



LUND UNIVERSITY

Rättssociologiska reflektioner om skadeståndslagen

Dahlstrand, Karl

Published in:
Skadeståndslagen 50 år

2022

Document Version:
Förlagets slutgiltiga version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Dahlstrand, K. (2022). Rättssociologiska reflektioner om skadeståndslagen. I J. Chamberlain, S. Hellborg, S. Hovi, D. Johansson, & K. Stenlund (Red.), *Skadeståndslagen 50 år* (s. 97-116). Iustus förlag.

Total number of authors:
1

Creative Commons License:
Ospecificerad

General rights

Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: <https://creativecommons.org/licenses/>

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LUND UNIVERSITY

PO Box 117
221 00 Lund
+46 46-222 00 00

Skadeståndslagen
50 år

Redaktörer

Johanna Chamberlain, Sabina Hellborg, Sara Hovi,
David Johansson & Karolina Stenlund

© Författarna och Iustus Förlag AB, Uppsala 2022

Upplaga 1:1

ISBN 978-91-7737-205-9

Produktion: eddy.se ab, Visby 2022

Omslag: John Persson

Förlagets adress: Box 1994, 751 49 Uppsala

Telefon: 018-65 03 30

Webbadress: www.iustus.se, e-post: kundtjanst@iustus.se

Printed by Dimograf, Poland 2022

Innehåll

Förord	7
Håkan Andersson <i>Skiss till en essä om 1972 års lag och 1968 års idéer</i>	11
Bertil Bengtsson <i>Skadeståndslagstiftningen och försäkringstanken</i>	31
Mia Carlsson <i>Skadeståndslagen och principalansvaret – reglering av en ansvarsrelation</i>	47
Johanna Chamberlain <i>Skadeståndslagens begrepp och utvecklingen i praxis – exemplet integritetskränkningar</i>	85
Karl Dahlstrand <i>Rättssociologiska reflektioner om skadeståndslagen</i>	97
Sandra Friberg <i>Skadeståndsansvar och psykisk störning</i>	117
Sabina Hellborg <i>Arbetsgivarens skadeståndsansvar vid arbetsplatsmobbing</i>	139
David Johansson <i>Rättegångsbalkens bevislätnadsregel och fastställande av skadestånd</i>	157
Svante O. Johansson <i>Alternativa eller exklusiva skadeståndsregler</i>	179

Innehåll

Jan Kleineman	
<i>Bör ansvarsregeln avseende ren förmögenhetsskada i SkL tas bort?</i>	197
Eva Lindell-Frantz	
<i>Aktiebolagets organansvar i utomobligatoriska sammanhang</i>	205
Marcus Radetzki	
<i>Bruksvärdets innebörd och betydelse vid beräkning av skadestånd avseende sakskada</i>	227
Mårten Schultz	
<i>Ideell skada i skadeståndslagen: särskilt om särskild anhörigersättning</i>	241
Karolina Stenlund	
<i>Perspektiv på problemen med punitiva skadestånd</i>	257
Magnus Strand	
<i>Skadeståndslagen och AI-tekniken</i>	275
Erland Strömbäck	
<i>Faktiska förlusten blev personskaderättens ledstjärna</i>	295
Författarpresentationer	311

Karl Dahlstrand

Rättssociologiska reflektioner om skadeståndslagen

Inledning och bakgrund

När skadeståndslagen blev gällande svensk rätt den 1 juli 1972 hade lagstiftningsprocessen pågått sedan strax efter andra världskrigets slut. Lagen byggde på tre olika utredningar; SOU 1957:36, 1963:33 och 1964:31. Ändå ansågs inte den då nya skadeståndslagen som särskilt ”radikal” när den kom, dess grundläggande principer uppfattades ha betydande likhet med 6 kap. strafflagen från 1864.¹ Trots det långa och omfattande reformarbetet fortsatte en ny skadeståndskommitté, efter den nya skadeståndslagens tillblivelse, att anpassa och reformera skadeståndsrätten (SOU 1971:83, SOU 1972:12, SOU 1973:51 och SOU 1975:103). Det genomfördes även en förberedande utredning; *Rättssociologisk undersökning av skadeståndsrätten* (SOU 1969:58), som presenterade behovet att utvärdera och anpassa de skadeståndsrättsliga reglerna efter deras funktioner i samhället.

