier i förmögenhetsrätt*, Jure 2001, s. 25.

<sup>20</sup> Hellner, s. 20.

<sup>21</sup> Gustafsson, s. 410.

Den juridiska metoden har alltid pendlat mellan två poler. Å ena sidan finns en strävan efter största möjliga förutsebarhet, förverkligande av lagstiftarens normer och minsta möjliga godtycke hos domaren. Å andra sidan finns en strävan efter rättvisa i det enskilda fallet.<sup>22</sup> Alltså, å ena sidan finns ett handlingsdirigerande fokus och å andra sidan ett konfliktlösande. Både Peczenik och Strömholm försöker utmejsla en medelväg. Rätten får influeras av icke-formella rättskällor i viss mån. De är dock inte beredda att helt frigöra den rättsliga argumentationen. De förespråkar båda en monistisk syn på rätten där det är möjligt att hitta en gemensam nämnare för alla rättsliga argument. Deras synsätt ska nu sättas i kontrast till de polycentriska och socialkonstruktivistiska perspektiven på rätten, vilka är öppna för fler legitimerande grunder.

Varför är det viktigt att svara på frågan om rätten står på en eller flera fötter? Kärnan ligger i att ett rättspositivistiskt läger med *en* legitimerande grund möjliggör ett definierande av rätten utan att samtidigt avge moraliska omdömen.<sup>23</sup> Ett öppnande för *flera* legitimerande grunder nödvändiggör ett vägande mellan olika källor och därmed måste en yttre preferens användas för att slutföra ett rättsligt beslut, inte bara i de fall som Peczenik beskriver som extremt oetiska, utan också i mer vanligt förekommande juridiska frågeställningar. Det är således en mycket viktig principfråga.

### 3 Monism eller pluralism?

Frågan om rätten är monistisk eller pluralistisk är ett delmoment i frågeställningen om rättens öppenhet kontra slutenhet. Finns det en eller flera legitimerande grunder? Det är ett första steg i svaret på frågan om rätten är öppen för källor med formellt icke-juridiskt ursprung. Den sistnämnda frågan kommer att behandlas i kapitel 6.

---

<sup>22</sup> Strömholm, s. 426.

<sup>23</sup> Simmonds, Nigel E, *Juridiska principfrågor*, Nordstedts Juridik 1988, s. 84.



### 3.1 Monism

Grunden för det monocentriska perspektivet är att all normgivning emanerar från ett klart och tydligt definierat statligt centrum. Det är riksdagen som ligger bakom skapandet av rättsreglerna och de regler som härstammar från andra källor kan i strikt mening inte anses vara en del av den 'gällande rätten'.<sup>24</sup> Enligt Hans Kelsens välkända *Den rena rättsläran* består rättsordningen av normer, som står i en hierarkisk relation till varandra samtidigt som de bildar ett eget, autonomt system. Rätten ryms och definieras som något inom detta system.<sup>25</sup> Genom analys av språket och de normativa strukturer som språket beskriver kan den gällande rätten klargöras. Det är endast det systeminterna materialet som kan användas som rättskällor i ett monistiskt synsätt på rätten.<sup>26</sup> Eftersom det i teorin går att härleda hela rättens innehåll till en ursprunglig norm är det också genom forskning möjligt för rättsvetenskapsmannen att komma fram till ett resultat som är ofärgat av rättsvetarens egna värderingar och etiska referenser.<sup>27</sup> Luckor i lagtexten kan lösas tolkningsvis med hjälp av en rättskällelära och en hierarkiskt uppbyggd juridisk metod.<sup>28</sup> Det värdeneutrala och objektiva material som rättsvetaren finner kan därmed, utan ytterligare avvägning, användas i ett "domarperspektiv". Något rättspolitiskt inslag existerar inte eftersom det handlar om ett värdeneutralt beskrivande av gällande rätt. Rättsvetaren kan naturligtvis uttala sig om något *de lege ferenda* men det är då inte fråga om rättsvetenskap, utan rättspolitik. Kelsen är dock medveten om att den positiva rätten inte alltid ger svar för alla individuella fall. Inom den objektivt kunskapsmässigt definierbara ramen kan det finnas ett utrymme där andra normer behöver användas för att finna ett svar. Här måste domaren själv finna de moraliska och sociala normer etc. som kan precisera tolkningen av den objektiva ramen. Det är dock endast *inom* den positiva rätten som detta kan göras och det är enbart av domstolen, för rättsvetaren är samma process inget annat än ett rättspolitiskt förslag.<sup>29</sup>

---

<sup>24</sup> Gustafsson, Håkan, *Rättens polyvalens, En rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet*, Sociologiska institutionen, Lunds universitet 2002, s 106.

<sup>25</sup> Kelsen, Hans, *Den rena rättsläran*, Thales 2008, Gräns, Minna, "Om interaktiv rättsdogmatik" i *Interaktiv rättsvetenskap*, red: Minna Gräns och Staffan Westerlund, Universitetstryckeriet 2006, s 61.

<sup>26</sup> Gräns, 2006, s. 61.

<sup>27</sup> Kelsen, s. 239-240.

<sup>28</sup> Gustafsson, s. 107.

<sup>29</sup> Kelsen, Hans, s. 386-389.

En följd av ett strikt monistiskt synsätt på rätten är att alla icke-dogmatiska element måste förvisas från den rättsvetenskap som vill uttrycka sig om den positiva rätten. Ekonomiska, politiska, historiska och filosofiska aspekter är utomrättsliga och därmed ickerelevanta.<sup>30</sup> Anledningen till renodlingen av rättsvetenskapen var egentligen en kritik mot den *historiska skolan* och genomfördes under den senare delen av 1800-talet. Rättsvetenskapen ville distansera sig från *folksjälen* som juridisk källa.<sup>31</sup> Folksjälen ersattes därför av rättspositivisterna med *statsviljan* vilken även den, i och för sig, kunde utsättas för liknande angrepp som folkviljan, dvs. att den är svårdefinierad, om än mer förankrad i den demokratiska principen. De skandinaviska rättspositivisterna försökte därför individualisera den legitimerande grunden till *lagstiftarens vilja*. Detta kritiserades dock i sin tur av rättsrealisterna.<sup>32</sup> De ville, som reaktion, försöka avmystifiera de 'metafysiska' legitimerande grunderna helt och hållet. "Förövrigt anser jag, att metafysiken bör förstöras" som Axel Hägerström parafraserade censor Catos välkända sats.<sup>33</sup> Gemensamt för alla dessa synsätt är dock att de försöker förklara rätten som ett enhetligt system vilket kan finna sin nyckellegitimitet genom *en* grundläggande princip eller ett förhållningssätt.<sup>34</sup>

### 3.2 Pluralism

Det finns naturligtvis många invändningar mot ett monocentriskt synsätt på rätten. För det första kan man ifrågasätta om all relevant rätt verkligen kommer från en central normgivare. Sedvanerätt och annan informell normbilning är ju i allra högsta grad verklig.<sup>35</sup> Griffith, en av de första förespråkarna för rättslig pluralism, menar att monocentrin förutsätter att samhället består av enskilda individer och att rätten kommuniceras just direkt till de enskilda individerna. Eftersom människan dock är en fundamentalt social varelse är även rätten ett intersocialt verktyg bland flera. Rätten kan endast förstärka eller försvaga redan existerande normer.<sup>36</sup> Dessutom kommuniceras lagregler inte direkt till individen utan nästan alltid via något mel-

---

<sup>30</sup> Svensson, Eva-Maria, *Genus och rätt, en problematisering av föreställningen om rätten*, Iustus förlag 1997, s. 253.

<sup>31</sup> Svensson, s. 253.

<sup>32</sup> Svensson, s. 254.

<sup>33</sup> Strömberg, Tore, *Rättsfilosofins historia i huvuddrag*, 3:e upplagan, Studentlitteratur 1989, s. 66.

<sup>34</sup> Svensson, s. 261.

<sup>35</sup> Gustafsson, s. 108.

<sup>36</sup> Gustafsson, s. 121-122.

lanled. Dessa mellanled har sina egna normerande system som påverkar rätten. Griffith påpekar dessutom att rättscentralismen bygger på en *politisk* uppfattning om att monocentrism är något eftersträvansvärt. Pluralistiska inslag och influenser från äldre normerande system, likt sedvana och principer från lokalbefolkning, har aktivt motarbetats. Bilden av en evolutionär utveckling mot ett mer och mer enhetligt system är dock endast en chimär enligt Griffith. Rätten är istället ständigt pluralistisk och har alltid influerats av olika normerande system. Det enda verkliga med det monocentriska perspektivet är att det fungerat som en *föreställning* med en specifik syn på den rättsvetenskapliga metodologin, dvs. en formell rättshierarki.<sup>37</sup> Eva-Maria Svensson menar att det monistiska synsättet fungerar likt en 'tankeram' som begränsar sökandet efter rätten till slutsatser vilka beskriver ett enhetligt och motsägelsefritt system.<sup>38</sup> Genom insocialisering är vissa saker självklara för oss, de är inte redovisade, kanske inte ens redovisbara. Ett pluralistiskt perspektiv har, enligt henne, bokstavligt talat, varit något otänkbart för rättsvetenskapen.<sup>39</sup>

Den pluralistiska synen på rätten beskrivs ibland som 'rättslig polycentri' och är egentligen ingen enhetlig teori utan kännetecknas snarast av kritiken mot de monistiska synsätten.<sup>40</sup> En viktig gränsdragning går mellan dem som riktar sin pluralistiska kritik främst mot rättskälleläran och dem som har ett vidare perspektiv och menar att rätten, mer generellt sett, inte kan definieras som ett *enhetligt* normerande system. De förstnämnda visar således på att rättskälleläror ser olika ut beroende på vilket rättsområde och vilken beslutsnivå som studeras. De sistnämnda ser inte rättsystemet som *ett* system utan snarar som ett lapptäcke av regelkomplex och olika normerande fält som vuxit fram i olika tider och med olika förutsättningar.<sup>41</sup> Gustafsson sammanfattar rättspluralism som "*en situation i vilket två eller flera rättssystem sam-existerar i samma sociala fält*".<sup>42</sup>

Enligt ett pluralistiskt förhållningssätt är rätten inte enbart en av staten promulgerad rätt och den administreras inte heller enbart av statliga institutioner. Konsekvensen blir därmed att

---

<sup>37</sup> Gustafsson, s. 122-123.

<sup>38</sup> Svensson, s. 273.

<sup>39</sup> Svensson, s. 242-243.

<sup>40</sup> Svensson, s. 272-273.

<sup>41</sup> Svensson, s. 272.

<sup>42</sup> Gustafsson, s. 124.

rätten inte kan vara ordnad i en enhetlig hierarkisk ordning.<sup>43</sup> Griffith menar att rättspluralism är en nödvändig följd av kulturell, social och strukturell pluralism i samhället. Utifrån en enskild individs agerande är det svårt att avgöra om det primärt är det rättsliga eller något annat normerande system; politiskt, reigöst, kulturellt etc., som styr. Detta förstärks av att lagstiftaren i ett mångkulturellt och pluralistiskt samhälle också kommer att generera rättspluralistiska värden och normer. Gustafsson menar att ett samhälle aldrig kan uppvisa en enhetlig rättstradition just på grund av att det inte går att stå utanför andra normativa influenser. Snarare än att tendensen går mot en ökad koherens leder de moderna välfärdsstaterna till en ökad pluralism.<sup>44</sup>

Även med insikten om att rätten faktiskt påverkas av olika icke-rättsliga normsystem är det inte säkert att det är något eftersträvansvärt, dvs. att det *bör* vara så. Ett fortsatt strävande efter ett monistiskt synsätt är för många rättsvetare en förutsättning för förutsebarhet och rättssäkerhet.<sup>45</sup> Den avgörande frågan är alltså om rätten, normativt sett, bör vara öppen eller sluten, självständig eller osjälvständig, autonom eller icke autonom, för att säga samma sak på flera olika sätt.

### 4 Rätten som objekt kontra subjekt

Frågan om rättens öppenhet kommer att närmas dels genom ett teoretiskt perspektiv med grund i Håkan Gustafssons avhandling *Rättens polyvalens* och dels genom ett socialkonstruktivistiskt perspektiv med grund främst i en artikel av Mats Glavå och Ulf Petrusson; *Illusionen om rätten*, samt Eva-Maria Svenssons avhandling *Genus och Rätt*.<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> Gustafsson, s. 124-125.

<sup>44</sup> Gustafsson, s. 133-135.

<sup>45</sup> Gustafsson, s. 124.

<sup>46</sup> Gustafsson, Håkan, *Rättens polyvalens, en rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet*, Sociologiska institutionen, Lunds universitet 2002. Glavå, Mats, Petrusson, Ulf, "Illusionen om rätten! Juristprofessionen och ansvaret för rättskonstruktionerna", i *Minneseminar för David Roland Doublet*, Fag Bokforl 2002. Svensson, Eva-Maria, *Genus och rätt, en problematisering av föreställningen om rätten*, Iustus förlag 1997

## 4.1 Rättens nivåer – ett teoretiskt perspektiv på normernas funktion

Gustafsson behandlar frågan om rättens öppenhet kontra slutenhet genom en analys av tre normnivåer inom rätten; rättsordningen, rättssystemet och rättsfältet.

### 4.1.1 Rättsordningen

Med rättsordning avser Gustafsson den *regelmassa*, lagtext, förordningar, föreskrifter, direktiv, rättspraxis etc., som är produkten av lagstiftningen och domstolen (domaren). En ordnad struktur inramad i en rättshierarki; en systematiserad nivå av rättsregler.<sup>47</sup> Att regelmassan är systematisk är, enligt Gustafsson, dock inte samma sak som att rätten är konsistent, koherent eller systemharmonisk.<sup>48</sup> Rättsordningen måste samspela med rättssystemet för att kunna foga samman olika delar av regelmassan. Rättssystemet innehåller *principer* som inte uttryckligen har sitt ursprung i någon formell rättskälla. Det är därmed viktigt att förstå skillnaden mellan rättsregler och rättsprinciper. Gustafsson använder sig av Dworkins modell för att närmare analysera detta. Regler är antingen tillämpliga eller inte tillämpliga. Allt eller inget. Principerna däremot, kan bestå av skönsregler, rättsliga standards, vägledande normer, generalklausuler, allmänna rättsgrundsatser, riktlinjer och tumregler etc.<sup>49</sup> Principer har, enligt Dworkin, en vikt och de är därmed alltid tillämpliga. I många fall måste de dock vägas mot någon annan princip.<sup>50</sup> Det är även möjligt att principer indirekt kan vägas mot en regel, då i betydelsen av regels *ratio*, dess bakgrundidé.<sup>51</sup> Dworkin låter den kunnige domaren Herkules göra dessa avvägningar av principer så att han till slut finner den mest välgrundade rättsteorin för varje problem.<sup>52</sup> Peczenik menar att när en lyckad avvägning är gjord mellan två principer och dess olika vikt och aktualitet har jämförts så utkristalliseras den yttersta avvägningsnormen för dessa principer, en sorts metanorm. Avvägningsnormen är ju då egentligen en regel eftersom den per definition inte längre kan avvägas eller viktas.<sup>53</sup> I huvudsak går emellertid principavvägningar ut på att vikta principernas 'värde'. En kritik som då är befogad är att det egentli-

---

<sup>47</sup> Gustafsson, s. 47.

<sup>48</sup> Gustafsson, s. 47-48.

<sup>49</sup> Gustafsson, s. 38-39.

<sup>50</sup> Gustafsson, s. 40.

<sup>51</sup> Gustafsson, s. 43.

<sup>52</sup> Gustafsson, s. 52.

<sup>53</sup> Gustafsson, s. 44.

gen är värdepreferenserna hos den som viktas som faller avgörandet. Gustafsson menar att detta kan te sig olyckligt men att det samtidigt är ett uttryck för rättens ofrånkomliga flexibilitet som präglas av dess värdekontext, historik och olika intressekonflikter. Hans slutsats är att regler är beroende av en formell tillhörighet och att principer är beroende av i vilken utsträckning de accepteras i enlighet med rådande viktningpreferens.<sup>54</sup>

### 4.1.2 Rättssystemet

Rättssystemet utgör, enligt Gustafssons modell, den systematiserande och ordnade nivån inom rätten. Principerna bli här en del av systemet och det är först därmed som regelmassan kan rättfärdigas.<sup>55</sup> En positivistisk invändning är att det endast är rättsordningen som utgör den egentliga rätten och att rättssystemet därmed tillhör en utomrättslig metanivå. Gustafsson replikerar dock att båda nivåerna är nödvändiga för att förstå rätten. Om enbart en rättsordningsnivå används riskerar studier av rätten att fastna vid enbart formella rättsregler. Alla nivåer utanför det positivrättsliga materialet, exempelvis djupare förankrade rättsprinciper, skulle i en sådan modell avfärdas som icke-rättsliga.<sup>56</sup> En ytterligare positivistisk invändning är att vissa principer, i och för sig, skulle kunna anses vara en del av rättsordningen och att Gustafssons överordnade perspektiv därmed är onödigt. Principerna får ju plats inom en gällande rätt. Ett slutet perspektiv på rätten blir då möjligt eftersom rättsordningen sammanfaller med rättssystemet och gränsen mot de icke-rättsliga kan avgöras av något i stil med Kelsens grundnormsteori eller Harts igenkänningsregel.<sup>57</sup> Även Dworkin kan här anses argumentera för en sluten syn på rätten eftersom han använder den förslutande metaforen Herkules. När det till slut är Herkules som faller avgörandet om hur regler (rättsordningen) och principer (rättssystemet) ska sammanfogas så utgör Herkules själv den verkliga tolkningsnivån. Herkules är den interna preferens som räddar en sluten syn på rätten. För Gustafsson verkar dock möjligheten till etiska, politiska, sociala, eller andra icke-rättsliga analys- och förståelsegrunder väga tyngre än värdet av en sluten syn på rätten.<sup>58</sup> Gustafsson påpekar att poängen med att se rätten som både en rättsordning och ett rättssystem är att belysa att rättssystemet är både kontextuellt och

---

<sup>54</sup> Gustafsson, s. 45.

<sup>55</sup> Gustafsson, s. 48.

<sup>56</sup> Gustafsson, s. 49.

<sup>57</sup> Gustafsson, s. 50.