På ett sätt kan lagen ses som ”frusen politik” i meningen att lagtexten antas spegla det rättspolitiska klimatet som dominerade vid lagstiftningsprocessen.² I skadeståndslagens fall kan dock liknelsen diskuteras eftersom det här snarare rörde sig om en slags kodifiering av skadeståndsrätten i ramlagsform. Men just att det rörde sig om en kodifiering av hur rättsläget

¹ Hellner (1976) ”Skadeståndsrätt”, Stockholm: Almqvist & Wiksell, s. 11.

² Hydén (2002) ”Rättssociologi som rättsvetenskap”, Lund: Studentlitteratur, s. 209.

uppfattades utifrån en omfattande utredningsperiod gör att lagens tillblivelse och utformning är intressant som en spegling av dess samtid.

De förändrade samhällsförhållandena och modernismens genombrott gjorde att teman som grunderna för skadeståndsrättens utformning, skadeståndets funktioner, skadeståndsansvarets grund och allmänhetens uppfattning om skadeståndsreglerna ansågs rättvisa diskuterades i utredningar och doktrin. Jan Hellner skriver exempelvis i läroboken *Skadeståndsrätt* (boken brukar beskrivas som ett standardverk på skadeståndsrättens område) några år efter den nya skadeståndslagen: ”Skadeståndsrätten anses ge uttryck bl.a. åt ett krav på upprättelse som överensstämmer med det allmänna rättsmedvetandet, särskilt när skada har orsakats uppsåtligen men även när den inträtt genom oaktsamhet.”³ Det är dock ”vanskligt att bygga på rättskänslan” konstaterar Hellner.⁴ Det är intressant att betydelsen av ett fenomen som den allmänna rättskänslan diskuteras i läroboken. I en senare upplaga av samma bok diskuteras grunderna för skadeståndsrättens utformning och särskilt skadeståndets funktioner och då presenteras dessa som reparation, placering av kostnaden för skador, pulvrisering av förlusterna, (ekonomisk) prevention och andra funktioner.⁵ Framställningen ger ett mer *deskriptivt* intryck i jämförelse med den *explorativa* som framträdde i lärobokens tidigare upplagor. Vad var det som hände? Vilket rättspolitiskt klimat formade skadeståndslagens tillblivelse? En artikelsökning ger vid handen att den då nya skadeståndslagen inte gavs särskilt mycket uppmärksamhet i dagstidningarna. Att den nya lagen föregåtts av 20 års utredningsarbete nämndes, och att det skulle borga för att skadeståndsreglerna nu skulle vara mer samhällsanpassade än tidigare lyftes även fram. Men också att det var frågan om en ramlag, där tidigare etablerade rättsprinciper och grundsatser, nu kodifierades i lagtexten noterades. En förändring som dock särskilt betonades, främst i den socialdemokratiska pressen, var att den generella principen om att arbetsgivare ansvarar för arbetstagares vållande infördes i 3 kap. 1 § SkL, alltså ansvar för annans vållande (principalansvar). Annars gavs således den första svenska skadeståndslagen inte särskilt mycket uppmärksamhet vid lagstiftningen för 50 år sedan. Den dåvarande justitieministern Lennart Geijer, justitieminister från 1969 till 1976, var påtagligt aktiv i en tid av relativt snabba samhällsförändringar – särskilt de inom kriminalpolitiken och arbetsrätten brukar framhållas. Att det samtidigt med den nya skadeståndslagen också tillkom en lag om att man måste vara 18 år för att

³ Hellner (1976) ”Skadeståndsrätt”, Stockholm: Almqvist & Wiksell, s. 24.

⁴ Ibid.

⁵ Hellner & Radetzki (2018) ”Skadeståndsrätt”, Stockholm: Norstedts Juridik, s. 37 ff.

få dricka mellanöl på krogen och köpa öl i butik, kom delvis att överskugga den skadeståndsrättsliga milstolpen i medierapporteringen. Sammanfattningsvis var det en synnerligen välutredd lagtext som antogs av riksdagen 1972. Eller med Bill W. Dufwas ord: "[...] på det hela taget framträder här en lag av *hög klass* som svenska jurister har anledning känna stolthet över."⁶

Detta kapitel är skrivet utifrån ett rättssociologiskt perspektiv på temat *skadeståndslagen 50 år* och kommer att ta sin utgångspunkt i Jan Hellners ovannämnda betänkande *Rättssociologisk undersökning av skadeståndsrätten* (SOU 1969:58). Den då dominerande rättsrealistiska förståelse av rättsordningens funktion i samhället, vilken ligger nära rättssociologins fokus på normer och betydelsen av social konformitet för regelföljandet, kommer särskilt att lyftas fram. Därtill vill jag presentera och kommentera några rättssociologiskt relevanta undersökningar för skadeståndsrätten och relatera resultaten till performativitetsbegreppet inom rättsteorin,⁷ främst i relation till de skadeståndsrättsliga begreppen kränkning och upprättelse, samt något om hur dessa begrepp har utvecklats sedan skadeståndslagens tillkomst utifrån formalism och instrumentalism.⁸

Några kommentarer om skadeståndslagens tillblivelse och dess kontext

Innan framställningen övergår till att närmare presentera och kommentera vilket idéarv som kan antas ha format skadeståndslagens tillblivelse bör Ivar Strahls betydelse i sammanhanget nämnas. Ivar Strahl var synnerligen drivande för att modernisera och anpassa skadeståndsrätten under mitten av 1900-talet. Han publicerade 1950 en förberedande utredning på skadeståndsrättens område som kan ses som startskottet till de kommande utredningar som låg till grund för skadeståndslagen 1972. I en recension av ett skadeståndsrättsligt verk av Vilhelm Lundstedt från 1944 resonerar Strahl om skadeståndsansvarets relation till skuld och rättvisa. Han ställer då en traditionell syn på skadeståndsrätten förankrad i rättvisan, antingen mer allmänt och abstrakt eller som uttryck för rättviseföreställningar hos medborgarna, mot en skadeståndsrätt som är utformad på ett för samhällslivet ändamålsenligt sätt. Strahl skriver:⁹

⁶ Dufwa, SvJT (2002) s. 956.

⁷ Olivecrona (1984) "Rättsordningen: Idéer och fakta", Lund: Gleerup. Jfr Gustafsson (2011) "Dissens: Om det rättsliga vetandet", Göteborg: Juridiska Institutionen, Göteborgs universitet.

⁸ Jfr Schultz (2007) "Kausalitet: Studier i skadeståndsrättslig argumentation", Stockholm: Stockholms universitet, s. 116 ff.

⁹ Strahl, SvJT (1945) s. 369.

Skadeståndsrätten bör därvid ses i samband med försäkringsväsendet, inklusive socialförsäkringen, och målet bör vara en rationell samordning av dessa institut. Skadeståndsrätten bör med ett ord sagt målmedvetet inpassas som ett i samspel med andra verkande led i samhällslivets organisation för att bereda medborgarna behovstillfredsställelse. Från denna socialpolitiska synpunkt kunna avsevärda förändringar i den gällande skadeståndsrätten befinnas påkallade.