<sup>58</sup> Gustafsson, s. 51.

tidsmässigt beroende, dvs. att principerna inte bara förändrar sig beroende på lagstiftarens vilja utan även beroende på samhällets förändring över tid. Rättsprinciper är i själva verket inte något annat än översättningar av samhällsliga värden och beteenden. De är således åtkomliga genom empiriskt samhällvetenskaplig analys och därmed är det inte möjligt att kontrollera dem genom en avgränsad juridisk metod eller intern preferens. Eftersom rättssystemet påverkar rättsordningen på olika sätt följer det att även rättsordningen är öppen för externa värderingar, olika från en tid till en annan.<sup>59</sup> Gustafsson formulerar det på så sätt att ”rättssystemet uttrycker en rättslig systematik av samhällsbundna värden och principer, det är per definition värde-öppet och kontextberoende”.<sup>60</sup>

#### 4.1.3 Rättsfältet

Problematiseringen av rättens självständighet är dock inte färdigbehandlad i och med slutsatsen att rätten är öppen och kontextuellt beroende. Med hänvisning till den *alternativa jurisprudensen*<sup>61</sup> i Norden och *Critical Legal Studies-rörelsen*<sup>62</sup> i Storbritannien och USA pekar Gustafsson på en tredje nivå som han själv kallar för ’rättsfältet’.<sup>63</sup> Ungefär samma synsätt har dock beskrivits på olika sätt:

| <b>Tuori</b>          | <b>Pöyhönen</b>               | <b>Unger</b>              | <b>Gustafsson</b>   |
|-----------------------|-------------------------------|---------------------------|---------------------|
| <i>Rättens ytnivå</i> | <i>Rättsordning/regler</i>    | <i>Regler/prejudikat</i>  | <i>Rättsordning</i> |
| <i>Rättskultur</i>    | <i>Rättssystem/principer</i>  | <i>Principer/policies</i> | <i>Rättssystem</i>  |
| <i>Djupstruktur</i>   | <i>Grundstruktur/paradigm</i> | <i>Formativ kontext</i>   | <i>Rättsfält</i>    |

Gustafsson påpekar att det inte är fråga om en hierarkisk skillnad mellan de olika nivåerna.<sup>64</sup> De två första nivåerna beskriver rättens struktur medan den sista snarast handlar om dess funktion.<sup>65</sup> Det finns tre huvudsakliga syften till att dela upp rätten i de tre nivåerna. Det handlar dels om att tydliggöra olika värdens plats och funktion. Dels om att kunna uppmärk-

<sup>59</sup> Gustafsson, s. 52-53.

<sup>60</sup> Gustafsson, s. 53.

<sup>61</sup> Främst finsk rättsvetenskap, Juha Pöyhönen och Kaarlo Tuori. (G 53)

<sup>62</sup> I Gustafssons avhandling pockas Roberto Unger fram som representant för skolan.

<sup>63</sup> Gustafsson, s. 53.

<sup>64</sup> Gustafsson, s. 63.

<sup>65</sup> Gustafsson, s. 105.

samma den ständiga växelverkan mellan nivåerna och slutligen om att belysa de regel-, värde- och intressekonflikter som kan uppstå.<sup>66</sup>

Den tredje nivån, rättsfältet, är rättens djupstruktur och det är på det här planet som rättens normer kan jämföras med andra normerande system i samhället: kulturella, religiösa, politiska, moraliska etc. Fokus ligger på rättens samhällsliga funktioner, dvs. de handlingsdirigerande funktionerna och det normerande systemets konsekvenser.<sup>67</sup> Gustafsson vill, genom att använda begreppet *normerande* och inte *normativa*, betona att det är rättens effekter och konsekvenser som är det avgörande. 'Normerande' indikerar att det handlar om en fortlöpande process snarare än ett deskriptivt och statiskt tillstånd.<sup>68</sup> Eftersom det handlar om en process är det meningslöst att föra ett resonemang om *de lege lata* och *de lege ferenda*, inte heller distinktionen mellan rättsvetenskap och rättspolitik blir relevant eftersom de oundvikligen kommer att sammanblandas. Enligt Gustafsson innebär varje deskription av gällande rätt ett värderande moment. Det är alltid fråga om ett perspektivval, även i de fall någon använder sig av den mer traditionella eller formella rättsdogmatiken.<sup>69</sup> Det värdeneutrala sökandet efter den 'gällande rätten' är därmed inte möjligt eftersom rättsvetenskapsmannen inte kan upprätthålla någon verklig objektivitet när han eller hon uttalar sig om rätten.

På vilket sätt gör då värden med annat ursprung, än från rättsordningen, entré i rättssystemet? Hur transformeras sociala normer till rättsliga normer? Eller omvänt, hur kan man koppla de rättsliga normerna till sociala värden och normer? Gustafsson menar att sociala principer som visar varaktighet och acceptans så småningom bildar rättsprinciper genom att "kläs i juridisk språkdräkt och inlemmas i den juridiska kontexten".<sup>70</sup> Rättsprinciperna är på så sätt bryggan mellan samhällsliga värden och de konkreta rättsreglerna. Varje rättsregel ingår i sin särskilda värdekontext påverkad av rättsprinciper, med ett internt perspektiv, eller samhällsliga värden, med ett externt perspektiv. Det externa perspektivet kan förklara *varför* rätten formas på ett visst sätt medan det interna perspektivet ger möjlighet att förstå *hur* rätten formas.<sup>71</sup>

---

<sup>66</sup> Gustafsson, s. 65.

<sup>67</sup> Gustafsson, s. 57-58.

<sup>68</sup> Gustafsson, s. 58-59.

<sup>69</sup> Gustafsson, s. 60-61.

<sup>70</sup> Gustafsson, s. 71.

<sup>71</sup> Gustafsson, s. 72-73.



Sammanfattningsvis menar Gustafsson att det sker en ständig växelverkan mellan rättens olika nivåer. Det sker visserligen en påverkan från rättsordningen till andra normerande system i samhället, men viktigast i det här sammanhanget är att värden från andra normerande system via rättsprinciperna tar sig ner till rättsordningen och påverkar regelmassan. Rätten är därmed öppen för argument från icke-formella källor. En konsekvens blir att en juridisk metod som hierarkiskt rangordnar olika formella rättskällor inte är tillräcklig för att ge vägledning i juridiskt beslutsfattande.

## 4.2 Konstruktivism – ett sociologiskt perspektiv på normernas funktion

Genom att försöka kartlägga de processer genom vilka vi använder rätten, och det sätt på vilket rätten kommuniceras, har de socialkonstruktivistiska modellerna försökt förklara hur de rättsliga normerna bildas och förändras.

### 4.2.1 Skandinavisk rättsrealism

Tanken på att rätten inte är något annat än en mänsklig intersocial konstruktion var vedertagen redan hos den äldre skandinaviska realismen. Axel Hägerström konstaterade att ”*rättsordningen är i det hela intet annat än ett maskineri, i vilket kuggarna utgörs av människor*”.<sup>72</sup> Vilhelm Lundstedt, som vidareutvecklade Hägerströms teorier, menade att föreställningen om den ’gällande rätten’ skapar ”*rättsideologiska slöjor*”. Rättsvetenskapen använder sedan dessa slöjor för att realisera egna och andras värderingar och därmed generera nya rättsföreställningar.<sup>73</sup> De rättsideologiska slöjorna döljer i själva verket faktumet att det är juristens egna värden och uppfattningar av rätten som kommer till uttryck när ’gällande rätt’ tillämpas.<sup>74</sup>

Karl Olivecrona uttalade följande om risken med att bevara föreställningen (metafysiken) om en verklig rätt:

---

<sup>72</sup> Glavå, Petrusson, 2002, s. 114.

<sup>73</sup> Glavå, Petrusson, 2002, s. 114

<sup>74</sup> Glavå, Mats, Petrusson, Ulf, “*Law in a Global Knowledge Economy – Following the Path of Scandinavian Sociolegal Theory*”, i *Law and Society*, ed: Peter Wahlgren, *Scandinavian Studies in Law, Volume 53*, s. 97.

*”Förväxlingen mellan värderingsfriheten och befrielsen från metafysiken är farlig. Den leder lätt till det sämsta möjliga resultat: att man behåller metafysiken och därmed möjligheten till förstuckna värderingar under falsk skylt medan man samtidigt ikläder sig den tvångströja, som avståndet från medvetna och öppna värderingar innebär.”*<sup>75</sup>

Uppsalaskolan ville istället sätta de sociala konsekvenserna av rätten i förgrunden. Enligt Lundstedt kunde fokuseringen på rättens konsekvenser till och med betyda att domaren var skyldig att frångå uttrycklig lag:

*”Ja, stundom kan det bli ett krav på honom, att han handlar mot lagens klara ordalydelse, nämligen om det antingen kan sägas, att lagstiftaren icke kunnat förutse de sociala konsekvenserna under närvarande förhållanden av lagens användande i föreliggande fall eller den i det hela blivit föråldrad.”*<sup>76</sup>

Hos rättsrealisterna fanns det dock även en tendens att, trots insikten om att rätten är en social konstruktion, ändå försvara användandet av en metod som upprätthåller *förställningen* om en enhetlig gällande rätt.<sup>77</sup> De tog alltså inte steget fullt ut från en förändrad syn på rätten till en förändrad metodologi för tillämpningen av rätten. Svensson, Glavå och Petrusson har dock vågat ta ytterligare ett kliv.

#### 4.2.2 Svensson, Glavå och Petrusson

Svensson menar att rätten är skapad och ständigt skapas i ett kontextuellt sammanhang, dess objekt blir då enbart en konkretiserad *föreställning*. Rätten är på det sättet verklig, men bara i formen av en föreställning hos människan. Den har ingen självständig existens och som objekt kan den därför omöjligt separeras från subjektet. Rätten integrerar ständigt i en dynamisk process. Det innebär också att rättens ”vara” inte kan skiljas från dess ”böra”. Den mänskliga kommunikationen kommer ständigt och oundvikligen att påverka de rättsliga konstruktioner-

---

<sup>75</sup> Glavå, Petrusson, 2002, s. 114.

<sup>76</sup> Glavå, Petrusson, 2002, s. 115.

<sup>77</sup> Glavå, Petrusson, 2002, s. 116.

na.<sup>78</sup> Det handlar snarare om *vilka* värden som ska få ta sig uttryck, än om att rätten skulle vara möjlig att tillämpa på ett värdeneutralt vis.<sup>79</sup> Svenssons utgångspunkt är således att rättens öppenhet bör härledas till något så grundläggande som den mänskliga naturen.

Glavå och Petrusson poängterar även de att rätten inte är något annat än en social konstruktion. Eftersom rätten är beroende av människans kommunikation kan den inte 'gälla' på ett självständigt sätt.<sup>80</sup> Det innebär att lagar och domslut kan ses som inlägg i en kommunikativ process mellan olika aktörer inom olika rättsliga handlingsystem.<sup>81</sup> En viktig utgångspunkt för Glavå och Petrusson är dock att de, till skillnad från just realistiska, ideologikritiska och socialkonstruktivistiska förhållningssätt, inte vill avskaffa rättigheter, rättsprinciper, rättsregler och andra rättskonstruktioner. De menar tvärtom att dessa föreställningar är grundläggande byggstenar i samhället. Det viktiga är att inte betrakta sådana beståndsdelar som något givet eller självexisterande, de måste alltid finnas en förståelse för dessa fenomenens kommunikativa, behavioristiska och komplexa realitet. Det mest lämpliga sättet att förhålla sig till rättsliga konstruktioner är istället ett "designbaserat" förhållningssätt innebärande att när man bryter ner ett rättsligt fenomen så medverkar man även i rekonstruktionen av detsamma. Glavå och Petrusson menar därför att, oavsett vilken roll man innehar, bör man växla mellan ett substantiellt och ett dekonstruerande/realitetssträvande förhållningssätt.<sup>82</sup> En modell som redogörs för i avsnitt 6.2.

## 5 Ett polycentriskt perspektiv – en kris för metodläran?

En viktig fråga är om insikterna om rättens pluralism och öppenhet bör leda till förändringar av den juridiska metodläran. Vad ska rättsvetare och praktiker eftersträva? Bör vi sträva efter att finna en rättslig enhet?<sup>83</sup> Peczenik menar att den rättsvetenskapliga metoden borde *definieras* som en enhet, alltså redan i sitt grundantagande utgå från att det handlar om en enhetlig metodologi:

---

<sup>78</sup> Svensson, s. 266-267.

<sup>79</sup> Svensson, s. 259.

<sup>80</sup> Glavå, Petrusson, 2002, s. 112.

<sup>81</sup> Petrusson, Ulf, *Patent och industriell omvandling*, Nordstedts juridik 1999, s. 41.

<sup>82</sup> Glavå, Petrusson, 2002, s. 112-113.

<sup>83</sup> Gustafsson, s. 409.

*”I sin argumentationspraxis visar juristerna en disposition*

- *Att uppfatta en stats ätt som ett enda rättssystem;*
- *Att betrakta rättens inre motsägelser och bristande sammanhang som systemdefekter*
- *Och att tolkningsvis åsidosätta defekterna.*

*Det förhållandet att juristerna i sin argumentationspraxis visar denna disposition innebär att det finns en samhällelig norm av innebörden ’en stats rättsordning tolkas som ett sammanhängande system.’ Denna enhetsnorm existerar således i juristernas argumentationspraxis. Denna praxis är den gällande rättens enhetsgrund.”<sup>84</sup>*

Niklas Luhmann är ett exempel på en socialkonstruktivistisk teoretiker som försökt bevara synen på rätten som något enhetligt självständigt och som alltså inte vill förändra metodläran. Luhmann menar att rättssystemet är ett självrefererande system och att systemet **självt** därför skapar en enhet. De juridiska aktörerna lägger endast vikt vid kunskap som de själva har förmågan att kunna avgöra om den är rättsligt relevant eller inte. Denna slutenhet är dock endast normativ, dvs. juristernas förhållande till rättskällevärdet och deras utpräglade metod medför att systemet är *normativt slutet*.<sup>85</sup> Det betyder att det är viktigt att endast rättsligt relevanta normer kommer till uttryck i juridiska beslut. Rätten är därmed per definition enhetlig. Å andra sidan menar Luhmann att rätten *i realiteten* hela tiden influeras från den omgivande miljön (från andra rättsfält). Alltså, rent *Kognitivt* är systemet öppet och genom ’strukturella öppningar’ kan ny kunskap ta sig in i rätten. Det innebär, menar Glavå och Petrusson, att juristen egentligen inte använder sig, enligt Luhmanns modell, av någon utpräglad rättskällevärdet eller exakt metod. Enhetstanken är därmed endast en tillputsad avslutande argumentation som upprätthålls främst av legitimitetsskäl.<sup>86</sup> Rättens enhet är alltså endast retorisk och den omedvetna pluralistiska inre dimensionen övertäcks av ett aktivt arbetande för ett enhetligt yttre.

---

<sup>84</sup> Peczenik, s 278, Gustafsson, s. 413. och Glavå, Petrusson, 2002, s. 117.

<sup>85</sup> Glavå, Petrusson, 2002, s. 127.

<sup>86</sup> Glavå, Petrusson, 2002, s. 128.

Frågan om metodlärans vara eller inte vara blir till slut en fråga om att väga det legitimerande värdet av en enhetlig syn mot det verklighetsförankrande värdet med en polycentrisk syn. Antingen väljs *en* rättskällelära som är överordnad andra och som därmed i någon mån kan bevara en, till det yttre, 'gällande rätt'. Eller så låter man olika rättsområden hantera olika rättskälleläror, ett förhållningssätt som står i samklang med polycentrin i övrigt.<sup>87</sup> Peczenik ser å andra sidan inte något problem med ett rättssystem som från ett externt perspektiv visar inkonsistens, eller en diskrepans jämfört med verkligheten, så länge det inom rättssystemet finns jurister som strävar efter att göra rättsordningen så motsägelsefri och sammanhängande som möjligt.<sup>88</sup> Peczenik ifrågasätter alltså inte att rättssystemet på många sätt är splittrat. Det är kanske just därför som det behövs en, för juristerna, enhetlig argumentationspraxis. "För en jurist *måste* det alltid vara möjligt att direkt eller indirekt härleda normgivningskompetensen från statens grundlag".<sup>89</sup> Peczenik menar därmed att det finns ett starkt *demokratiskt* argument mot en metod som uppmuntrar rättens pluralism. Vikten av en upplevd demokratisk förankring talar för upprätthållandet av enhetstanken. Peczenik menar att ett enhetligt synsätt stärker den demokratiska rättsstaten eftersom det bidrar till att normer underkastas riksdagens överhöghet och leder till ökad rationalitet i form av rättssäkerhet.<sup>90</sup> Han menar därmed att det är fråga om en normativ diskussion om demokrati. Det enda sättet att kritisera rättssystemets 'antagna' enhet är därför, enligt Peczenik, normativt.

Varför är då rättens enhet ett så viktigt värde för Peczenik? Jo, om helhetsbilden tappas förlorar vi siktet på rättssystemets slutmål: "*ett beslutsfattande som garanterar optimal rättsäkerhet och rättvisa i alla tänkbara situationer*".<sup>91</sup> Ett splittrat rättssystem leder till att rättvisa på ett område kan leda till djupa orättvisor på ett annat.<sup>92</sup> Något mer konkret exempel på hur en sådan kollision skulle kunna se ut ger dock inte Peczenik. Han svarar inte heller på varför inte ett pluralistiskt system skulle kunna hindra en sådan utveckling. Det är ju inte orimligt att det i vissa fall är önskvärt med olika metoder och argumentationsmodeller i olika delar av rättssystemet, dvs. att ett *enhetligt* system leder till djupa orättvisor i de delar av rättssystemet där de

---

<sup>87</sup> Gustafsson, s. 410.

<sup>88</sup> Peczenik, s. 276.

<sup>89</sup> Peczenik, s. 278.

<sup>90</sup> Gustafsson, s. 411.

<sup>91</sup> Peczenik, s. 278-279.

<sup>92</sup> Peczenik, s. 279.

inte fungerar optimalt. Gustafsson menar att de systemdefekter ett försök till enhetlighet innebär är hopplöst stora och att det normativa argumentet för ett enhetligt perspektiv inte håller. Kvar blir, enligt Gustafsson, endast en möjlighet att kritisera det polycentriska perspektivet rent *stilistiskt*.<sup>93</sup>

Jörgen Dalberg-Larsen menar att det är utvecklingen av välfärdsstaten som har skapat den polycentriska juristrollen. Snarare än att försvara rättsstaten och 'the rule of law' vill välfärdsstatsjuristen pragmatiskt eftersträva välfärdsstatens målsättningar. Sociala behov, miljöskydd och jämställdhet blir avgörande viktningssreferenser istället för en rättssäker enhetlighet. Ett nära samarbete med andra samhällsvetenskapliga vetenskaper blir då också nödvändigt.<sup>94</sup> Argument med 'extern' ursprung kräver dock handlingsregler som går längre än till de formella rättskällorna. Det krävs därmed nya vägar för att navigera bland potentiellt rättsliga argument.

### 5.1 Mot en ny referens och metod

En rättslig pluralism behöver inte innebära att rättsliga konstruktioner inte längre bör eftersträva ett demokratiskt stöd i så stor utsträckning som möjligt. Gustafsson menar att det mest centrala med det pluralistiska perspektivet är en *medvetenhet* om normproduktionen och normanvändningen.<sup>95</sup> För polycentriker är nog rättens pluralism både ett empiriskt faktum och en normativ nödvändighet. Drömmen om ett perfekt slutet rättssystem, med en enhetlig metod, är därmed inget annat än en dröm.<sup>96</sup> Frågan kvarstår dock om hur rättsliga argument kan utkristalliseras när rättens ramar inte längre går att definiera på ett formellt plan. Kommer beskrivningar av rätten handla om att beskriva det "sociala livet"?<sup>97</sup> Hur ska man då skilja ett socialt värde från ett rättsligt? Antagligen är det inte alltid möjligt och inte heller önskvärt. Om vi verkligen hittar en ledtråd som alltid utmejslar rättsliga argument har vi ju nämligen åter uppfunnit en Herkules och inte åstadkommit något annat än ett nytt enhetligt system. Den finske rättsteoretikern Aulis Aarnio menar att "*Det finns inga uttryckligen riktiga svar på*

---

<sup>93</sup> Gustafsson, s. 413, 424.