Att bortse från rättviseföreställningarna hos medborgarna vore ”visserligen icke lyckligt” skriver Strahl eftersom skadeståndsansvaret bör utformas på sådant sätt att det tillgodoser samhällslivets behov. I fokus står dock att det för ”samhällets ekonomiska liv så betydelsefulla skadeståndsinstitutet blir utformat på ett för samhällslivet ändamålsenligt sätt”.¹⁰ Skadeståndsinstitutets samhällsekonomiska betydelse ska medvetet ställas i förgrunden vid behandlingen av problemen, skriver Strahl. Formuleringarna har uppfattats som en form av programförklaring för den moderna svenska skadeståndsrätten med ett tydligt funktionsperspektiv där (social)försäkringar lyfts fram som en rationell lösning bort från fokus på skuld och ansvarsutkrävande utifrån abstrakta rättvisepprinciper. I stora drag ställde sig Strahl positiv till Lundstedts rättsrealistiska rättssyn.¹¹ Strahl delade även Karl Olivecronas rättsrealistiska rättssyn men han värjde sig mot den ibland säregna terminologin så som ”fristående imperativ”. Strahl skriver, sammanfattningsvis, att rättsreglerna främst är befallningar som verkar som påtryckningsmedel av de rättsvårdande myndigheterna med syftet att reglerna följs i det levande livet.¹² Utgångspunkten var fokus på realismen i motsats till det abstrakta, ett realistiskt betraktelsesätt handlar om, som Strahl själv uttrycker det, att hålla ”[...] sig på verklighetens fasta mark i den meningen, att ingenting antagits existera som ej kan med visshet konstateras i verklighetens värld.”¹³ Samtidigt ligger nog här en inneboende spänning eller motsägelse mellan den realistiska ambitionen att förankra rätten i de rådande praktiska förhållandena mot en mer teoretiskt abstrakt rättsrealism, som i Olivecronas tappning via J L Austins performativitetsteori är besläktad med nominalismen. Med nominalism avses den skolastiska uppfattningen att allmänbegreppen

¹⁰ Ibid.

¹¹ Håkan Hydén har beskrivit det ”rättsrealistiska paradigmet” från ett rättssociologiskt perspektiv som att det inte krävs några rättsregler före rättstillämpningen utan de materiella rättsreglerna skapas i det särskilda fallet med vissa representativitetsproblem som följd. Bristen på rättsregler skriver Hydén är [”...] detta paradigms raison d’être bestämmas av viljan att uttröna vilka normer som egentligen vägleder beslutfattaren när han fattar beslut...”. Hydén (2002) ”Rättssociologi som rättsvetenskap”, Lund: Studentlitteratur, s. 58 f.

¹² Strahl, SvJT (1942) s. 239.

¹³ Strahl, SvJT (1941) s. 318. Jfr Stenlund (2021) ”Rättighetsargumentet i skadeståndsrätten”, Uppsala: Iustus, s. 113.

inte har någon objektiv existens utan enbart är namn (nomina) och kan därmed närma sig en formalistisk hållning och stå i opposition till realism. Att rätten ytterst ses som en konstruerad uppsättning regler, som stämmer eller gäller så länge som reglerna åtföljs, skulle kunna medföra att en sådan sak som återkoppling avseende rättens verkan blir av underordnad betydelse och därmed outvecklad.¹⁴

Karolina Stenlund har i den aktuella avhandlingen *Rättighetsargument i skadeståndsrätten* (2021) presenterat och diskuterat rättighetsterminologin i svensk skadeståndsrätt under 150 år och ingående behandlat den skandinaviska realismens betydelse för den rättskultur som skadeståndslagen växte fram ur. Stenlund beskriver grunden i Hägerströms rättsfilosofi och uppfattningen om att rätten och rättssystemet utgörs av ett samhällsmaskineri i vilket människorna är kuggarna, tron på rättigheter, rättvisa, skuld och liknande begrepp är funktionella ”smörjmedel” utan eget värde.¹⁵ Fokus kom att ligga på samhällsnyttan och ”realiteterna”. Genom vad Stenlund kallar för ”de stora försäkringslösningarnas tid”¹⁶ kom samhällsnyttan ställas i förgrunden medan rättigheter, skyldigheter och ansvarsutkrävande fick ett begränsat inflytande. Stenlund lyfter även fram ”bristen på tillit till medborgarnas omdömesförmåga”¹⁷ som tidstypisk. Strahls betoning av allmänna systemlösningar utifrån den då dominerande rättspolitiska linjen som präglades av social ingenjörskonst och pragmatism innehåller en intressant paradox som kommer att presenteras nedan.

Å ena sidan innebar Strahls betoning av tillfredsställelse av sociala och reella behov utifrån samhällsnyttan att det uppfattades som om skadeståndsrätten via betoningen av försäkringslösningarna kom att bli en form av socialpolitik eller rättssociologi. Denna tendens blev också kritiserad av mer traditionella skadeståndsrättare.¹⁸ Betoningen på kollektiva systemlösningar med försäkringar i fokus innebar samtidigt en nedvärdering av rättsmedvetandets och den kollektiva rättskänslans betydelse. Bristen på förtroende för medborgarnas omdömesförmåga, och indirekt deras möjlighet att rikta individuella anspråk mot varandra, är ”ögonbrynshöjande” skriver Stenlund,¹⁹ detta arv kan delvis ha levt kvar, något jag kommer att

¹⁴ Jfr vad Peter Wahlgren skriver om den underutvecklade metoden att beakta återkoppling om lagars verkan vid lagstiftningen. Wahlgren (2014) ”Lagstiftning. Rationalitet teknik möjligheter”, Stockholm: Jure, s. 235.

¹⁵ Stenlund (2021) ”Rättighetsargumentet i skadeståndsrätten”, Uppsala: Iustus, s. 103.

¹⁶ Ibid., s. 110.

¹⁷ Ibid., s. 117.

¹⁸ Ibid., s. 118.

¹⁹ Ibid., s. 117.

återkomma till längre fram. Att försäkringslösningarna skulle riskera medföra en förlorad kontakt med rättsmedvetandet var också en av den samtida kritiken mot Strahls reformförslag på 1950-talet.²⁰ Så å andra sidan innebar utvecklingen ett ökat avstånd, paradoxalt nog, gentemot den sociala kontext vari rättsområdet skulle verka. Även om inte Strahl fick ett betydande genomslag på skadeståndslagen utifrån den förberedande utredningen, då den slutgiltiga lagstiftningsprodukten ofta snarare präglas av kompromisser och avvägningar, så kan skadeståndskommittén och senare skadeståndslagen sägas utmärkas av ”kollektiva försäkringslösningar och en minimalistisk skadeståndslag”.²¹ Försäkringskollektivet genom generella funktionsperspektiv utifrån nationalekonomiska, rättekonomiska och socialpolitiska argument har beaktats utöver mer traditionella skadeståndsrättsliga dito. ”En socialisering och administrering av rätten skedde således – även om den aldrig kom att bli genomförd på så sätt som Strahl förordade” kommenterar Stenlund utvecklingen.²² Stenlund fortsätter: ”Mitt i allt detta gjordes även en tidstypisk rättssociologisk utredning om relationen mellan de olika rättsområdena av Hellner, vilken i och för sig aldrig ledde till några särskilda lagstiftningsåtgärder.”²³ Egentligen genomförde Hellner ingen egen rättssociologisk undersökning som presenterades i SOU 1969:58 *Rätts-sociologisk undersökning av skadeståndsrätten: förberedande utredning*, utan han presenterade och diskuterade behovet och förutsättningarna för en kommande rättssociologisk undersökning inom rättsområdet. Beslutet att tillsätta en utredning togs 1966. Syftet var ”[...] att undersöka möjligheterna att genomföra en rättssociologisk undersökning av försäkrings inverkan på skadeståndslagstiftningen och söka utarbeta riktlinjer för en sådan undersökning.”²⁴ Som justitieminister lyfte även Lennart Geijer fram försäkringarnas värde. Kritiken var dock att risktagandet samtidigt kan öka