<sup>94</sup> Dalberg-Larsen, Jörgen, "The Legal Profession in a Changing World" i *From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law*. Ed: Thomas Wilhelmsson och Samuli Hurri, Ashgate Publishing 1999, s. 110.

<sup>95</sup> Gustafsson, s. 142.

<sup>96</sup> Svensson, s. 275.

<sup>97</sup> Gustafsson, s. 407.

*egentliga juridiska problem. Vår uppgift som jurister och idkare av rättsvetenskap är att åstadkomma så väl motiverade lösningar som möjligt*".<sup>98</sup> Tendensen går därför mot att tala om rättskällematerial och rättskällefaktorer (kunskapskällor) istället för rättskällor.<sup>99</sup> Claes Sandgren, professor i civilrätt vid Stockholms universitet, påpekar att rättskällor alltid har "argumentationens halt" som yttersta grund för sin auktoritet. En författning som framstår som orättvis, orationell eller obegriplig får inte acceptans och förlorar sin legitimitet. En norm från högsta instans som inte är övertygande kommer de lägre instanserna att försöka undvika. Det är inte ovanligt att prejudikat lämnas utan avseende enligt Sandgren.<sup>100</sup> Hans argument stämmer väl med tanken att det avgörande i principavvägningar är tillämparens referensram snarare än principernas självständiga innehåll. 'Så väl motiverade och legitima subjektiva lösningar som möjligt' är kanske därför det närmaste man kan komma olika rättsliga besluts gemensamma nämnare.

Lundstedt menade att det är nödvändigt med en konstruktiv domarjuridik.<sup>101</sup> Eftersom domaren alltid påverkas av reella förhållanden är det lika bra att domarkåren normativt strävar efter det samhällsnyttiga.<sup>102</sup> Detta är dock ingen enkel uppgift. Domaren måste vara lojal mot lagstiftaren och de värden som kommer till uttryck i lagstiftningsprocessen men samtidigt ska domaren vara lojal mot medborgarnas värderingar.

*"Detta betyder, att man i varje fall, där samhällsnyttans innebörd i denna mening icke ligger klar och uppenbar för lagstiftaren, har att gå till en närmare undersökning av hithörande värderingar i samhället, varvid beaktas, 1. Att värderingarna, utom av känsloläget, äro bestämda av föreställningarna, i sin tur beroende av kunskapsläget för vederbörande och hans intellektuella kvalifikationer; 2. Att det är lagstiftarens värderingar som äro utslagsgivande samt 3. Att dessa i sin tur på sätt som jag ovan angivet måste vara influerade av medborgarnas värderingar".<sup>103</sup>*

---

<sup>98</sup> Sandgren, Claes, *Debatt, är rättsdogmatiken dogmatisk?* TfR 4-5/2005, s. 653.

<sup>99</sup> Sandgren TfR 4-5/2005, s. 654.

<sup>100</sup> Sandgren TfR 4-5/2005, s. 654.

<sup>101</sup> Gustafsson, s. 122.

<sup>102</sup> Glavå, Petrusson, 2002, s. 123.

<sup>103</sup> Glavå, Petrusson, 2002, s. 123.

För Lundstedt innebar insikten om att rätten var en konstruktion, som vi sett ovan, att fenomen som rättigheter helst bör avskaffas. Detta beskriver Glavå och Petrusson som ”Lundsteds felsteg”. De sociala konstruktionerna är nödvändiga byggstenar i ett samhälle enligt Glavå och Petrusson. Men eftersom de är just sociala konstruktioner är det möjligt att dekonstruera och rekonstruera rättsliga fenomen och därmed göra dem mer ändamålsenliga och samhällsnyttiga. Konstruktionerna kan alltså inte avskaffas bara för att de är illusioner, de måste istället utvecklas och förfinas. Juristen måste å ena sidan växla mellan ett strukturellt/ideologiskt perspektiv och å andra sidan ett öppet dekonstruerande perspektiv.<sup>104</sup> En svår fråga är dock hur det ideologiska och strukturella perspektivet ska hanteras av domaren? Vilka riktlinjer ska domaren basera sina avvägningar på? Vad är en mer effektiv lösning? Vilka är referensramarna? Att som Lundstedt beskriver det, finna lösningar som är i enlighet med ”medborgarnas värderingar” är ju lättare sagt än gjort.

## 6 En normativ referens

Om alla samhällseliga värden med acceptans och varaktighet kan träda in i det interna perspektivet maskerade som rättsprinciper, kan väl egentligen allt fungera som rättskälla? Men ur ett domarperspektiv är det inte endast frågan om vad som är *möjligt* som är intressant. Frågan om vad som är *lämpligt*, i ett rättspolitiskt och demokratiskt perspektiv, är lika relevant. Innebär en öppen rätt att i stort sett vad som helt kan sväljas av den rättsliga sfären?<sup>105</sup> Kommer en polycentrisk rättslära innebära att ”anything goes”, att subjektivism och relativism medverkar till att det polycentriska förhållningssättet motverkar sig självt?<sup>106</sup>

Här följer nu en presentation av Gustafsson, Glavå/Petrusson och Svenssons svar på de farhågor och den kritik som riktats mot riskerna med att ’öppna upp’ rätten.

---

<sup>104</sup> Glavå, Petrusson, 2002, s. 125.

<sup>105</sup> Gustafsson, s. 99.

<sup>106</sup> Gustafsson, s. 414.



## 6.1 Gustafsson – rättens polyvalens

Gustafsson menar att det existerar många olika rättssystem inom den svenska rätten som alla har sina egna historiska spår, olika intensitet och aktualitet. Eftersom rättsordningen kommunicerar med flera olika rättssystem är rättsordningen varken enhetlig, konsistent eller koherent.<sup>107</sup> Rent metodologiskt måste därför de olika rättssystemens egna historiska kontexter och rättsprinciper klargöras för att först därefter kunna appliceras på den svenska rättsordningen. Kartläggningen innefattar även en analys av rättsfältets olika funktioner vilket i sin tur aktiverar rättssociologiska teorier.<sup>108</sup> Fördelen med den här modellen är, enligt Gustafsson, att det även från det interna perspektivet går att analysera rättens pluralism utan att förlita sig på ett externt rättssociologiskt perspektiv. Undersökningen ur det interna perspektivet kan potentiellt finna att ett rättssystem kan bygga på kvarlevande feodala principer, ett annat på rättsstatliga principer och ett tredje på välfärdsstatliga principer. Det är fritt fram för olika systematiseringsgrunder enligt Gustafsson: kulturspecifika företeelser, köns- och klassmässiga företeelser och så vidare.<sup>109</sup> Gustafssons syn på rätten sammanfattas under begreppet *rättens polyvalens*. Han menar att den faktiska rättsordningen konstitueras av lokala överlappande specifika rättsområden, dvs. olika centra där särskilda rättskällor och rättskälletäror framträder.<sup>110</sup> På rättsfältsnivån framträder normer med olika ursprung. Det leder i sin tur till att det bildas flera parallella rättssystem (principnivån) vilket innebär att rättsreglerna på rättsordningsnivån präglas av rättslig polycentri. Han sammanfattar det på följande vis:

*”Rättsordningen är polycentrisk till följd av rättssystemets parallellitet vilka genereras av rättsfältets polyvalens vilket i sin tur är en följd av samhällslig värdepluralism.”<sup>111</sup>*

I begreppet *rättens polyvalens* ingår även en särskild betoning på värdenas roll. Rätten kommunicerar ständigt med samhällets värderingar som härstammar från sociala, moraliska, kulturella, etiska, religiösa, ekonomiska normerande fält etc. Gustafsson menar att i sökandet

---

<sup>107</sup> Gustafsson, s 147.

<sup>108</sup> Gustafsson, s. 147-148.

<sup>109</sup> Gustafsson, s. 148.

<sup>110</sup> Gustafsson, s. 161.

<sup>111</sup> Gustafsson, s. 169.

efter en normativt acceptabel lösning kan en empiriskt belagd polycentri och polyvalens ge en ökad förståelse för rättens struktur. När ett rättsområde existerar över längre tidsperioder kommer det att bära spår av de olika värden från olika normerande system som influerat rätts-systemet. En medvetenhet om dessa värden leder till ökad förståelse av rätten.<sup>112</sup>

| <b>Strukturnivå</b> | <b>Normnivå</b>       | <b>Metodaspekt</b>        | <b>Modell</b>        |
|---------------------|-----------------------|---------------------------|----------------------|
| <i>Rättsordning</i> | <i>Rättsregler</i>    | <i>Internt perspektiv</i> | <i>Polycentri</i>    |
| <i>Rättssystem</i>  | <i>Rättsprinciper</i> | <i>Internt perspektiv</i> | <i>Parallellitet</i> |
| <i>Rättsfält</i>    | <i>Rättsnormer</i>    | <i>Externt perspektiv</i> | <i>Pluralism</i>     |

### 6.1.1 En normativ teori om polyvalens

En polyvalent rättsteori måste hitta något annat än en *formell hierarki* som hanterar regelmas-san. Enligt den danska rättsteoretikern Hanne Petersen kan den ersättas av en *värdehierarki*.<sup>113</sup> Rättsvetenskapen måste kunna borra djupare i de normativa sedimenten och kunna navigera mellan de olika värden som bygger upp rätten. Enligt Surya Prakash Sinha skulle en normativ polycentrilära befrämja en metodologi som tar hänsyn till andra konfliktlösningar än tvångsmedel och som kan öka förståelsen av rådande dominansförhållanden. En mer ändamålsenlig och stödjande lagstiftning kan därmed befrämjas.<sup>114</sup> Något som ligger i linje med Dalberg-Larsens definition av välfärdsstatens aktiva juristroll. Gustafsson ser inte någon fara i att juristen kan komma att bli mer partitagande. Juristen måste nämligen, i avsaknad av 'gällande rätt', bli tvungen att öppet redovisa de intressen och värden som han själv, någon annan, eller lagstiftningen företräder.<sup>115</sup>

Gustafsson redogör för en metod som han menar, på ett mer adekvat sätt, avspeglar rättens olika nivåer. Genom att bredda metodologin ökar möjligheten att upptäcka aspekter av rätten som inte skulle vara synliga med enbart en dogmatisk studie på rättsregelnivå. En första utgångspunkt bör dock även fortsättningsvis vara att studera det enskilda lagrummet i ljuset av övrig lagstiftning på området. Ett andra steg går vidare och behandlar regelns "system-

<sup>112</sup> Gustafsson, s. 162-164.

<sup>113</sup> Gustafsson, s. 418.

<sup>114</sup> Gustafsson, s. 418.

<sup>115</sup> Gustafsson, s. 448.

kontext”, dvs. en jämförelse med grundläggande principer och hur regeln fungerar i normkomplexet med beaktande av konsistens- och koherenskrav. Ett tredje steg är att utvärdera regelns förankring i ljuset av mer djupgående rättviseteorier och värderesonemang. Det fjärde steget beaktar regelns sociala uppkomst och funktion, förändring och motsättning inom ett samhällsligt område.<sup>116</sup> De tre första nivåerna rör sig i det interna perspektivet medan den tredje mer sociologiska nivån (rättsfälsnivån) har ett externt perspektiv. Det är viktigt att påpeka att Gustafsson inte menar att de olika angreppssätten kan rangordnas genom att något perspektiv skulle vara viktigare än något annat. De olika analysperspektiven beskriver helt enkelt samma problem eller konflikt men från olika håll, de har därmed likvärdiga förklarande räckvidder och kompletterar på så sätt varandra.<sup>117</sup> Uppdelningen här är dock förenklad och nivåerna överlappar i realiteten varandra. Gustafsson uttrycker det med att de utgör ”*förenklade idealtypologier vilkas gränser enligt mitt förmenade bör lösas upp*”.<sup>118</sup> Peter Wahlgren har gjort ett försök att kartlägga på vilket sätt olika riskanalysredskap såsom checklistor, flödes-scheman och matriser skulle kunna utgöra ett verktyg för den juridiska metoden.<sup>119</sup> Det blir antagligen nödvändigt för att kunna hantera den mer komplexa informationsbas som Gustafssons metodologi kräver.

### 6.1.2 En ny syn på rättssäkerhet

Gustafsson menar att *rättssäkerhet* används som ett positivt begrepp men ofta utan närmare definierad innebörd. Rättssäkerhet i ett *rättsstatligt* ideal står i samklang med legaliteten i en autonom syn på rätten. Rättssäkerhet är därmed ett formellt begrepp. I *välfärdsstaten* finns dock inte samma samklang mellan formellt riktiga beslut och det rättssäkra. Där krävs en behovsrationalitet och de sociala rättigheterna måste överensstämja med socialt förutsebara och acceptabla normer.<sup>120</sup> *Social rättssäkerhet* innebär ur rättstillämparens perspektiv ett ”*ansvarstagande för att det rättsliga beslutet är acceptabelt med hänsyn tagen till ett beaktande av de sociala konsekvenser det ger upphov till, och ur individens perspektiv innebär det att ett beslut inte skall upplevas som socialt oacceptabelt, utan att det skall vara socialt godtag-*

---

<sup>116</sup> Gustafsson, s. 88.

<sup>117</sup> Gustafsson, s. 89.

<sup>118</sup> Gustafsson, s. 91.

<sup>119</sup> Se Wahlgren, Peter, *Juridisk riskanalys*, Jure 2003.

<sup>120</sup> Gustafsson, s. 390.

bart”.<sup>121</sup> Rättstillämparen bör, enligt Gustafsson, i sitt beslutsfattande analysera rättssäkerheten i en trestegsraket. För det första bör den formella förutsebarheten undersökas, dvs. legalitetsprincipen. I ett andra steg bör ett rättsligt beslut viktas mot andra centrala rättsliga värden där ett etiskt perspektiv står i förgrunden. Som tredje steg aktualiseras den sociala rättssäkerhet som just redogjorts för.<sup>122</sup> På flera sätt anknyter det tredje steget till idéerna inom terapeutisk juridik som vi återkommer till i del tre av uppsatsen.

## 6.2 Glavå och Petrusson – dekonstruktion och design

Glavå och Petrusson menar, som vi sett ovan, att det inte är önskvärt att upprätthålla illusionen om den gällande rätten. Snarare vore det normativt önskvärt att juristprofessionen behärskar den socialkonstruktivistiska medvetenheten i större utsträckning. Olika rättskonstruktioner såsom bolag, äganderätt och äktenskap bör upprätthållas på så goda grunder som möjligt. De bakomliggande reella processerna bakom de rättsliga fenomenen måste synliggöras. Idén om en 'gällande rätt' begränsar inte bara förståelsen av de rättsliga konstruktionerna, den upprätthåller även synen på rätten som ett självständigt existerande system.<sup>123</sup> Glavå och Petrusson menar visserligen att strävan borde vara att finna enhetlighet, samsyn och gemensam tillit. Men enhetlighet måste vara en målsättning, *ett värde*, och inte som nu, ett falskt antagande gemensamt för juristprofessionen. Glavå och Petrusson menar alltså att en enhetlig syn på rätten vore det ultimata men att det alltid är en fråga om ett värde och inte en verklighet. Det avgörande är att juristprofessionen lär sig hantera de konstruktionsprocesser som ligger bakom rättslig argumentation. Det skulle möjliggöra ett medvetet strävande efter enhet och strukturell ordning.<sup>124</sup>

### 6.2.1 Konstruktivistisk rättsteori

Rättsliga fenomen är förvisso illusioner, men de är, enligt Glavå och Petrusson, viktiga och nödvändiga illusioner. Illusionens realitet består exempelvis i kommunikationen mellan människor, i maktutövning och i ett gemensamt användande av samma källor. Det är genom dessa

---

<sup>121</sup> Gustafsson, s. 402.

<sup>122</sup> Gustafsson, s. 403.

<sup>123</sup> Glavå, Petrusson, 2002, s. 131.

<sup>124</sup> Glavå, Petrusson, 2002, s. 132.

*verkliga* yttringar som vi kan finna en kollektiv samsyn, lojalitet och tillit. Det är genom att vara medveten om dessa processer som det blir möjligt att förhålla sig till substantiella rättsliga fenomen med viss permanens. Juristerna måste vara villiga att översätta upplevelsen, illusionen, av rätten till de verkliga *yttringarna* av illusionen. Det är i detta hänseende viktigt att försöka enas om ett normativt rättskonstruktivistiskt förhållningssätt. Grundbulten i ett sådant förhållningssätt är insikten om nödvändigheten av ”en å ena sidan ständigt närvarande dekonstruktionstanke och en å den andra sidan ständigt närvarande designtanke”.<sup>125</sup> Att dekonstruera rätten innebär att juristen måste medvetengöra realiteten bakom rättsliga fenomen. Enhet blir då ett föremål för analys och inte ett grundantagande. Designtanken blir uppenbar i exempelvis domstolsprocessen. Både domaren och advokaten kommer medvetet att diskutera hur enhet och tillit kan uppnås med en viss rättslig konstruktion. Glavå och Petrusson påpekar dock att för vissa praktiker, till exempel vissa myndighetsutövare, så kommer dekonstruktionstanken av kostnads- och effektivitetsskäl antagligen inte bli särskilt närvarande.<sup>126</sup>

Precis som Gustafssons teori om rättens polyvalens innebär även Glavå Och Petrussons teori ett nytt ansvar för juristprofessionen. Glavå och Petrusson menar att ansvaret måste baseras på ett demokratiskt förhållningssätt och det kommer innebära att man avstår från ett medvetet dolt rekonstruerande av rättskonstruktioner.<sup>127</sup> Risken för att medvetenheten om rättens skörhet kommer att undergräva fenomenens trovärdighet och avgörande betydelse i samhället ser Glavå och Petrusson som liten. Medvetengörandet ger snarast förutsättningar att vårda de upplevda strukturerna.<sup>128</sup> En nyckelaspekt blir *vilka* som styr den kommunikation som ger upphov till nya konstruktioner. Vilka nya maktprocesser kommer att skapas? Kommer dessa maktprocesser eftersträva strukturella fenomen som baseras på värdegemenskap och kollektiv lojalitet?

Det är, enligt Glavå och Petrusson, juridisk kommunikation som ligger bakom den kollektiva inläring och internalisering som är basen för att skapa rättsliga konstruktioner. Ett rättsligt fenomen kan därmed bli en del av ’det givna’ vilket ligger till grund för en externalisering av

---

<sup>125</sup> Glavå, Petrusson, 2002, s. 138.

<sup>126</sup> Glavå, Petrusson, 2002, s. 139.

<sup>127</sup> Glavå, Petrusson, 2002, s. 140.

<sup>128</sup> Glavå, Petrusson, 2002, s. 141-142.

fenomenet. Ju fler personer som tar till sig en viss struktur eller ett visst fenomen desto större sannolikhet att fenomenet kommer att externaliseras. Ett tydligt exempel på ett rättsligt socialt fenomen som etablerats är den *juridiska personen*. Bolag kan äga saker, agera, finnas på en viss ort etc. Ett annat exempel är att vi identifierar oss som avtalsparter, som arbetstagare, köpare, hyresgäster etc. Även äktenskapsföreställningen upprätthålls av att vi talar om par som gifta, som man/hustru etc. Det är viktigt att påpeka att det är just kommunikationen av ett fenomen som genererar dess permanens. Även den allra mest väldesignade strukturen kommer inte att bli en del av samhället om den inte lyckas kommuniceras och därmed internaliseras och externaliseras hos de samhällsinvånare som den riktar sig mot.<sup>129</sup> Kommunikation gör det möjligt för vissa föreställningar att bli de förhärskande.<sup>130</sup> I vissa situationer kan man till och med tala om att det inte finns någon avvikande uppfattning och då kan vi förhålla oss till en allmänt accepterad rättskonstruktion. På samma sätt som finansmarknadens nyckelroller; expertprofessioner, börser och finansanalytiker, är viktiga för att finansiella strukturer ska upplevas som permanenta så bör inte juristprofessionens roller underskattas för att skapa rättsliga fenomen. Särskilt viktiga i detta avseende är, enligt Glavå och Petrusson, domaren.<sup>131</sup> De definierar sin modell om en konstruktivistisk rättsteori enligt följande:

*”En frigörelseprocess mot en strukturell ordning som i huvudsak baseras på individuell och kollektiv lojalitet – där fundamentet i lojaliteten är en strävan efter strukturella fenomen baserad på demokratisk värdegemenskap och ett kollektivt erkännande av strukturers kommunikativa bräcklighet och den därmed existentiella betydelsen av enhetssträvandet.”*<sup>132</sup>

Sökandet efter de sociala sammanhang som skapar rättsliga fenomenen möjliggör en medvetenhet om rättens värdemässiga ursprung. Vilka intressen och värdediskussioner ligger bakom olika fenomen? Viktigt ur ett demokratiskt perspektiv är lojaliteten mot samhällsdialogen, de värden och samhällsnyttor som kommer till uttryck i den demokratiska delaktigheten. Desto mer förankrad en konstruktion är på värdegemenskap desto viktigare att rättstillämpare håller

---

<sup>129</sup> Glavå, Petrusson, 2002, s. 142-143.

<sup>130</sup> Glavå, Petrusson, 2002, s. 145

<sup>131</sup> Glavå, Petrusson, 2002, s. 144-145.

<sup>132</sup> Glavå, Petrusson, 2002, s. 149.

sig lojala till den substantiella rättskonstruktionen.<sup>133</sup> Glavå och Petrusson menar att för samhällsmedborgare generellt är det domstolen som representerar upprätthållandet av rättsliga konstruktioner.<sup>134</sup> Domstolen måste således vara lyhörd för de rättsliga konstruktionernas ursprung och grad av samhällelig förankring så att beslut med så hög grad av kollektiv tillit som möjligt kan uppnås. Rätten har inte någon självständig enhet men Glavå och Petrussons strävan tycks vara att vi ska enas om rätten.

### 6.3 Svensson – en vidgad tankeram

För att rätten ska kunna användas mer offensivt i samhället är det enligt Svensson viktigt att förutsättningslöst diskutera rättens förnyelseförmåga. Juridiken skulle kunna vara ett medel varigenom ny kunskap kan vägas samman och göras 'operativ' och vara ett instrument för kollektiva samhälleliga beslut.<sup>135</sup> Svensson menar att det är just förställningen, tankeramen om rätten, som är avgörande för att i förlängningen kunna använda sig av den.<sup>136</sup> Genom att försöka se rätten som ett objekt skiljt från subjektet kan illusionen om dess objektivitet upprätthållas.<sup>137</sup> Svensson menar att fokuseringen på ett objekt uppbyggt kring en formell struktur och enighet medverkar till att osynliggöra genusrelationens relevans för hur rätten är utformad och hur den tillämpas.<sup>138</sup> Genom att betona rättens värdeneutralitet och grund i objektiva vetenskapligt faktaliknande kriterier osynliggörs de värden som rätten trots allt utgår från och bygger på. Svensson vill istället se rätten som "mellanmänniska normer", den är därmed långt ifrån värdeneutral. Strävan i rättsvetenskapen efter att skapa enhetlighet kan snarast förstärka osynliggörandet av de konflikter som finns mellan olika värden.<sup>139</sup> Svensson betonar dock att rättens öppenhet måste vara underordnad den demokratiska processen. Men det utrymme som rätten ger bör utnyttjas av rättens tillämpare på ett sätt som är i enighet med de värden som beslutats vara centrala enligt den demokratiska processen. Olika värden måste hanteras genom en medveten avvägning.<sup>140</sup> Även här är det alltså fråga om att tona ned de

---

<sup>133</sup> Glavå, Petrusson, 2002, s. 147.

<sup>134</sup> Glavå, Petrusson, 2002, s. 146.

<sup>135</sup> Svensson, s. 248.

<sup>136</sup> Svensson, s. 249.

<sup>137</sup> Svensson, s. 251.

<sup>138</sup> Svensson, s. 332.

<sup>139</sup> Svensson, s. 339.

<sup>140</sup> Svensson, s. 344.

formella strukturerna och istället medvetet uppmärksamma rättens värden. Svensson betonar särskilt vikten av de gömda värden som ligger dolda bakom tankeramen. Hon sätter därmed fingret på den del av uppsatsens frågeställning som berör de passiva och omedvetna faktorer vilka påverkar domarens yrkesutövning.

#### 6.4 Den formella referensen kliver ut - den normativa stiger in

*”Cats, dogs and so forth are not sources of animals. They are not forms of the creation of animals and so forth. Nor are they in general something which is distinct from animals and mysteriously related to the latter in a manner of defying definition. They simply are animals. They themselves are animals: species and varieties thereof. In precisely the same way the so called ‘sources of law’ (customary law, statute law, and so forth) are nothing but law itself: species of positive law – varieties of law. It is indeed odd to give them the name ‘sources of law’ and to mediate upon their relationship to law. The name of the present doctrine (‘sources of law’) must be discarded and replaced by the expression ‘doctrine of positive law’ and the species and varieties thereof.”* (Petrazyckis, rysk-polsk rättsfilosof, 1905)<sup>141</sup>

Svensson talar om rätten som ett redskap för att skapa jämställdhet, Gustafsson vill lansera ett nytt sätt att se på rättsäkerhet och Glavå och Petrusson vill ha effektiva rättsliga konstruktioner med hög grad av kollektiv tillit. Det är tydligt att de alla söker en normativ referens att spegla rätten genom. De vill byta ut den tidigare värdeneutrala och formella referensen mot en normativ referens, legalstrategisk, rättvis eller effektiv. Den normativa referensen kan se olika ut från en gång till en annan och beroende på rättsområdet. Att väga olika övergripande argument och principer blir en fundamental beståndsdel i användandet av lagtext och andra formella källor.<sup>142</sup> Användandet av metanormer, principer på Gustafssons ’rättssystemnivå’, blir det som tydligast kännetecknar juristens navigerande i en polycentrisk rättsordning.

---

<sup>141</sup> Gustafsson, s. 154.

<sup>142</sup> Dalberg-Larsen, s. 111.



Eftersom ett försök till deskriptiv beskrivning av lagtexten alltid innehåller ett normativt element är det *omöjligt* att på ett värdeneutralt sätt hantera eller, ur ett domarperspektiv, tillämpa rättsliga normer. Domarens kognitiva processer, medvetna eller omedvetna, påverkar oundvikligen innehållet i rätten. Den bästa garanten för att komma åt även de omedvetna påverkansfaktorerna är att domaren ständigt har ett öppet rannsokande och förtydligande perspektiv angående valet av rättsliga argument. Eller som Wilhelmsson har uttryckt det: ”*när valet av värdegrund är öppet, krymper utrymmet för rent subjektivt, irrationellt godtyckligt avgörande*”.<sup>143</sup>

När det gäller andra argument än de med ursprung i rättsordningen och som aktivt söks upp är ett avgörande moment för Glavå, Petrusson, Svensson och Gustafsson att aktörerna spelar med öppna kort om den normativa utgångspunkten.<sup>144</sup> Ett rättsekonomiskt eller rättssociologiskt värdeargument måste tydligt redovisas för att möjligheten att upprätthålla ett rättssäkert system ska bibehållas. Men vad är målsättningen för ett polycentriskt rättssystem? Ett så effektivt system som möjligt? Ett så rättvist system som möjligt? Ett så enhetligt system som möjligt? Ett så demokratiskt/legitimt system som möjligt? Svaret är antagligen att alla dessa moment representerar värden som alla bör ha genomslag. Det avgörande för hur de värderas mot varandra är juristens avvägningsreferens. Det polycentriska perspektivet tillhandahåller här ett verktyg för att förstå rätten snarare än att erbjuda en *ny* normativ referenspunkt.

---

<sup>143</sup> Petrusson, s. 31.

<sup>144</sup> Glavå, Mats, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund*, Nordstedts Juridik 1999, s. 52.

## Del 2 – Ett konkret perspektiv i ljuset av andra vetenskaper

Den här delen av uppsatsen kommer att försöka konkretisera de rättsteoretiska insikterna genom att diskutera det som lite olyckligt kommit att benämnas som 'hjälpvetenskaper'. Enligt Per Olof Ekelöf bör "domaren naturligtvis utnyttja *all* den kunskap om verklighetssammanhangen som för närvarande står till buds."<sup>145</sup> Men hur, och under vilka begränsningar, ska kunskap som inte kan härledas till den demokratiska processen användas vid rättstillämpning? Avsnittet handlar därmed i första hand om det aktiva sökandet efter nya argument i syfte att lösa svåra fall eller förbättra kvalitén på de lösningar som redan är etablerade. Men det kan även handla om att upptäcka de referenser, vid till exempel bevisvärdering, som hos juristen har funktionen av omedvetna systematiska snedvridningar, så kallade bias.

### 7 Hjälvetenskap – en sista utväg eller ständigt närvarande?

Som vi sett ovan är det i ett autonomt och slutet rättssystem inga andra källor än de formellt inomrättsliga som är legitima. Det som inte är formellt godtagbart hamnar per definition i en antikategori. Endast det systeminterna materialet kan användas som rättskällor.<sup>146</sup> Inte ens förespråkarna för en enhetlig syn på rätten, monocentrikerna, vill dock helt utesluta inflytande från externa referenser. Peczeniks analys av rättskällevärdens *prima facie*-karaktär visar en tveksamhet om att rätten kan legitimeras enbart med hänvisning till lagstiftarens auktoritet. Även Ekelöf har i sin objektivteleologiska metod betonat vikten av att beakta samhällliga ändamål som ett av rättens viktigaste kriterium.<sup>147</sup> Etiska och materiellt rättfärdigade argument har vunnit inflytande, även utan att processen för den sakens skull gått hela vägen till att helt förkasta iden om rätten som *ett* definierbart objekt. Att slå upp dörrarna på vid gavel kräver en ny teoretisk bas för att hantera 'andra vetenskaper', en polycentrisk grund. Å ena sida

---

<sup>145</sup> Ekelöf, Per Olof, *Rättegång, fjärde häftet*, 6:e upplagan, Nordstedts Juridik 1992, s. 225.

<sup>146</sup> Gräns, 2006, s. 61-62.

<sup>147</sup> Gräns, 2006, s. 63-64.

blir det dock en icke-fråga för polycentrikern, i bemärkelsen att gränsdragningen mellan det rättsliga och icke-rättsliga i mycket förlorar sin laddning. Å andra sidan är behovet av att utmejsla och väga användbara argument fortsatt nödvändig. Det blir ur ett polycentriskt perspektiv snarast fråga om att utforska de yttre gränserna för det rättsligt *relevanta* snarare än det rättsligt *rätta*.

### 7.1 Andra vetenskaper

Med avstamp i två artiklar som publicerats i Juridisk Tidskrift 2006 och 2007 kommer vi nu att titta närmare på 'andra vetenskapers' betydelse för rättstillämpningen. Den första artikeln är skriven av Lars Heuman och får representera det monocentriska lägret.<sup>148</sup> Den andra är skriven av Minna Gräns som har en mer polycentrisk ansats.<sup>149</sup> Gräns artikel går i tydlig polemik med Heuman, främst beroende på deras grundläggande skillnader avseende frågor kring rättens öppenhet kontra slutenhet.

Domstolen kan enligt Heuman ibland behöva använda sig av kunskaper vid sidan av juridiken: olika naturvetenskaper, logik, semantik, statistik, medicin, vittnespsykologi, rättsekonomi eller statsvetenskap. Detta bör dock främst ske genom sakkunnigbevisning och Heuman ser två omedelbara nackdelar med att domaren själv tar hjälp av annan vetenskap. För det första finns det en risk att domaren på ett oriktigt sätt tillämpar andra vetenskaper och landar i rena gissningar. För det andra finns det risk att den kontradiktoriska principen förbigås genom att erfarenhetssatser tillämpas över huvudet på parterna. Den sistnämnda risken kan dock minimeras genom att parterna får tid på sig att kommentera uppgifterna.<sup>150</sup> Heuman menar emellertid att inom områden där 'hjälpvetenskapen' ofta behöver tillkämpas, till exempel vittnespsykologi, kan det finnas goda skäl för att domaren bör förkovra sig inom det hjälpvetenskapliga området.<sup>151</sup> Men kanske främst för att på ett adekvat sätt kunna utvärdera ett uttalande av en vittnespsykolog.

---

<sup>148</sup> Lars Heuman är professor i processrätt vid Stockholms universitet.

<sup>149</sup> Minna Gräns är docent i allmän rättslära och lektor i rättsvetenskap vid Uppsala universitet.

<sup>150</sup> Heuman, Lars, "Hjälpvetenskapernas betydelse för rättstillämpningen och rättsvetenskapen", i *Juridisk Tidskrift* (JT) Nr 4 2005/06. s. 768-769.

<sup>151</sup> Heuman, s.771.

En första definitionsfråga för Heuman blir huruvida man kan bestämma om forskningsresultat är belagda och säkerställda eller om de är vaga och obestämda. Högsta domstolen har dock uttalat att omständigheten att en ”vetenskap inte är exakt” är en sak som får beaktas vid bevisvärderingen och som inte behöver betyda att vetenskapen inte helt ska sakna relevans i rättsliga sammanhang.<sup>152</sup> Heuman landar på slutsatsen att förutsättningen för hjälpvetskapens användande är att den bedöms kunna höja besluts kvalitén.<sup>153</sup> Heumans syn på hjälpvetskap har i mycket sin förklaring i hans grundsyn på rätten. Han menar att relationen mellan hjälpvetskap och rättsvetenskap är en annan än relationen mellan de flesta andra vetenskaper. Detta beror på att juridiken är en normativ vetenskap och att reglerna därför inte speglar naturlagar på samma sätt som andra vetenskaper strävar efter. Heuman menar därmed att en rättsregel måste följas även om den strider mot någon annan vetenskap, detta eftersom lagar och prejudikat som skapats av lagstiftaren eller Högsta domstolen inte utan vidare kan bortses ifrån av domstolarna. Han förespråkar därmed en rättsstatlig, snarare än en välfärdsstatlig, grundsyn på rätten. Det är dock onekligen så att Högsta domstolen själv ändrar sin praxis över tid. En viktig fråga är om de kan göra detta med beaktande av en hjälpvetskap som *rättskälla* eller om det endast kan ske med en rättslig argumentation *inspirerad* av forskningsresultat från en hjälpvetskap?<sup>154</sup> Ett annat sätt att hantera andra vetenskaper är, enligt Heuman, att ge dem inflytande endast i den mån någon regel eller princip från en mer vedertagen rättskälla ger utrymme för det, eller när det kan förenas med rättsvetenskaplig argumentation i allmänhet. Hjälpvetskapen får då en än mer blygsam roll. Enligt Heuman är det en teleologisk tolkning av motiven som måste göras för att finna balansen.<sup>155</sup> Med ett polycentriskt eller realistiskt synsätt är det dock svårt att definiera vad som utgör ’rättsvetenskaplig argumentation i allmänhet’ eller kanske framförallt vad som skiljer sådan argumentation från andra sorts argument.

---

<sup>152</sup> Heuman, s. 770, se även NJA 1996 s 446.

<sup>153</sup> Vilket han finner stöd i RB (SFS 1942:740 Rättegångsbalk) 35:7, 43:4 andra stycket och 46:4 andra stycket. Heuman, s. 770.

<sup>154</sup> Heuman, s. 772.

<sup>155</sup> Heuman, s. 773.

### 7.1.1 Lagtextens ordalydelse

Enligt Heuman är den första begränsningen för hjälpvvetenskapers inflytande lagens ordalydelse. En öppet formulerad regel ger mer *utrymme* för andra vetenskaper. Därmed inte sagt att en öppen regel *bör* leda till mer hjälpvvetenskaplig påverkan.<sup>156</sup> Heuman använder sig av regeln om bevisvärdering i RB för att ytterligare nyansera sin bild av lagtextens ordalydelse. Han menar att regeln i RB 35:1<sup>157</sup> om fri bevisvärdering är så allmänt hållen att den lämnar ett stort utrymme för att beakta vittnespsykologiska landvinningar. Det framgår dock av motiven att en domare endast får ta hänsyn till erfarenhetsatser som är kända för honom under förutsättning att de faller inom området för *allmän bildning* och *livserfarenhet*. En slutsats av detta skulle kunna vara; eftersom människor i allmänhet inte vet särskilt mycket om vittnespsykologi så kan domaren inte ens använda sig av grundläggande kunskaper inom rättspsykologi. Den kunskapen ingår inte i ”allmän bildning och livserfarenhet”. Heuman är dock ovillig att dra någon långtgående slutsats av motivuttalandena eftersom de är relativt gamla och skrivna före vittnespsykologins utveckling.<sup>158</sup> Istället är målsättningen att bevisvärderingen ska utföras så säkert som möjligt med hänsyn till rättegångsbalkens krav på att *allt* ska beaktas och att vittnespsykologi därmed kan användas i vissa sammanhang.<sup>159</sup> Gräns, som förespråkar en mer öppen syn på rätten, drar föga överraskande en annan slutsats. Hon menar att begreppet *rättskälla* måste ges en vid betydelse och inte bara avse argument med en viss auktoritär eller formell status. Rättens kunskapskällor är helt oberoende av dess formella status.<sup>160</sup> Gräns anser därmed i polemik med Heuman att den språkliga utformningen eller precisionsgraden i regler inte alls avgör i vilken mån hjälpvvetenskaper ska få potentiellt inflytande. Istället är det avgörande om andra vetenskaper har *relevans* för ett rättsligt problem.<sup>161</sup> Gräns nyckel, för att avgöra om andra vetenskaper bör få inflytande, är om sådan kunskap behövs för att bistå lagtolkningen. Hon menar att detta på många rättsområden är en självklarhet, exempelvis inom

---

<sup>156</sup> Heuman, s. 773.