²⁰ Ibid., s. 119. Förslagen och reaktionerna påminner om det samtida och relativt närliggande förslaget, som också Strahl hade medverkat till, att ersätta den dåvarande strafflagen från 1864 med en radikalt modern och på samhällsskyddsgrunden utformad skyddslag (SOU 1956:55). Även här antas den då dominerande rättsrealismen haft ett betydande inflytande. Andersson och Nilsson skriver i boken ”Svensk kriminalpolitik”: ”Straffets syfte var att tjäna samhällsnyttan och upprätthålla den sociala ordningen. Straffen handlade med andra ord inte, som för de klassiska straffrättstänkarna, om rättvisa och skuld utan om att medborgarna skulle avhållas från att utföra samhällsfarliga handlingar.” Andersson & Nilsson (2017), ”Svensk kriminalpolitik”, Stockholm: Liber, s. 77. Motsvarande tankegångar kan även skönjas i Ekelöfs funktionsperspektiv på rättsprocessen inom den samtida processrätten.

²¹ Stenlund (2021) ”Rättighetsargumentet i skadeståndsrätten”, Uppsala: Iustus, s. 120.

²² Ibid., s. 122.

²³ Ibid., s. 123.

²⁴ SOU 1969:58, s. 3.

och därför lyftes behovet av rättssociologiska och rättspsykologiska undersökningar fram om hur rättsreglerna kan påverka beteendet.

Sammanfattningsvis ser både Strahl och Geijer de kollektivistiska försäkringslösningarna som ett rationellt och effektivt sätt att uppnå att de skadelidande får sina skador reglerade. De då inflytelserika rättsrealistiska tankegångarna med företrädare som Lundstedt och Olivecrona beskriver rätten som ett medel, bland andra, för att styra samhället och medborgarnas beteenden i en för kollektivet ändamålsenlig riktning.²⁵ En av de som på senare tid kanske tydligast kritiserat denna modell från skadeståndsrättsligt håll är Bill W. Dufwa:²⁶

I ett system som det svenska, där socialförsäkringen saknar regressrätt, innebär en vidare överflyttning till socialförsäkringen av skadeståndsansvar vid personskada, att skadeståndsrätten socialiseras i orimlig omfattning. Det finns ingen fördel med en sådan överföring. Skadeståndsrätten är vid sidan av de kollektiva ersättningsanordningarna det enda individuellt inriktade ersättnings-systemet. Ett sådant har ett särskilt värde i det demokratiska samhället. Det är människans sista möjlighet att åstadkomma en förändring, att protestera, att framtvinga en utredning och härigenom tillfredsställa sitt ohjälpliga behov av förklaring till vad som har hänt. Det blir den lilla människans sista chans till upprättelse. För aspekter som dessa gav Strahls idéer inte det minsta utrymme.

Även Mårten Schultz har diskuterat de övergripande dragen inom svensk skadeståndsrätt, som att rättsekonomiska tankegångar finns hos rättsrealisterna (Lundstedt) delvis uttryckt genom betoningen av samhällsnyttan och kritiken av rättviseteorin, men också att skadeståndsrättens individualistiska karaktär står fast, trots de kollektivistiska tendenserna.²⁷

Gällande rätt kan ofta beskrivas som en pragmatisk avvägning mellan olika principer, intressen, perspektiv etc.²⁸ Inom skadeståndsrätten har Schultz beskrivit spänningen mellan formalism (jfr ovan om Olivecronas teoretiska influens) och instrumentalism i form av en spänning mellan intern rättsdogmatik (formalism) och externa målsättningar och vär-

²⁵ Det kan noteras att en av Karl Olivecronas lärjungar, Per Stjernquist, utsågs 1972 till Sveriges första professor i rättssociologi vid Lunds universitet, alltså samma år som Sveriges första skadeståndslags tillkomst.