<sup>157</sup> RB 35:1 ”Rätten skall efter samvetsgrann prövning av allt, som förekommit, avgöra, vad i målet är bevisat. Vad om verkan av visst slag av bevis är stadgat vare gällande.”

<sup>158</sup> Heuman, s. 774. Förarbetena utgörs enligt Karnov främst av SOU 1926:31-33, prop. 1931:80, SOU 1938:43-44, SOU 1940:29 och SOU 1941:7 samt prop. 1942:5.

<sup>159</sup> Heuman, s. 774.

<sup>160</sup> Gräns, JT, Nr 3, 2006/07, s. 783-784.

<sup>161</sup> Gräns, Minna, ”Om hjälpvvetenskapernas betydelse för rättstillämpningen och rättsvetenskapen”. i *Juridisk tidskrift (JT)* Nr 3, 2006/07. s. 782.

livsmedelslagstiftningen, medicinsk rätt och miljörett.<sup>162</sup> När det gäller bevisfrågor är det för Gräns självklart att vittnespsykologin ska utgöra en central källa. Helt enkelt på grund av att vittnespsykologin bevisligen är en mycket bättre garanti för rättssäkerhet än domstolsbeslutfattarnas egen erfarenhet och intuition.<sup>163</sup> Frågan är dock om Heuman i realiteten, i det ovan givna exemplet från rättegångsbalken, inte också använder sig av Gräns tolkningsnyckel, dvs. relevansen. Vad Heuman egentligen gör är att han med hänvisning till förarbetenas ålder hävdar att det är mer relevant att hänvisa till rättegångsbalkens syfte. Det är relevant att använda vittnespsykologi i förhållande till rättegångsbalkens syfte och därför gör han det, trots att förarbetenas ordalydelse egentligen förespråkar något annat.

Heuman menar vidare att endast ”*vittnespsykologisk litteratur som är avsedd eller tillrättalagd för jurister*” bör leda till att domstolen ändrar en vedertagen men felaktig utgångspunkt för bevisvärdering av vittnesutsagor.<sup>164</sup> När vetenskapliga rön tillrättalagts just för jurister, kan det anses vara en del av den rättsvetenskapliga doktrinen och därmed en ’rättskälla’. För att exemplifiera pekar Heuman på Lena Schelins vittnespsykologiskt och juridiskt inriktade avhandling om *Bevisvärdering av utsagor i brottmål*. Schelins studie utgör ett lämpligt bidrag till doktrinen, medan svensk och utländsk litteratur i experimentell vittnespsykologi knappast kan anses utgöra doktrin.<sup>165</sup> Detta förefaller nog för de flesta vara ett ganska märkligt argument. Varför skulle bara forskning som publicerats på ett visst sätt kunna användas i rättsliga sammanhang? Men det är nog snarare frågan om *tillgänglighet* som är avgörande här, vilket i viss mån bekräftas av en undersökning genomförd av Claes Sandgren.<sup>166</sup> Undersökningen visar att rättstillämparen oftast nöjer sig med att uppnå ”tillräcklig kvalitet”. Tids-, tillgänglighets- och kostnadsrestriktioner leder till att juristerna måste begränsa sina utredningar.<sup>167</sup> 86,6 % av personerna i undersökningen uppgav att de normalt arbetar under tidspress och 59,6 % uppgav att tidspressen påverkar kvaliteten på utredningarna negativt. Endast 43,7 %

---

<sup>162</sup> Gräns, JT, Nr 3, 2006/07, s. 786.

<sup>163</sup> Gräns, JT, Nr 3, 2006/07, s. 788.

<sup>164</sup> Heuman, s. 774-775.

<sup>165</sup> Heuman, s. 774-775.

<sup>166</sup> Sandgren har genom intervjuer och enkätundersökningar tittat på hur 1438 jurister (varav 40 var intervjuade och resten utförde enkäten) såg på bland annat användningen av rättskälleläran. Undersökningsgruppen utgjordes av 374 domare från tingsrätt och länsrätt, 343 åklagare, 136 bolagsjurister, 537 advokater och 48 kommunjurister. Sandgren, Claes, ”*Vad gör juristen? Och Hur?*” i *Tvärvetenskapliga angreppssätt i rättsvetenskapen, Skrifter från Juridiska institutionen vid Umeå universitet* No 1/2000, s. 67.

<sup>167</sup> Sandgren, JT, Nr 4, 1999-00, s. 870.

uppgav emellertid att mer tid skulle leda till ett förändrat arbetssätt, dvs. att en betydande grupp inte skulle ändra sitt arbete även om de fick mer tid.<sup>168</sup> Detta tyder på att de själva anser sig uppnå ”tillräcklig kvalitet” även under tidspress och att ”överkvalitet” inte är värd den extra mödan. Det var emellertid domarna som i högsta utsträckning uppgav att de skulle förändra sitt arbete om de hade längre tid på sig.<sup>169</sup> Tids- och kostnadsrestriktionerna tyder enligt Sandgren på att utredningar drivs av en ganska heterogen tillämpning av rättskällorna. Det finns även olikheter på basplanet som inte bara beror på juristernas olika funktioner utan snarast beroende på vilket rättsområde som berörs. Undersökningarna ger därför ett visst stöd åt teorierna om rättens pluralism.<sup>170</sup> Tillgänglighetsfaktorn är, enligt undersökningen, även den central. Om materialet inte är lättillgängligt utnyttjas det i liten grad.<sup>171</sup> Det är således troligt att källor och argument som inte presenteras på ett lättåtkomligt vis kommer att användas i ganska liten omfattning. Sandgrens undersökning kan alltså både bekräfta och utgöra ett motargument mot Heumans ståndpunkt. Å ena sidan leder tidspressen till att rättskällor behandlas olika från en gång till en annan och från ett rättsområde till ett annat. Å andra sidan ger tidspressen tyngd åt argumentet att endast det lättillgängliga materialet är det som i praktiken kan utnyttjas av rättstillämparen.

### 7.1.2 Svåra fall

Förutom vid öppet formulerad lagtext kan hjälpvvetenskapen, enligt Heumans monocentriska perspektiv, få betydelse vid oklara fall och vid problem där lagen inte erbjuder någon lösning. Hjälpvvetenskapen kan då dels bistå med *nya* argument men även användas för att fördjupa analysen av redan befintliga rättskällor. Om det finns prejudikat på området kan emellertid inte hjälpvvetenskapen användas eftersom rättsläget då inte kan anses vara oklart. Det är alltså fråga om att behandla hjälpvvetenskapen som en sorts lägsta rangens rättskälla.<sup>172</sup> Gräns påpekar däremot att hjälpvvetenskaper även kan leda till *contra legem*-tillämpningar av lagtext och vänder därmed upp och ned på Heumans ståndpunkt om en ’lågsta rangens rättskälla’. Teleologiska tolkningar av reella argument från en annan vetenskap kan i vissa fall leda till att

---

<sup>168</sup> Sandgren, *Skrifter från Juridiska institutionen vid Umeå universitet* No 1/2000, s. 74.

<sup>169</sup> Sandgren, JT, Nr 4, 1999-00, s. 870.

<sup>170</sup> Sandgren, JT, Nr 4, 1999-00, s. 872.

<sup>171</sup> Sandgren, *Skrifter från Juridiska institutionen vid Umeå universitet* No 1/2000, s. 76.

<sup>172</sup> Heuman, s. 778-779.

domstolen väljer att inte alls tillämpa en viss lagregel och att domstolen därmed gör ett reduktionsslut. Det är i själva verket en tolkning mot lagens ordalydelse och enligt Gräns är de ganska vanligt förekommande i praxis.<sup>173</sup>

Heuman diskuterar vidare i vilken utsträckning hjälpvetenskaper kan användas som hjälp vid teleologisk tolkning av lagregler. Han nämner bland annat hur effektivitetsresonemang med rättsekonomisk bas kan påverka förståelsen för hur en regel fungerar och eventuellt kan finjusteras. Även här anser dock Heuman att ”juridiskt tillrättalagd rättsekonomisk litteratur” ska utgöra rättens underlag.<sup>174</sup> Gräns uppfattning verkar snarare poängtera att ett aktivt sökande efter information kan bli nödvändig. Hon menar att det ganska ofta uppkommer situationer där det blir aktuellt med olika tolkningsalternativ, där faktiska eller tänkbara konsekvenser utifrån ett samhälleligt, ekonomiskt, miljömässigt eller annat perspektiv måste spela in i bedömningen. Vid sådana övervägande kan det ibland vara helt avgörande för domaren att skaffa sig kunskaper i den relevanta vetenskapen.<sup>175</sup>

Gräns vill, som vi sett ovan, inte se ett kriterium med krav på att hjälpvetenskapen kommer från en formell källa, för henne är den rättsliga relevansen ensam avgörande.<sup>176</sup> Gräns menar att det snarare kan vara problematiskt att endast använda sig av andra vetenskaper förmedlade genom formella källor som förarbeten. En sådan transformering kommer nämligen att snabbt bli föråldrad. Förarbetena och rättsvetenskapligt tillrättalagda bearbetningar av andra vetenskaper, har sitt värde i diskussionen om på vilket sätt de bör viktas. Det är dock viktigt att domstolen på ett effektivt sätt kan hålla sig uppdaterad för att följa forskningsutvecklingen. Detta kan, enligt Gräns, lösas genom reformation av juristutbildningen, ökad användning av sakkunniga vid rättegångar och genom nätverk där jurister från olika områden kan diskutera andra vetenskaper.<sup>177</sup>

---

<sup>173</sup> Gräns, JT, Nr 3, 2006/07, s. 785.

<sup>174</sup> Heuman, s. 781.

<sup>175</sup> Gräns, JT, Nr 3, 2006/07, s. 784-785.

<sup>176</sup> Gräns, JT, Nr 3, 2006/07, s. 786.

<sup>177</sup> Gräns, JT, Nr 3, 2006/07, s. 787.



---

## 8 En fråga om tillgänglighet

I Heumans artikel framträder en oro för domarnas möjlighet att tillgodogöra sig hjälpvetenskaplig information. Det verkar vara tillgänglighetsproblemet, snarare än en oro för att den demokratiska balansen påverkas av hjälpvetenskapernas inflytande, som är avgörande för Heuman. Hjälpvetenskapens forskningsresultat måste, enligt Heuman, förenklas för att bli begriplig för domare och advokater.<sup>178</sup> Frågan om lämplig kategorisering och begreppsbyggnad är därför mycket central.<sup>179</sup> Det kan bland annat krävas att juristen måste göra distinktioner, som inte gjorts inom hjälpvetenskapen, för att den relevanta forskningen ska kunna tillämpas på ett konkret problem. Bryggan mellan den abstrakta hjälpvetenskapliga forskningen och juristens konkreta problem kan, enligt Heuman, ibland bli så stor att hjälpvetenskapen blir ett alltför trubbigt instrument för att vara användbart.<sup>180</sup>

Ett annat problem är att även om domaren är villig att sätta sig in i komplicerade hjälpvetenskapliga argument så finns det varken tid eller plats för det. Det finns inte tid eftersom domstolen måste sträva efter en effektiv och snabb process. Det finns inte heller plats eftersom det skulle innebära alltför långa och komplicerade domar. Heuman anser därför att hjälpvetenskap i första hand ska användas som en referens för utvärdering och kontroll av rätten och inte som en källa för rättsliga beslut.<sup>181</sup> Gräns instämmer i att det finns stora svårigheter med andra vetenskaper på så sätt att de ofta uttrycker slutsatser i generella ordalag och uttalar sig om tendenser och sannolikheter. De ger därför sällan några svar som direkt kan tillämpas i ett konkret fall.<sup>182</sup> Pär Hallström använder, i en artikel i antologin *tvärvetenskapliga angreppssätt på rättsvetenskapen*, ett spanskt ordspråk: ”*pengar är en värdefull tjänare men en farlig herre*”. Han menar i analogi att ”*för juristen är tvärvetenskap en värdefull tjänare men en farlig herre*”.<sup>183</sup> Verklig tvärvetenskap är, enligt Hallström, mycket svår att uppnå och det blir oftast fråga om en flervetenskaplig studie där den ena vetenskapen inte når en tillräcklig höjd.<sup>184</sup>

---

<sup>178</sup> Heuman, s. 783-787.

<sup>179</sup> Heuman, s. 783-784.

<sup>180</sup> Heuman, s. 786.

<sup>181</sup> Heuman, s. 788.

<sup>182</sup> Gräns, JT, Nr 3, 2006/07, s. 790.

<sup>183</sup> Pär Hallström är professor i rättsvetenskap vid Umeå universitet.

<sup>184</sup> Hallström, Pär, ”*Tvärvetenskap och internationella frågor*” i *Tvärvetenskapliga angreppssätt i rättsvetenskapen*, *Skrifter från Juridiska institutionen vid Umeå universitet* No 1/2000, s. 11-12.

Enligt Touri utgör normtexter (till exempel lagtexter) ett råmaterial, ett ”ännu inte rätt”, genom tolkning och tillämpning avgörs råmaterialet av rättens experter till ett ”redan rätt”.<sup>185</sup> Detta är givetvis endast en chimär och i glappet mellan ”ännu inte rätt” och ”redan rätt” dras, enligt Tuori, samhällspolitiska och moraliska värderingar in i rätten. Sådana värderingar är ju rimligen alltid ett uttryck för det verklighetssammanhang som rättstillämparen befinner sig i. Uppfattningarna om ekonomiska, sociala, moraliska samt mer personliga erfarenheter som levnadsvillkor, landar till slut i slutsatsen om ”redan rätt”.<sup>186</sup> Också Glavå är inne på samma linje och menar att endast ambitionen att beskriva en gällande rätt innebär ett normerande avstamp. Bara genom att marginellt avvika från en vardagsspråklig läsning, om en sådan ens finns, så har rättsvetaren lämnat det rent deskriptiva.<sup>187</sup> Att använda rättseconomiska kunskaper är därmed naturligt i ljuset av att någon form av ekonomisk förståelse, trots allt, måste kanaliseras in i det ’råmaterial’ som ska tolkas. Det är dock viktigt att påpeka att den ekonomiska kunskapen i ett sådant fall inte innehåller alla de komponenter som är relevant för det juridiska beslutsfattandet, den utgör endast en del av den rättsliga argumentationen.<sup>188</sup>

### 8.1 Monocentrin vs. polycentrin

Föga förvånande är det uppenbart att olika synsätt angående rättens slutenhet och självständighet får olika konsekvenser för hjälpvetskapers inflytande i rättstillämpningen. Heuman, som får representera det monocentriska perspektivet, har uppenbarligen en annan ingång till andra vetenskaper än den mer polycentriskt accepterade Gräns har. Heuman söker ’rätt svar’ medan Gräns söker ett svar med ’hög kvalitet’. Där Heuman påpekar att argument baserade på ekonomiska teorier förutsätter tillrättalagd doktrin menar Gräns att det är nödvändigt för domaren att sätta sig in i det relevanta ’hjälpvetenskapliga’ området. Monocentrikern har ett formellt problem med att hitta ingångar till argument härledda från andra vetenskaper. Polycentrikerns problem ligger snarare i att finna den mest relevanta övre normen, vilken avgör vad som verkligen bidrar till högre kvalité och vad som inte gör det. Hursomhelst är det inte lätt för domaren som saknar tvärvetenskaplig kunskap att plötsligt komma till insikt om beho-

---

<sup>185</sup> Gräns, 2006, s. 68.

<sup>186</sup> Gräns, 2006, s. 68.

<sup>187</sup> Glavå, s. 50.

<sup>188</sup> Gräns, 2006, s. 69.

vet av att vidga vyerna. Att endast påpeka att andra vetenskaper ska användas när de har relevans ger knappast incitament som genererar en ökad tvärvetenskaplighet. Det är snarare troligt att domaren, så långt som möjligt, inte minst av effektivitetsskäl, håller sig till redan befintlig kunskap. Och det är kanske detta som är Heumans kärna. Den tillrättalagda doktrinen och kravet på en viss grad av formell ingång är det lämpligaste sättet för domaren att *finna* andra vetenskaper. Heumans sätt ger dessutom möjlighet att upprätthålla en objektiv ram som definierar en yttre gräns för det rättsliga. Han kan därmed känna sig förvissad om att inte göra sig till fiende med varken Peczenik, Strömholm eller Kelsen. Men samtidigt påpekar Gräns, i likhet med Dalberg-Larsen och Göteborgsskolan, att det finns en tydlig trend där samhällets utveckling, ideologiernas splittring och medborgarnas försämrade ekonomiska manöverutrymme i kombination med informationssamhällets utveckling, har lett till att auktoritetsargumentet försvagats. Rättsintern rationalitet, men framförallt samhällelig ekonomisk och moralisk rationalitet, framträder då och rättens konsekvenser och effekter hamnar i fokus.<sup>189</sup> Att de formella argumenten är lättillgängliga och teoretiskt objektiva, kommer därmed att bli ett alltför svagt vägande argument, jämfört med behovet av en bred kunskapsbas för att skapa utrymme för etiskt försvarbara konsekvenser. Dessutom är det intressant att fråga sig vad alternativet till en ökad tvärvetenskap innebär? Är ett fortsatt användande av rättstillämparens omedvetet personliga uppfattningar och erfarenhetssatser en hållbar ingång när större krav ställs på rättstillämpningens konsekvenser? Den teoretiska diskussionen i del ett av uppsatsen ställs här på sin spets. Göteborgsskolans förespråkare menar att den socialkonstruktivistiska verkligheten är oundviklig och att rättsliga beslut alltid är beroende av de historiska kontexter och verklighetsuppfattningar som är rådande. *Även monocentrikern är därmed i realiteten polycentrisk.* Något som följer naturligt av Gustafssons slutsats om att rättssystemet per definition är värdeöppet och kontextberoende. Eftersom en monocentriker till viss del förblindas av den 'monocentriska slöjan' kommer han eller hon använda sig av 'hjälpvetenskaper' på ett oreflekterat och omedvetet sätt. Den högre demokratiska förankring som monocentrikern förlitar sig på är därmed även den till viss del skev. Det är emellertid inte alls säkert att den polycentriske domaren lyckas finna bättre och mer legitima lösningar. Så som Heuman påpekat är det inte särskilt enkelt att på ett snabbt och effektivt sätt navigera utanför den juridiskt tillrättalagda doktrinen. Glavå och Petrussons slutsats om att 'designperspektiv' av ekonomiskäl

---

<sup>189</sup> Gräns, 2006, s. 64-65.

inte kan användas av alla juridiska aktörer kanske därmed blir sant i *för stor* utsträckning. Polycentrikern kan därmed hamna i en situation där visserligen brister upptäcks i större utsträckning än med ett monocentriskt perspektiv, men samtidigt saknas möjligheten att finna den hjälp(vetenskap) som kan åtgärda bristerna. En diskussion som återkommer i de avlutande avsnitten av uppsatsen.

### 8.2 Dogmatism eller naiv empirism - pest eller kolera

Både Gräns och Svensson pekar på faran att jurister utgår från att verkligheten är som den, enligt rättsnormer eller en viss rättsdogmatisk metod, *borde vara*.<sup>190</sup> Men det är inte bara dogmatism som kan skapa skeva bilder av verkligheten. Även 'naiv empirism' kan leda till samma resultat. Under mycket lång tid har exempelvis människan trott att jorden är platt, inte därför att det är en dogm utan för att vi via en simpel empirisk undersökning (ögonmättet) ansåg att det var det mest rimliga. Poängen är att det inte enbart är ett dogmatiskt förhållningssätt som kan leda till en skev verklighetsuppfattning. Även en empirisk utgångspunkt, där relevanta kunskapskällor vägs mot varandra, kan leda till oönskade konsekvenser om det empiriska underlaget inte har tillräcklig förankring. Om vi tar Heumans farhågor på allvar och ser dem i ljuset av Sandgrens undersökning som visar att jurister nöjer sig med tillräcklig kvalitet, borde det finnas en ganska betydande risk att jurister hamnar i naiv empirism avseende sociala, ekonomiska och terapeutiska konsekvenser av olika slag. Petrusson är inne på samma linje när han påpekar att det "ligger alltid nära till hands att utgå från antaganden om att vi förhåller oss till en gripbar helhet, istället för att medvetengöra våra begränsningar".<sup>191</sup> På ena sidan vägen riskerar alltså domstolen att falla ned i ett dike med rättsliga beslut som saknar den relevanta vetenskapliga förankringen. På andra sidan vägen finns ett lika farligt dike där en skenbar vetenskaplig tolkningsnyckel stjälpes snarare än hjälper.

---

<sup>190</sup> Gräns, 2006, s. 70.

<sup>191</sup> Petrusson, s. 47.

## Del 3 – En exemplifiering med avstamp i terapeutisk juridik

Den tredje delen av uppsatsen har för avsikt att erbjuda en mer påtaglig konkretisering av den diskussion som inleddes i del ett. Med utgångspunkt i en presentation av *terapeutisk juridik* kommer vi att titta närmare på hur andra vetenskaper kan påverka det juridiska beslutsfattandet. Två områden sätts i fokus. Dels den muntliga förhandlingen i länsrätten i mål angående LVU<sup>192</sup>, LVM<sup>193</sup> och LPT<sup>194</sup> och dels de riskbedömningar som görs inom en rad områden relaterade till bland annat kriminalvården och häktnings- samt påföljdsfrågor.

Den tredje delen ger exempel på hur ett aktivt sökande efter den normativt mest lämpliga referenspunkten kan förändra sättet att se på exempelvis tvångsomhändertagande eller riskbedömningar. Det polycentriska perspektivet fungerar som ett analysverktyg för att förklara och förstå rättens funktion. Avsnittet rör sig från det som Gustafsson skulle beskriva som rättsfältsnivån och visar sedan hur influenser från andra kontexter tar sig hela vägen ner till rättsordningsnivå, hur normer från andra rättsfält *kläs i juridisk språkdräkt*.

## 9 Terapeutisk juridik – vad och hur?

Terapeutisk juridik (Therapeutic Jurisprudence) är en rättslig inriktning som utvecklades av juristprofessorerna David Wexler och Bruce Winick i slutet av 1980-talet. Inriktningen har sina rötter i den amerikanska rättsrealismen.<sup>195</sup> Termen användes först inom en utredning avseende tvångsvård för psykiskt sjuka, beställd av National Board of Health i USA. Wexler menade att mentalvården hade tappat sin konstitutionella grund, att stärka mentalt sjuka människors mänskliga rättigheter, och istället börjat fokusera på att skydda omgivningen från de

---

<sup>192</sup> Lag (1990:52) med särskilda bestämmelser om vård av unga.

<sup>193</sup> Lag (1988:870) om vård av missbrukare i vissa fall.

<sup>194</sup> Lag (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård.

<sup>195</sup> Diesen, Christian, "Terapeutisk juridik" i *Handbok i rättspsykologi*, red: Pär Anders Granhag och Sven Å Christiansson, Liber 2008. s. 497.

mentalt sjuka. Wexler och Winick drog slutsatsen att det behövdes en förändrad syn på juridikens roll i det sammanhanget, men kanske även i samhället i dess helhet.<sup>196</sup>

Terapeutisk juridik bygger på antagandet om att juridikens huvudsakliga syfte är att lösa mänskliga konflikter. Jurister måste därför förstå vilka sociala och psykiska effekter som dessa konflikter medför hos de inblandade parterna. Konfliktlösning kan naturligtvis resultera i bättre eller sämre lösningar ur en reparativ och rehabiliterande synvinkel. Modeller som tar hänsyn till dessa effekter och konsekvenser kan betecknas som terapeutiska.<sup>197</sup> Det handlar således om att maximera de terapeutiska följderna och minimera de anti-terapeutiska.

Terapeutisk juridik har bland annat fått kritik för att fokusera allt för starkt på det konfliktlösningsperspektivet av rättskonflikter och därmed framförallt underskatta det handlingsdirigerande perspektivet.<sup>198</sup> Per Henrik Lindblom menar att rättsprocessens huvudsyfte är att förverkliga värderingarna bakom det materiella regelsystemet och att det därmed finns en risk att ”icke-rättsliga faktorer tränger in i domskälen” om terapeutisk juridik får för stor plats.<sup>199</sup> För Lindblom är det alltså inte det konfliktlösningsperspektivet som bör stå i första rum, utan det värderingsdirigerande. Samtidigt påpekar Lindblom att de olika målsättningarna inte utesluter varandra och att konfliktlösning i det enskilda fallet är en förutsättning för handlingsdirigering i ett större perspektiv.<sup>200</sup> Ekelöf nyanserar svaret en aning, han menar att huvuduppgiften för *civilprocessen* visserligen är konfliktlösning och att juridiken därmed kan analogiseras med sjukvården men samtidigt får konfliktlösningen inte ske på ett sätt som gör att rättsreglernas *generella handlingsdirigerande funktion blir sämre tillgodosedd*.<sup>201</sup> Ekelöf borde således inte vara särskilt benägen att ge den terapeutiska juridiken utrymme om det sker på bekostnad av det handlingsdirigerande perspektivet. Det har även ifrågasatts ifall det finns ett tillräckligt väl underbyggt empiriskt material för att den terapeutiska juridiken ska kunna användas på ett säkert sätt och undvika att bli paternalistiskt, undvika att bli ”ett hippiegenerationens bidrag

---

<sup>196</sup> Diesen 2008, s. 497.

<sup>197</sup> Diesen 2008, s. 497.

<sup>198</sup> Lindblom, Per Henrik, ”Domstolarnas växande samhälls- roll och processens förändrade funktioner – floskler eller fakta?” i *Svensk juristtidning (SvJT)* 2004, s. 257

<sup>199</sup> Lindblom, SvJT 2004, s. 258

<sup>200</sup> Lindblom, SvJT 2004, s. 241

<sup>201</sup> Ekelöf, Per, Olof, Edelstam, Henrik, *Rättegång, första häftet*, 8:e upplagan, Nordstedts juridik 2002, s 20.

till rättsvetenskapen” som Lindblom uttryckt det.<sup>202</sup> Den amerikanske domaren, William G. Schma, som aktivt tillämpar Terapeutisk juridik, menar dock att vare sig vi vill det eller inte, så är det ett empiriskt faktum att juridiska beslut får terapeutiska och anti-terapeutiska effekter. Varje domare bör därför fråga sig om det finns något möjligt redskap för att undvika de negativa terapeutiska effekterna. Det behöver inte innebära att det rättsliga beslutet måste tumma på andra etablerade juridiska principer på området.<sup>203</sup>

Trots kritiken har idéerna om terapeutisk juridik fått ett snabbt genomslag i USA och många andra delar av den anglosaxiska världen. Det är dock en mycket bred företeelse som spänner från hur domarens kroppsspråk påverkar en förhandling till hur lagstiftning bör utformas.<sup>204</sup> Inriktningen har utvecklats till att beröra ett stort antal juridiska områden: familjerätt, ungdomsbrottslighet, skadeståndsrätt, kriminalvård, avtalsrätt etc.<sup>205</sup> Det har även utvecklats särskilda *Drug Treatment Courts* och *Domestic Violence Courts* med en särskild processordning i linje med ett terapeutiskt anslag.<sup>206</sup> En av de mer slående tillämpningarna av terapeutisk juridik är den sydafrikanska sanningskommissionen. Efter apartheidregimens fall ansåg den nya regimen att det var viktigare att sanningen kom fram än att man till varje pris skulle utkräva ett straffansvar för de skyldiga. De som vittnade om sin del i det inträffade beviljades amnesti för eventuella brott. De som vägrade vittna eller som bevisades tala osanning under ed kunde dock straffas. Istället för ansvarsutkrävande fokuserade processen alltså på att förmå människor att gå vidare och lämna det förflutnas orättvisor bakom sig.<sup>207</sup>

Det terapeutiska tänkandet ligger på många sätt i linje med principer bakom det svenska välfärdsamhället. Ett exempel där terapeutisk juridik tillämpas konkret i Sverige är genom medlingsinstitutionen i brottmål. Syftet är att konfrontationen mellan gärningsmannen och brotts-offret ska leda till att gärningsmannen inser vidden av den skada, fysiskt och psykiskt, som målsäganden drabbats av. Att bara få skadan utmätt i strafftid eller böter är alltför abstrakt för

---

<sup>202</sup> Lindblom, SvJT 2004, s. 258

<sup>203</sup> Schma, William G, "Therapeutic Jurisprudence in Courts of General Jurisdiction" i *Judging in a Therapeutic Key*, ed: Bruce J. Winick och David B. Wexler, Carolina Academic Press 2003, s. 88-89.

<sup>204</sup> Petrucci, Carrie J. "Interpersonal Skills and the Psychology of Procedural Justice" i *Judging in a Therapeutic Key*, ed: Bruce J. Winick och David B. Wexler, Carolina Academic Press 2003, s. 150, 151, 155.

<sup>205</sup> Diesen 2008, s.497.

<sup>206</sup> Diesen 2008, s.497.

<sup>207</sup> Diesen 2008, s.499.

att gärningsmannen ska kunna uppfatta den verkliga skadan för målsäganden. Insikten ökar i sin tur möjligheten till rehabilitering och minskar därmed riskerna för återfall i brott. I mindre brottmål har detta funnits i Sverige sedan 1999.<sup>208</sup> Det är även viktigt att påpeka att många av de tvärvetenskapliga aspekterna av ett rättsligt problem, som efterfrågas av amerikanska företrädare för terapeutisk juridik, tillgodoses genom välarbetade svenska förarbeten.<sup>209</sup> Dessutom är ju exempelvis behandlingsteorin central inom straffrätten.<sup>210</sup> (Om än under gungning i och med aktuella tendenser mot ett ökat proportionalitetstänkandet mellan gärning och påföljd).

### 9.1 Terapeutiskt dömande och rättslig polycentri

Terapeutisk juridik kan alltså på många sätt beskrivas som en hjälpvvetenskap där rättssociologiska undersökningsresultat fungerar som en rättslig referens. Därmed inte sagt att det terapeutiska perspektivet måste vara det viktigaste i en konflikt. Det är dock avgörande att ha den tvärvetenskapliga kunskap som gör det möjligt att ta hänsyn till terapeutiska konsekvenser av olika lösningsalternativ. Enligt Winick finns det inte någon motsättning mellan terapeutisk juridik och vare sig rättsdogmatisk eller rättslig polycentri. Terapeutisk juridik är helt enkelt ett konsekvensorienterat perspektiv på rätten som påpekar att eftersom rättstillämpningen påverkar folks psykiska välbefinnande, måste juristerna ta detta i beaktande. Det handlar också om ett skifte avseende rättsprocessens funktioner.<sup>211</sup> Juridisk kunskap, allmän livserfarenhet och sunt förnuft räcker inte för att lösa rättsliga konflikter på ett tillfredställande sätt. Enligt Christian Diesen, professor i processrätt vid Stockholms universitet och en av de första att skriva om terapeutisk juridik i svenska sammanhang, krävs det kunskaper om de samhällsliga konsekvenserna på både ett makro- och mikroplan för att kunna fatta välgrundade beslut. Sociologi, kriminologi, socialpsykologi, psykologi och psykiatri behöver då bli sammankopplat med det juridiska beslutsfattandet.<sup>212</sup> Det är uppenbart att terapeutisk juridik, åtminstone i princip, är något som klingar väl tillsammans med Gustafssons syn på 'social rättssäkerhet' som behandlats ovan i avsnitt 6.1.2. Det är dock svårt att se hur terapeutisk juridik skulle kun-

---

<sup>208</sup> Diesen 2008, s.500.

<sup>209</sup> Diesen, Christian, "Terapeutisk juridik" i *Juridisk tidskrift (JT)* Nr 1, 2001/02. S. 30.

<sup>210</sup> Diesen, JT, Nr 1, 2001/02, s. 31.

<sup>211</sup> Diesen, 2008, s. 509.

<sup>212</sup> Diesen, 2008, s. 509-510.



na få ett betydande fäste inom den svenska rättsordningen, om inte också ett polycentriskt perspektiv får vara tongivande. Som Winick påpekar finns det visserligen inget som hindrar att ett konsekvensorienterat perspektiv ges utrymme även i ett monocentriskt perspektiv. Frågan är dock om inte det monocentriska synsättet i så fall måste bestå av en mycket bred ram-lagskaraktär. Upprätthållandet av *en* legitimerande grund blir då snarast en retorisk detalj och inte en användbar metodologi.

Vi kommer nu titta närmare på två rättsliga områden där ett terapeutiskt perspektiv är uppenbart och på många sätt redan inbakat i den rättsliga processen. Avsnitten ska ses som exemplifierande avseende den övergripande diskussionen om källor för rättslig argumentation. Det är alltså inte en närmare analys av respektive område och inte heller ett försök att ge ett väl avvägt exempel på hur terapeutisk juridik skulle kunna tillämpas.

## 10 Muntliga förhandlingar i tvångsvårdsprocesser – paternalism och anti-terapeutiska effekter

Maritha Jacobsson, verksam vid institutionen för socialt arbete vid Umeå universitet, har genomfört ett antal studier, sammanställda i avhandlingen *Terapeutens rätt, rättslig och terapeutisk logik i domstolsförhandlingar*, undersökt hur de olika aktörerna handlar i muntliga förhandlingar i LVU-, LVM-, och LPT-mål. Hon har analyserat hur parterna agerar, argumenterar samt vilken tolkningsrepertoarer de använder sig av i länsrättsförhandlingar. Vid den muntliga förhandlingen i LVU-, LVM- och LPT-mål deltar en offentlig part (socialsekreterare/psykiatrier), ett offentligt biträde (advokat), enskild part, en domare, tre nämndemän. I LPT-målen deltar även en sakkunnig läkare. Förhandlingen följer förvaltningsprocesslagen.<sup>213</sup> Det är en tvåpartsprocess där ansvaret ligger på parterna, men enligt officialprincipen i 8 § förvaltningsprocesslagen har domstolen yttersta ansvaret för att målet blir tillräckligt utrett.<sup>214</sup> Jacobssons undersökning kan ses som ett exempel på en empirisk undersökning vilken försöker kartlägga hur samhällseliga principer påverkar rättsordningen. Det är således ett externt

---

<sup>213</sup> Förvaltningsprocesslag (1971:291)

<sup>214</sup> Jacobsson, s. 22.

perspektiv som intas av Jacobsson. Det kan emellertid få rättslig relevans om det analyseras ur ett polycentriskt internt perspektiv.

## 10.1 Rättslig och terapeutisk logik

Jacobsson menar att det på grund av sammansättningen av jurister och socialarbetare under förhandlingen borde finnas två modeller för tolkning och argumentation; en rättslig respektive en terapeutisk institutionell logik.<sup>215</sup> Socialsekreterare och psykiatriker kan i sina professionella roller sägas representera en terapeutisk institutionell logik som baseras på deras utbildning, egna erfarenheter och yrkesroller men även normer och värderingar som etableras i samhället. Inom den terapeutiska logiken skapas outtalade spelregler. Jacobsson menar att logiken i grunden bygger på en vilja att hjälpa någon till ett bättre liv. Advokater och domare representerar en rättslig logik där de tar hänsyn till rättsliga regler, kunskapsfält samt normer och värderingar som omgärdar dem i deras professioner. Eftersom de olika aktörernas interna spelregler skiljer sig åt kan man vänta sig en spänning mellan den terapeutiska och rättsliga logiken.<sup>216</sup> Idealen hos de båda grupperna målas av Jacobsson upp enligt följande:

### ***Terapeutisk logik***

Medicinsk etik  
Etik i socialt arbete  
Medicinsk behandling  
Socialt behandlingsarbete  
Teorier i socialt arbete och psykiatri  
Paternalism  
Samtalsterapi  
Empati  
Inriktning på resultat  
Rådgivning  
Kunskap från utbildning

### ***Rättslig logik***

Domare  
Opertisk tillämpning av rättsregler  
Självständig tolkning av bevismaterial  
Domareetik  
  
Advokat  
God advokatsed  
Kritisk granskning av motpartens bevisning  
Företräder klienten  
Inriktning på procedur  
Kunskap från utbildning

---

<sup>215</sup> Jacobsson, s. 30.

<sup>216</sup> Jacobsson, s. 30-32.

Jacobssons undersökning,<sup>217</sup> och även annan forskning,<sup>218</sup> tyder dock på att skillnaderna mellan de olika institutionella logikerna nästan försvinner helt vid muntliga förhandlingar i LVU-LVM- och LPT-mål. Istället präglas förhandlingen av ett gemensamt mål av att fatta ett beslut för att kunna behandla den avvikande personen för dennes eget bästa.<sup>219</sup> Jacobsson redogör även för undersökningar med samma resultat som gjorts avseende LPT mål<sup>220</sup>. Kännetecknande för de olika undersökningarna är att den rättsliga prövningen i praktiken innebär att rättens samtliga aktörer behandlar den enskilde som patient och inte som en part i juridisk mening. Dvs. att även juristerna låter sina 'terapeutiska' bedömningar av vad som är bäst för den enskilde styra handlandet, snarare än 'rättsliga' bedömningar. Den rättsliga konflikten mellan parterna tonas ned och det blir därmed svårt för en part att ifrågasätta exempelvis ett yttrande av en överläkare. Det finns även studier från Storbritannien och USA som visar på liknande resultat.<sup>221</sup>

### 10.2 Tvångsvårdsprocessen och rättsfältets polyvalens

Syftet med att stämpla någon som psyksikt störd anses i grunden vara att ge den enskilde personen bättre möjligheter att bli rättvist behandlad. Den som inte rår för sitt eget handlande ska inte bli bestraffad. Den som inte förstår sitt eget behov ska tvångsvårdas för sitt eget bästa och den som inte kan sköta sin ekonomi ska ställas under en förmyndare eller god man. Särbehandlingen är därmed en sorts rättvis kompensation för den enskildes handikapp.<sup>222</sup> Tendenserna från de muntliga förhandlingarna ger dock anledning att ifrågasätta det terapeutiska perspektivet. Det finns uppenbarligen en risk att den terapeutiska attityden leder till ett expertstyre och en paternalistisk hållning som inte ifrågasätts av de rättsliga aktörerna.