²⁶ Dufwa, SvJT (2002) s. 958.

²⁷ Schultz (2007) "Kausalitet: Studier i skadeståndsrättslig argumentation", Stockholm: Stockholms universitet, s. 180 ff.

²⁸ Jfr Anna Christensens teori om normativa grundmönster som handlar om hur sociala normer och värderingar påverkar rättsutvecklingen över tid, exempelvis mellan olika normativa poler som skydd för etablerad position, marknadsfunktionalitet och rättvis fördelning. Christensen (1996) "Skydd för etablerad position - ett normativt grundmönster", Oslo: Universitetsforlaget.

den (instrumentalism).²⁹ Schultz beskriver den rådande formalistiska hållningen, med referens till Ernest Weinrib, inom den svenska rättsdogmatiska skadeståndsrätten:

”Tanken är att kopplingen mellan det juridiska systemet och utomrättsliga normer inte behövs, kanske till och med bör undvikas. De värderingar som kan lokaliseras inom systemet är tillräckliga. Det finns inte något behov av externa principer för att rättfärdiga systemet och för vägledning i komplicerade fall får man förlita sig på de normer som finns nedlagda i systemet.”³⁰

Om det ligger något i den generella beskrivningen att arvet från den skandinaviska rättsrealismen innebär en viss ”värdelöshet” kan det befaras att den svenska skadeståndsrätten präglas av å ena sidan en tom formalism och/eller en instrumentalism där rättsområdet riskerar att suddas ut och likställas med någon form av allmän politisk-administrativ beteendestyrning. Om då tron på de allomfattande modellerna försvagas riskerar en kris uppstå, som samtidigt kan öppna upp för andra perspektiv. Ett relativt tydligt exempel på ett försök till ett perspektivskifte är Thomas Wilhelmssons presentation av en ”senmodern ansvarsrätt” där privaträtten ses som ett redskap för olika mikropolitiska processer, notera dock att Wilhelmsson gör det med ett tvärvetenskapligt och praktiskt perspektiv.³¹ Men det kan också sägas finnas motreaktioner i form av en formalism som går längre än rättsdogmatik och som i en analytisk tradition söker efter vad som kan sägas utgöra rättsområdets mening. De olika perspektiven kanske sällan tydliggjorts i debatten på ett så inlevelsefullt sätt som när Joel Samuelsson recenserade Håkan Gustafssons bok *Dissens. Om det rättsliga vetandet* (2011):

”Ja, nästa gång någon frånkänner de rättsliga fenomenen existens, och tror sig ha förmedlat en djup insikt, åker vederbörande på en propp! (Känsloläget.) Den antimetafysiska kritiken av juridiken är överspelad. Realismen är (också i denna

²⁹ Schultz (2007) ”Kausalitet: Studier i skadeståndsrättslig argumentation”, Stockholm: Stockholms universitet, s. 116 ff.

³⁰ Ibid., s. 119.

³¹ Wilhelmsson (2001) ”Senmodern ansvarsrätt: privaträtt som redskap för mikropolitik”, Uppsala: Iustus. Som ett bredare försök att lyfta fram och förankra rättslig argumentation i något mer och annat än traditionell intern formalism eller extern samhällsinstrumentalism kan möjligen en annan finsk rättsvetare nämnas. Jag tänker på Kaarlo Tuoris kritiska rättspositivism, om att rättskulturen och rättens djupstruktur kan användas för att kritiskt spegla och argumentera om rättens ytnivå i form av den rättspositivistiskt gällande rätten uttryckt i enskilda §:er. Genom att betona och lyfta fram rättens olika nivåer och dimensioner synliggörs förändringstendenser och nya argument men också interlegaliteten bortom dualismer som monism och pluralism. Jfr Touri, Retfaerd (1999) s. 5–18.