---

<sup>217</sup> Jacobsson har mellan maj 2000 och under ett år framåt studerat 39 länsrättsmål i fråga om tvångsvården enligt LVM, LVU och LPT. Målen var slumpvis utvalda men i lika proportion mellan de olika måltyperna. Dessutom studerades fyra andra förvaltningsrättsliga mål som kontrasterande material. Utöver detta gjordes 31 intervjuer<sup>217</sup> med aktörer som deltog vid de muntliga förhandlingarna. Både länsrätten i större och mindre städer besöktes. Sammanlagt besöktes 43 muntliga förhandlingar (MJ 38, 42-43).

<sup>218</sup> Aubert 1972 se Jacobsson, s. 35.

<sup>219</sup> Jacobsson, s. 35.

<sup>220</sup> Sjöström 1997, se Jacobsson, s. 35.

<sup>221</sup> Se Jacobsson, s. 35.

<sup>222</sup> Diesen 2008, s. 501.

Winick menar att tvångsvården i vissa sammanhang är uttryck för en aristokratisk och represiv syn på en grupp medborgare, vilka blir stämplade som mindervärdiga.<sup>223</sup> Det leder till en stigmatisering och en känsla av att vara inkompetensförklarad. Det blir svårt att behålla ett jobb och en bostad. Den utsorterade individen lär sig att vara hjälplös och motivationen sjunker på alla områden. Även om personen blir bättre, kvarstår oftast omgivningens stämpel om psykisk störning. De flesta störningar har främst en temporär prägel och det finns egentligen ingen anledning att ge bedömningen en konstant karaktär. Bedömningen är dessutom mycket svår och det är inte ovanligt att olika utredare kommer fram till olika resultat. Psykiskt sjuka personer bör enligt företrädare för terapeutisk juridik istället bemötas efter deras medicinska, sociala eller psykiska behov och inte på grund av att de är avvikare. Åtgärderna måste vara adekvata och begränsas till det fält där tvånget bedöms som oundvikligt. Detta kan inte åstadkommas om psykisk störning bedöms utifrån en huvudregel om normalitet.<sup>224</sup> Det verkar emellertid vara en normaliserande attityd som är genomgående i Jacobssons beskrivningar av förhandlingar i svenska förvaltningsdomstolar. Ironiskt nog visar dock resultaten på att försöket att anlägga ett terapeutiskt tänkande möjligen får en motsatt effekt. Det offentliga ombudet har en terapeutisk ton som baseras på ett läkarutlåtande och som är svårt att pröva mot de rättsliga rekvisiten om de inte först översätts till rättslig logik. Biträdena, advokaterna, agerade som språkrör för den enskilde och framförde dennes argument oavsett om de ur en rättslig aspekt var negativt för henne/honom. De hade dock även en annan roll, då de stundtals som terapeuter riktade sig till den enskilde för att betona behandlingens positiva effekter.<sup>225</sup> Domarna intar, enligt undersökningen, en passiv roll och inte heller de arbetar aktivt för att föra fram den rättsliga logiken på ett sådant sätt som 8 § i förvaltningsprocesslagen ger möjlighet till. Det är endast det formella förfarandet som ger ett sken av att en rättslig logik upprätthålls.<sup>226</sup> Jacobsson menar att den omhändertagande och normaliserande ansatsen motverkar den enskildes intressen. Allmänna resonemang om den enskildes situation riskerar att flytta bort fokus från det rättsliga avgörandet. Jacobsson menar därför att en mer renodlad rollfördelning mellan offentlig part, biträdet och domaren har potential att stärka, inte bara den enskildes rättssäkerhet, utan även hennes människovärde och integritet.<sup>227</sup> Den muntliga för-

---

<sup>223</sup> Diesen 2008, s. 501.

<sup>224</sup> Diesen 2008, s. 502 -503.

<sup>225</sup> Jacobsson, s. 62-63.

<sup>226</sup> Jacobsson, s. 64.

<sup>227</sup> Jacobsson, s. 57.

handlingen präglas inte av en arena där argument viktas mot varandra utan den utgör snarare ett led i behandling och disciplinering av den enskilde. Denne ska bekänna sin skuld och vilja till förändring, en normaliserande idé. Domstolens aktörer använder sitt 'sunda förnuft' för att i bästa välvilja fatta ett beslut i frågan, den rättsliga logiken uteblir därmed.<sup>228</sup> Det sunda förnuftet tar sig uttryck i allmänskulturella föreställningar som är vanliga i välfärdssamhället, normer kring skötsamhet, att passa tider, att klara ett arbete, hur man bör bete sig mot andra osv. Det blir en granskning efter normativa element som varken har rättslig förankring eller bas i terapeutiska bedömningar. Det är därmed inte långt till att bekräfta Winicks farhågor om att processen endast handlar om att förändra en problematisk medborgare, en sorts stigmatiseringsprocess där den enskilde skuld- och skambeläggs och beskrivs med ord som; hopplös, omotiverad och manipulativ.<sup>229</sup> Jacobsson drar slutsatsen att klient/patientskapet blir överordnat rollen som medborgare och att därmed konflikten kring integritet och tvång döljs bakom samförståndet om hjälp och moral.

Med Svenssons bild om tankeramén skulle det verkliga terapeutiska perspektivet här kunna sägas ha hamnat utanför tankeramén. Det är intressant att jämföra Jacobssons slutsats med det som Gräns beskriver som naiv empirism. Rättens aktörer agerar efter vad de uppfattar är ett terapeutiskt anslag men i själva verket kan processen dock leda till att människor känner sig exkluderade och skuldbelagda. På grund av de rättsliga aktörernas naiva terapeutiska insikter får processen snarast anti-terapeutiska konsekvenser.

Situationen skulle kunna beskrivas som att det i förvandlingen från rättens råmaterial till rättens uttryck tillkommer normer från ytterligare ett rättsfält, i form av samhälleliga normer om vad som är 'normalt'. Jacobsson har genom att inta ett externt perspektiv på rättsfältsnivå funnit att det yttre normerande perspektivet med ett 'terapeutiskt anslag' får genomslag ända ner till regelnivån genom att rättstillämparen misslyckas med att fullt ut utföra en prövning av rättsreglernas rekvisit. Jacobssons resultat kan alltså anses bekräfta bilden om att rätten är polycentrisk. En intressekonflikt tycks uppstå mellan olika rättsfält. Å ena sidan finns den värdebaserade föresällningen om att 'normalisera' de personer som är 'missanpassade'. Å andra sidan finns det juridiska fältet som förespråkar en rättslig prövning under mer formali-

---

<sup>228</sup> Jacobsson, s. 60.

<sup>229</sup> Jacobsson, s. 65-66.

serade och kriteriebaserade former. Det är här relativt okontroversiellt att hävda att den yttre eller övre preferensen bör utgöras av vetenskapligt förankrade föreställningar om psykiskt sjuka och missbrukande personer, istället för uppfattningar grundade på en skev föreställning om behovet av normalisering.

Det polycentriska perspektivet är i det här sammanhanget alltså dels ett analysverktyg som förklarar varför tvångsvårdsprocessen ser ut som den gör. Det polycentriska perspektivet kan dock även användas för att renodla processen så att enbart argument som bidrar till den juridiska modellens syfte utkristalliseras. För att kunna upprätthålla en så effektiv tvångsvårdsprocess som möjligt måste processen dekonstrueras och analyseras för att sedan designas baserad enbart på medvetet valda grunder med kollektiv och vetenskaplig förankring, för att använda Glavå och Petrussons språkbruk. För att lyckas måste syftet med tvångsvårdsprocessen externaliseras till de aktörer som deltar.

## 11 Riskhantering – intuition eller empiri?

Winick menar att riskhantering är ett fält där terapeutisk juridik kan fungera som ett sätt att utvärdera bedömningar och åtgärder.<sup>230</sup> Riskbedömningar förekommer på många håll inom svensk lagstiftning. Riskbedömning är en av förutsättningarna för att häkta någon enligt 24 kap. 3 § rättegångsbalken. Risken för återfall i brott ska beaktas vid särskild utskrivningsprövning i samband med rättspsykiatrisk vård enligt 31 kap. 3 § brottsbalken och 16 § lagen (1991:1129) om rättspsykiatrisk vård.<sup>231</sup> I lagen (1974:203) om kriminalvård i anstalt är flera rättsliga instrument baserade på riskbedömningar: För att placera någon i slutan stalt, för att medge permission, för att införa restriktioner om försändelse och besök etc. Också bedömningen avseende möjligheten att avsluta fängelsetiden, genom intensivövervakning med elektronisk kontroll, baseras i stor utsträckning på en riskbedömning. Även vid bedömningen om villkorlig dom, enligt 30 kap. 7 § brottsbalken, ska det beaktas om det saknas särskild anledning att den tilltalade kommer att göra sig skyldig till fortsatt brottslighet. Så är också fallet

---

<sup>230</sup> Winick, Bruce J, "Domestic Violence Court Judges as Risk Managers" I *Judging in a Therapeutic Key*, ed: Bruce J. Winick och David B. Wexler, Carolina Academic Press 2003. S. 201.

<sup>231</sup> SOU 2002:26, *Frigivning från livstidsstraff*, s. 94.

vid övervägandet om skyddstillsyn enligt 30 kap. 9 §.<sup>232</sup> Riskbedömningar är således ett viktigt verktyg som ligger till grund för rättsliga bedömningar inom en rad olika fält. Det är inom de flesta områden domarrollen som ytterst har ansvaret för det beslut som fattas, låt vara att de i många fall bygger sin bedömning på psykiatrier, läkare eller socialarbetare.

Riskbegreppet är ett mångdimensionerat och konstruerat begrepp. Risk kan, enligt SOU 2002:26 *Frigivning från livstidsstraff*, definieras som en uppskattning av ”chansen för att en viss icke önskad effekt inträffar någon gång i framtiden”. Men förutom den kvantitativa risken att något inträffar innebär även riskbegreppet ett värderande av riskers grovhet. Kvalitativa faktorer, ”otäckhetsfaktorer”, är lika avgörande som den kvantitativa sannolikhetsbedömningen.<sup>233</sup>

### 11.1 Utveckling av riskhantering

Riskbedömning och riskhantering har utvecklats mycket sedan 70-talet då de först började användas.

#### *11.1.1 Ostrukturerade kliniska bedömningar*

Ostrukturerade kliniska bedömningar är förmodligen fortfarande den mest vanliga formen av riskbedömningar inom rättspsykiatri och kriminalvård, trots att den ända sedan 70-talet varit utsatt för omfattande kritik. Metoden kräver inte några specifika riktlinjer. En viktig faktor är bedömarens intuition, eller känsla för, hur stor eller liten en eventuell risk är.<sup>234</sup> De har visat sig att bedömningarna får stor spridning beroende på vem som gör dem och träffsäkerheten är som regel dålig.<sup>235</sup> Metoden har beskrivits som informell, subjektiv och impressionistiskt. Undersökningar har visat att det förekommer många olika metoder och att experter tillämpar

---

<sup>232</sup> SOU 2002:26, s. 94-95.

<sup>233</sup> SOU 2002:26, s. 98.

<sup>234</sup> Belfrage, Henrik, ”Riskbedömningar och våldsprevention” i *Handbok i rättspsykologi* red: Pär Anders Granhag och Sven Å Christianson, Liber 2008. s. 468.

<sup>235</sup> Belfrage, s. 468.

varierande skolor.<sup>236</sup> Psykiatriker och psykologer, är precis som när poliser, socialarbetare eller domare utför bedömningen, även de utsatta för sina egna bias och förutfattade meningar.

En nackdel med den här typen av bedömningar är att de är definitiva och statiska. Antingen är en person farlig eller så är den det inte. Bedömningen görs vid ett tillfälle och baseras på informationen som fanns tillgänglig just vid det tillfället.<sup>237</sup> Informationen som finns tillgänglig om personen är ofta ofullständig. Det finns också en risk att bedömaren inte känner till de faktorer som är mest avgörande för att förutse ett visst beteende eller att denne på grund av olika sorters förutfattade meningar gör en felaktig bedömning gentemot en viss typ av individer. Eftersom de negativa konsekvenserna för bedömaren blir större vid en felaktigt 'god prognos', jämfört med en felaktigt given 'dålig prognos', finns en tendens att bedömarna är hårdare än vad som egentligen är befogat.<sup>238</sup>

### 11.1.2 Aktuariska riskbedömningar

Som en motreaktion mot de kliniska bedömningarna kom på 80-talet dess antites, de aktuariska. Den aktuariska metoden går ut på att förutse ett specifikt beteende eller en händelse inom en på förhand viss bestämd tid. Dels preciseras risken för till exempel våldsamt beteende, genom att jämföra med en referensgrupp, och dels ges en precis uppskattning av sannolikheten att just den undersökte individen ska återfalla i våldsamt beteende. Den omedelbara fördelen med den här modellen är att den minimerar den enskilde bedömarens felkällor eftersom den inte ger något utrymme för bedömaren att använda sin egen erfarenhet. Arbetsmetoderna går ofta ut på att följa olika flödesscheman där det finns två möjliga svar på varje fråga som i sin tur leder vidare till andra binära frågor och slutligen ges en riskanalys enligt en skala.<sup>239</sup> Modellen är svår att använda i praktiken eftersom det sällan är tillräckligt att bedöma risken för exempelvis våldsamt beteende eller drogmissbruk. Det intressanta är att försöka *förhindra* framtida oönskade handlingar och en bedömning av enbart risk är ett otillräckligt hjälpmedel för att kunna fatta förebyggande beslut. Det finns dessutom studier som visar att korrelations-

---

<sup>236</sup> Winick, s. 203.

<sup>237</sup> Winick, s. 203.

<sup>238</sup> Winick, s. 202.

<sup>239</sup> Belfrage, s 468-469.



graden mellan aktuariska modellens slutsatser om våldsamt beteende och en verkligt våldsam följd är ganska måttliga.<sup>240</sup>

### *11.1.3 Strukturerade professionella bedömningar - riskhantering*

Den strukturerade och professionella modellen försöker överbygga gapet mellan den professionella och aktuariska metoden. För att hjälpa utredaren har olika 'riktlinjer' tagits fram som speglar den teoretiska, professionella och empiriska kunskapen på området. Det handlar om ledning avseende vilka riskfaktorer som är relevanta men även avseende på vilket sätt information bör samlas in. Huvudsyftet är att *förhindra* brott och inte bara, som med den aktuariska modellen, bedöma *risk* för framtida brott. Det handlar alltså om att kunna hitta lämpliga preventiva och skyddande åtgärder i tid.<sup>241</sup> De strukturerade bedömningarna har definierats enligt följande i bilaga 4 till SOU 2002:26:<sup>242</sup>

*"Risk är ett begrep som är ofullständigt utforskat. Risk kan därför bedömas endast med mer eller mindre osäkerhet. /---/ Riskbedömningen är en process för att förstå risker, och en utvärdering som syftar till att karaktärisera och minimera farlighet."*<sup>243</sup>

Det finns inget självändamål i att predicera en risk om inte riskbedömningen kompletteras med preventiva åtgärder. En strukturerad riskhantering innehåller även ett moment av att förebygga de förutfattade meningar och snedvridna verklighetsuppfattningar som kan finnas hos *bedömaren*.<sup>244</sup>

Risker bedöms, naturligt nog, utifrån den information som finns tillgänglig vid bedömningstillfället. Det är dock svårt att veta om den informationen är tillräcklig, särskilt eftersom det ofta är situationen och miljön som uppmuntrar ett visst handlande. Diesen menar att det våld som beskrivs i en brottmålsrättegång ofta betraktas som en stillbild. Det är endast händelsen

---

<sup>240</sup> Belfrage, s. 467.

<sup>241</sup> Belfrage, s. 469-470.

<sup>242</sup> Grann, Martin, SOU 2002:26 *Bilaga 4, Riskbedömningar – Möjligheter och omöjligheter*

<sup>243</sup> Bilaga 4 till SOU 2002:26, s. 211.

<sup>244</sup> Winick, s. 205-206.

som täcks av gärningsbeskrivningen som är relevant. Domstolens parter bortser från den händelse som föranledde rättssaken och ser därmed inte att händelsen bara är ett moment i ett större rationellt sammanhang.<sup>245</sup> Genom att riskbedömningsprocessen görs fortlöpande erbjuder den en respons till den dömda personen och ger därmed ett incitament till att fortsätta den positiva utvecklingen. En statisk bedömning, som jämförelse, motverkar snarast en sådan utveckling eftersom den dömdes beteende inte kan förändra bedömningen i efterhand.<sup>246</sup> I Sverige har *HCR-20* (Historical, Clinical and Risk management) varit den mest tongivande strukturerade metoden. Metoden baseras på checklistor med empiriskt underlag men det finns även utrymme för den egna kliniska erfarenheten och intuitionen.<sup>247</sup>

## 11.2 Riskhantering, tillämpad terapeutisk juridik?

Övergången från farlighetsbedömningar till fokus på hur farliga personer kan förhindras att återfalla i framtida brottslighet markerar på många sätt ett skifte från handlingsdirigering till konfliktlösning. Fokus ligger på de konsekvenser som prognostiseras och hur de kan hanteras på bästa sätt. Istället för att enbart identifiera farliga personer, och därmed skydda det omgivande samhället från dessa, vill man nu även förbättra möjligheten att leva i samhället. Ju fler evidensbaserade terapeutiska modeller som visar goda resultat, desto större anledning att ge mer tyngd åt de konfliktlösande perspektiven. Riskhantering innebär därmed en värdemässig förändring, med tydlig koppling till terapeutisk juridik, där den preventiva åtgärden ställs i fokus istället för farlighetsbedömningen. Även rent processuellt är ju kopplingen till terapeutisk juridik som 'hjälpvetenskap' uppenbar. Från att ostrukturerade kliniska bedömningar varit det dominerande har evidensbaserade modeller vunnit mark. Henrik Belfrage menar att det hittills har gjorts bedömningar med en slags "common-sense"-karaktär i stil med "en mördare är farligare än en tjuv". Framtiden får utvisa om även riskbedömningar utförda av domare, exempelvis häktningsförhandlingar, kommer att genomsyras av en ökad användning av psykologiskt underbyggda argument. De evidensbaserade modellerna som nu arbetas fram är emellertid inte heller utan problem. En riskbedömning som leder fram till ett antal "riskpo-

---

<sup>245</sup> Diesen, s. 506-507.

<sup>246</sup> Winick, s. 206.

<sup>247</sup> Bilaga 4 till SOU 2002:26, s. 212.

äng” är inte nödvändigtvis ett bättre underlag för ett väl övervägt juridiskt beslut.<sup>248</sup> SOU 2002:26 pekar dock på att utvecklingen går framåt och att bedömningarna troligen kommer bli bättre i framtiden.

En viktig problematik berör hur riskbedömningar med psykologisk bas ska kunna kommuniceras till domarrollen och hur riskbedömningarna ska viktas mot andra faktorer. SOU 2002:26 betonar att det alltid måste göras en avvägning för att tydligt ange när samhällsskyddet är så starkt att det motiverar olika former av ingripanden på grund av riskbedömningar.<sup>249</sup> Motivuttalandet rör i det här fallet visserligen bedömningar avseende frigivning från livstidsstraff, men det får nog antas ha relevans som referens även för andra rättsområden där riskhantering är aktuell. Det ska alltså alltid göras en avvägning där åtgärder med psykologisk bas vägs mot olika aspekter av rättssäkerhet och andra integritetsprinciper. Med återkoppling till Gustafssons modell om hur principer vägs inom rättssystemet, krävs det därmed en från psykologin extern preferens, som faller avgörandet för hur det rättsliga fenomenet riskhantering ska användas. Utan insikter i de riskhanteringsmetoder som används blir det svårt att göra en sådan avvägning. Christopher Slogobin, en förespråkare, om än en kritisk sådan, för terapeutisk juridik, menar att det viktigaste bidraget från inriktningen inte är bättre resultat i rättsprocesserna utan att juridiken öppnar sig mot ett psykologiskt perspektiv.<sup>250</sup> Dvs. att den rättsliga sfären bjuder in terapeutisk juridik och psykologisk kunskap som en medveten referens till juridiskt beslutsfattande. Riskhantering är ett område där det är uppenbart att det juridiska beslutsfattandet förlitat sig på den expertkunskap som utvecklats över åren. Kanske kan en ökad tvärvetenskaplig förståelse ge en förnyad kraft i de *juridiska* bedömningar som bygger på expertutlåtanden. Både riskhanteringsfrågor och tvångsvårdsfrågor innehåller ju fler element än de rent medicinska eller rent riskprognostiserande. De innehåller även frågor om sociala och etiska konsekvenser samt om integritetsskydd och samhälliga intresseavvägningar.<sup>251</sup> En ökad tvärvetenskaplig förståelse kan kanske rent av ge en mer fokuserad *juridisk* prövning av sådana frågeställningar. Såväl ett dogmatiskt som naiv-empiristiskt förhållningssätt kan därmed undvikas.

---

<sup>248</sup> Belfrage, Henrik, ”Risk- och farlighetsbedömningar” i *Svensk rättspsykiatri*, red: Lars Lidberg och Nils Wiklund, Studentlitteratur 2004, s. 393.

<sup>249</sup> SOU 2002:26, s. 100.

<sup>250</sup> Diesen, JT, Nr 1, 2001/02, s. 32.

<sup>251</sup> SOU 2002:26, s. 100.

## 12 Göteborgsskolan, nödvändig utveckling eller juristhybris?

De två avslutande avsnitten utgör ett försök att knyta ihop de trådar, och redan sammanfogade knopar, som lagts ut i uppsatsens olika delar.

### 12.1 Maktförskjutning eller verklighetsförankrad analys?

En övergripande farhåga för ett öppet perspektiv på rätten är att det innebär en maktförskjutning från de folkvalda institutionerna till domstolen. Såvida inte riksdagen öppnar upp genom lagstiftningen med ramlagskaraktär finns ingen anledning att justera den juridiska metoden. I det fall domstolen självmant ser sig om efter utomparlamentariska lösningar på juridiska problem handlar de i strid med regeringsformens 1 kap 1 § 2 st: *Den offentliga makten utövas under lagarna*. Svensson, är för sin del, noga med att påpeka att även om rätten i större utsträckning används som redskap för att uppnå normativa mål så måste dock agerandet vara underordnat den demokratiska processen.<sup>252</sup> Göteborgsskolan menar nog inte heller att ett skifte mot en normativ referens bör innebära en förskjutning av makt från riksdagen till domstolen. Ett polycentriskt perspektiv behöver inte innebära vare sig mindre parlamentarisk förankring eller att den faktiska kollektiva förankringen undermineras. Både exemplet om tvåångsvårdsprocessen och riskhanteringsmetoderna visar att ett öppnande mot andra rättsfält ger möjlighet att undvika moment som bygger på missuppfattningar. Det polycentriska perspektivet utgör i första hand ett analysredskap snarare än en normativ makt åt juristprofessionen. Den förskjutning mot en mindre demokratiskt förankrad rättsordning, som ett polycentriskt perspektiv *prima facie* ger vid handen, är alltså inte nödvändigtvis sann avseende den tillämpade juridiken. Tvärtom erbjuds verktyg för att skala bort de icke-demokratiska element som för monocentrikern ligger dolda bortom det enhetligas tankeram.

Frågan är dock om domaren kommer kunna (eller vilja) hantera den, förvisso inte tillförskansade men åtminstone *nyligen medvetengjorda*, makt som polycentrin synliggör? Monocentrin erbjuder ju en demokratisk förankring per definition. Det sker dock troligen på bekostnad av

---

<sup>252</sup> Se avsnitt 6.3 ovan.

omedvetna icke-demokratiska moment och kvalitativa fallgror. Polycentrin erbjuder som alternativ en potential för en hög demokratisk och kvalitativ nivå, men kanske på bekostnad av potentiellt dold subjektivism? Glavå, Petrusson, Svensson och Gustafsson tycks alla tro att ett transparent redogörande för olika arguments ursprung kommer att kompensera för det ökade ansvaret. Genom att domaren öppet redovisar vilken normativ referens som är avgörande för en rättslig konstruktion kommer ogrundad subjektivism bli synlig och därmed möjlig att åtgärda. Bygger den önskan möjligen på en övertro på domarens pedagogiska och själv-rannsakande förmåga? Göteborgsskolan försvarar sig här troligen med hänvisning till Glavå och Petrussons analys av Niklas Luhmanns syn på rätten. Eftersom domarrollen alltid är kognitivt öppen för icke-formellt rättsliga argument, så räddas egentligen inte rättsordningen från möjlig subjektivism bara för att en *retorisk* slutenhet upprätthålls. Göteborgsskolans rättsrealistiska poäng låter sig helt enkelt inte övervinnas med något annat än att det visas att de icke-rättsliga påverkansfaktorerna inte alls existerar. Varken Peczenik eller Strömholm vill gå så långt att de helt förkastar nödvändigheten av externa referenser. Göteborgsskolans slutsats blir därmed att eftersom det inte existerar något rättsligt objekt, så är en subjektiv kommunikation om rätten nödvändig. Det finns ingen domare som likt Herkules kan upprätthålla en verklig rättslig slutenhet. Att efterlysa en öppen redovisning av den normativa referensen är därmed ett sätt att göra det bästa av ett oundvikligt värdeöppet system. Ett sätt att uppnå *så välgrundade subjektiva lösningar som möjligt*.

### 12.2 Terapeutisk juridik som 'hjälpvetenskap'

Den bild av terapeutisk juridik som paternalistisk och som ett "hippie-generationens bidrag till juridiken" är för polycentrikern inte mer relevant än att jämställdhetslagstiftningen konserverar icke jämställda föreställningar eller att kommunala verkställighetsbeslut förhindrar social rättvisa.<sup>253</sup> Alltså, med ett socialkonstruktivistiskt synsätt bygger *all* rättslig argumentation på att olika rättsliga strukturer kommuniceras mellan juridiska aktörer. Argumentationen innebär därmed alltid ett inslag av subjektivism. Ett terapeutiskt anslag kan alltså mycket väl, som vi sett ovan angående tvångsvård, leda till ett paternalistiskt resultat, men det kan också vilket annat rättsområde som helst. Det följer naturligt av att rätten ständigt kommunicerar

---

<sup>253</sup> För att anspela på Svenssons och Gustafssons avhandlingar: "Genus och rätt" samt "Rättens polyvalens, en rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet".

med andra normerande fält. För polycentrikern blir därmed 'hjälpvetenskapen' betydligt mindre skrämmande än för monocentrikern och den blir definitivt mer avdramatiserad. Visserligen avskräcker Göteborgsskolan till viss del domaren genom att erbjuda en betydligt mer diffus rättsordning än vad en sluten syn på rätten erbjuder. Å andra sidan erbjuder polycentrin en kompass för att kryssa på ett hav som får den traditionella rättskälleläran att likna ett slarvigt ritat sjökort över en mindre insjö. Det finns antagligen inte något enkelt alternativ, fritt från vända, som ersätter en 'ren rättslära' fri från yttre påverkansfaktorer. Snarast står valet mellan olika, mer eller mindre, besvärliga modeller. Göteborgsskolan framstår då som ett *ärligt* sätt att hantera den rättsliga argumentationen. Ett argument som är högst relevant i ett välfärdssamhälle där den 'goda myndigheten' möjligen är ifrågasatt till följd av en nedtrappning av rättsliggörandet av välfärdsförmånerna.<sup>254</sup> I ett samhälle där fördelning efter behov inte alltid kan tillfredställas är det nödvändigt att på ett transparent sätt redovisa de fördelningsmässiga prioriteringarna. Genom att på ett mer öppet sätt redogöra för de rättsliga grundernas djupstruktur kan juridiska beslut vinna i legitimitet. Andra vetenskaper är i det sammanhanget ett nödvändigt verktyg, terapeutisk juridik i många fall ett lämpligt.

### 13 Avslutande reflektioner - Vad ska domaren tro på när rätten är en illusion och Herkules en myt?

Uppsatsens teoretiska djupstruktur har gjort en resa från ett värdeneutralt sökande där de icke-rättsliga faktorerna saknade relevans till ett pluralistiskt och öppet synsätt där icke-formellt rättsliga värderingar, medvetna och omedvetna, får större betydelse. Omedvetna referenser har naturligtvis alltid funnits där. Det är emellertid först under det senaste decenniet som de har blivit uppmärksammade i proportion till deras betydelse.

Ett polycentriskt perspektiv innebär ett realistiskt sätt att se på rätten där aspekter som tidigare definierats som utomrättsliga nu, med en polycentrisk metodologi, upptäcks som betydande påverkansfaktorer även ur en *intern* synvinkel. Domaren ges ett verktyg att på egen hand förstå de normerande processer som konstruerar rätten. En process som inte behöver kopplas till

---

<sup>254</sup> För en ingående redogörelse för den svenska välfärdsmodellen avseende sociala rättigheter, 1950-2000 se: Westerhäll Vahlne, Lotta, *Den starka statens fall?* Nordstedts juridik 2002. s. 631.

en formellt legitimerande grund. Polycentrin är alltså i första hand ett analysverktyg och inte ett incitament till att söka nya utomparlamentariska argument. Den mest uppenbara fördelen är, enligt min mening, möjligheten att vidga tankeramen om rättslig inverkan och därmed förhindra *omedvetna* snedvridningar. ”*Ifrågasättandet och medvetengörandet om komplexiteten är mycket viktigare än att ge en enkel och enhetlig bild*”, som Petrusson har uttryckt det.<sup>255</sup> Här finns utrymme både för ett nytt perspektiv på juristutbildningen, med större inslag av tvärvetenskapliga glimtar, men även för en utökad aktiv självrannsakan hos den enskilde juristen. Hur är det då med öppnandet för ett *medvetet* och aktivt sökande efter andra argument än de formellt juridiska? Ett designbaserat tänkande, som Glavå och Petrusson formulerar det. Är det möjligt för domaren att navigera i ett system där den formella viktningsreferensen avskaffas? Det kommer antagligen inte finnas mer tid eller plats för större rättsutredningar i framtidens domstol. Redan idag bär emellertid, som Sandgren uttrycker det, rättsliga beslut ”argumentationens halt”, och ett aktivt sökande efter lämpliga argument ingår redan i den juridiska metoden. En utökad verktygslåda behöver inte innebära en större arbetsbelastning. Den formella hierarkin ersätts helt enkelt av en normativ referens. En normativ referens som är möjlig att hantera eftersom polycentrin öppnar upp för en analys av rätten som avslöjar många av de påverkansfaktorer som tidigare varit dolda. Därmed kan domarens ’metanormer’, dvs. de principer som hjälper domaren att väga andra principer, bli synliga. En polycentrisk metod står och faller emellertid till stor del med frågan om de rättsliga argumentens normativa bas kommer att öppet redovisas. Ett medvetet dolt dekonstruerande skulle ge utrymme för illegitima normerande processer. Sökandet efter enhetliga förklaringar, i betydelsen kollektivt accepterade lösningar, måste även fortsättningsvis vara ett ideal. Det kan dock inte fortsätta att vara en förutsatt *utgångspunkt*. I sökandet efter de rättssäkra, effektiva och legitima lösningarna är externa referenser nödvändiga. Andra vetenskaper än den rättsvetenskapliga kommer därmed finnas som ett aktivt moment i domarens arbete.

Hur påverkas då domaren av en öppen attityd för inflytande från andra normerande fält, ett aktivt byggande av normer på principnivå och ett mer icke-maskinellt hanterande av rättsordningen? Vad ska domaren egentligen tro på? Förhoppningsvis leder det teoretiska paradigmskiftet till en ökad självinsikt och medvetenhet om skapandet av rättsliga beslut. Ett medvetet

---

<sup>255</sup> Petrusson, s. 47.

## Hjälpvetenskap eller vetenskaplig hjälp?

Erik Björling

---

subjektiv inslag istället för ett oreflekterat. Idealet blir att finna ett så välmotiverat subjektivt beslut som möjligt snarare än att värdeneutralt kryssa i ett orubbligt rättsligt objekt. Andra vetenskapliga grenar, än den rättsvetenskapliga, blir en naturlig referens istället för en sista utväg. Vetenskaplig hjälp, snarare än hjälpvetenskap.



## Källor

### Svenskt offentligt tryck

- SOU 2002:26, *Frigivning från livstidsstraff*

### Artiklar i boksamlingar

- Belfrage, Henrik, "Risk- och farlighetsbedömningar" i *Svensk rättspsykiatri*, red: Lars Lidberg och Nils Wiklund, Studentlitteratur 2004
- Belfrage, Henrik, "Riskbedömningar och våldsprevention" i *Handbok i rättspsykologi* red: Pär Anders Granhag och Sven Å Christianson, Liber 2008
- Dalberg-Larsen, Jörgen, "The Legal Profession in a Changing World" i *From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law*. Ed: Thomas Wilhelmsson och Samuli Hurri, Ashgate Publishing 1999
- Diesen, Christian, "Terapeutisk juridik" i *Handbok i rättspsykologi*, red: Pär Anders Granhag och Sven Å Christianson, Liber 2008
- Glavå, Mats, Petrusson, Ulf, "Law in a Global Knowledge Economy – Following the Path of Scandinavian Sociolegal Theory, i *Law and Society*, ed: Peter Wahlgren, *Scandinavian Studies in Law*, Volume 53
- Glavå, Mats, Petrusson, Ulf, "Illusionen om rätten! –Juristprofessionen och ansvaret för rättskonstruktionerna", i *Minneseminar for David Roland Doublet*, Fag Bokforl 2002
- Gräns, Minna, "Om interaktiv rättsdogmatik" i *Interaktiv rättsvetenskap*, red: Minna Gräns och Staffan Westerlund, Universitetstryckeriet 2006
- Petrucci, Carrie J. "Interpersonal Skills and the Psychology of Procedural Justice" i *Judging in a Therapeutic Key*, ed: Bruce J. Winick och David B. Wexler, Carolina Academic Press 2003

- Schma, William G, "Therapeutic Jurisprudence in Courts of General Jurisdiction" i *Judging in a Therapeutic Key*, ed: Bruce J. Winick och David B. Wexler, Carolina Academic Press 2003
- Winick, Bruce J, "Domestic Violence Court Judges as Risk Managers" I *Judging in a Therapeutic Key*, ed: Bruce J. Winick och David B. Wexler, Carolina Academic Press 2003

### Artiklar i tidsskrifter

- Diesen, Christian, "Terapeutisk juridik" i *Juridisk tidsskrift (JT)* Nr 1, 2001/02
- Gräns, Minna, "Om hjälpvetenskapernas betydelse för rättstillämpningen och rättsvetenskapen". i *Juridisk tidsskrift (JT)* Nr 3, 2006/07
- Heuman, Lars, "Hjälpvetenskapernas betydelse för rättstillämpningen och rättsvetenskapen", i *Juridisk Tidsskrift (JT)* Nr 4 2005/06
- Hallström, Pär, "Tvärvetenskap och internationella frågor" i *Tvärvetenskapliga angreppssätt i rättsvetenskapen, Skrifter från Juridiska institutionen vid Umeå universitet* No 1/2000
- Lindblom, Per Henrik, "Domstolarnas växande samhällsroll och processens förändrade funktioner – floskler eller fakta?" i *Svensk juristtidning (SvJT)* 2004 s 229-262
- Mutén, Leif, "Olika vetenskapernas olika språk – en komplikation för avhandlingsskriivare" i *Tvärvetenskapliga angreppssätt i rättsvetenskapen, Skrifter från Juridiska institutionen vid Umeå universitet* No 1/2000
- Sandgren, Claes, "Vad gör juristen? Och Hur? – del II" i *Juridisk tidsskrift (JT)* Nr 4, 1999-00
- Sandgren, Claes, "Vad gör juristen? Och Hur?" i *Tvärvetenskapliga angreppssätt i rättsvetenskapen, Skrifter från Juridiska institutionen vid Umeå universitet* No 1/2000
- Sandgren, Claes, *Debatt, är rättsdogmatiken dogmatisk?* TfR 4-5/2005

## Övrig litteratur

- Ekelöf, Per Olof, *Rättegång, fjärde häftet*, 6:e upplagan, Nordstedts Juridik 1992
- Ekelöf, Per, Olof, Edelstam, Henrik, *Rättegång, första häftet*, 8:e upplagan, Nordstedts juridik 2002
- Glavå, Mats, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund*, Nordstedts Juridik 1999
- Gustafsson, Håkan, *Rättens polyvalens, En rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet*, Sociologiska institutionen, Lunds universitet 2002
- Hellner, Jan, *Metodproblem i rättsvetenskapen: studier i förmögenhetsrätt*, Jure 2001
- Jacobsson, Maritha, *Terapeutens rätt, rättslig och terapeutisk logik i domstolsförhandlingar*, Umeå universitet 2006
- Kelsen, Hans, *Den rena rättsläran*, Thales 2000
- Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Nordstedts Juridik 1995
- Petrusson, Ulf, *Patent och industriell omvandling*, Nordstedts juridik 1999
- Simmonds, Nigel E, *Juridiska principfrågor*, Nordstedts Juridik 1988
- Strömberg, Tore, *Rättsfilosofins historia i huvuddrag*, 3:e upplagan, Studentlitteratur 1989
- Strömholm, Stig, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 5:e upplagan, Nordstedts Juridik 1996
- Svensson, Eva-Maria, *Genus och rätt, en problematisering av föreställningen om rätten*, Iustus förlag 1997
- Wahlgren, Peter, *Juridisk riskanalys*, Jure 2003
- Westerhäll Vahlne, Lotta, *Den starka statens fall?* Nordstedts juridik 2002