vida mening) död. D Ö D!!! (Och här kan man föreställa sig att jag hoppar upp och ned för emfas.)³²

Det kan noteras att både Gustafsson och Samuelsson är, i likhet med Olivecrona, tydligt influerade av Austins performativitetsteori. Nedanför kommer jag att närmare kommentera relevansen av performativitetsteorin utifrån några i sammanhanget relevanta teman och anmärkningar. Men innan ska några sammanfattande noteringar göras om de debatter som förts om hur skadeståndslagen ska bedömas. En slutsats är att det finns flera ståndpunkter och olika författare har lagt olika innebörder i de olika begreppen och perspektiven. Det kan även noteras att Dufwas kritik mot ersättningsrätten, som främst rör sig på makronivå, delvis berör de risker och problem som på 1960-talet motiverade behovet av rättssociologiska undersökningar om hur ett kollektivistiskt system förhåller sig till ansvarsdimensionen, medborgarnas risktagande utifrån teman som rättskänsla och allmänt rättsmedvetande. Till stor del kvarstår väl dessa frågor obesvarade, även om försök gjorts för att empiriskt undersöka saken.

Några performativa anmärkningar av skadeståndsrättslig relevans

Som presenterats ovan kan ett rättsområde som det skadeståndsrättsliga sägas över tid röra sig mellan olika normativa grundmönster som här angetts vara spänningen mellan formalism och instrumentalism. Vi kan se spåren i skadeståndslagens förarbeten, i praxis och i debatten inom doktrinen. Grovt uttryckt skulle man kunna förenkla det till en beskrivning där den rättspolitiska kontext som format skadeståndslagen kan sägas ha formats av instrumentalism (samhällsnyttan) medan doktrin och delvis praxis formats av formalism (strävan efter koherens). Denna problematik har intresserat mig sedan några år och jag har identifierat att den blir särskilt tydlig när det kommer till hur skadestånds- och ersättningsrätten förhåller sig till ideella skador så som kränkning. Att ideellt skadestånd, kanske särskilt ersättning för kränkning, är ett problematiskt rättsområde har återkommande uppmärksammats. Den grundläggande principen om full ersättning gäller även vid ideell skada och delvis utifrån den utgångspunkten följer en rad motsättningar mellan skönsmässig och schabloniserad bedömning av skadan (hur värderingen ska göras) och om det är gärningen som utgör kränkningen, som belyser de gärningsrelaterade omständigheterna, eller om det är en skadety

³² Samuelsson, JT (2012–13) s. 734.

där den skadelidandes situation står i centrum. Därtill finns frågorna hur ersättningen förhåller sig till syftet att vara reparativt och kompensera samt ge upprättelse och därtill preventionsfrågan och ersättningens sociala symbolvärde, ja det finns flera ersättningsproblem här.³³

Utmaningarna kring de ideella skadorna och dess bestämmande resulterade i att möjligheten till ersättning för skador som kränkningen medfört begränsades vilket resulterar i att de underliggande värden och skyddsintressen som konstituerar kränkningen ”bakbinds” på ett problematiskt sätt. Även om kränkningersättningen kan tänkas utgå från värden som rättvisa eller integritet som skyddsintresse i enlighet med ett instrumentalistiskt synsätt från lagstiftarens sida medför formalismen att dessa målsättningar och värden begränsas i praktiken. Jag har tidigare försökt beskriva detta fenomen i en rättssociologisk uppsats med titeln *Den anomiska rätten. Om undantagskonstruktionen av de rent ideella kränkningersättningarna*.³⁴ Oavsett hur man ser på saken kan nog de flesta enas om att rättstillämpningen överlag saknat motiveringar till hur rättstillämparen gjort bedömningen vid skadestånd- eller ersättningsbestämningen vid kränkning. Det ”[...] saknas tyvärr ofta motivering till de olika beloppsbestämningarna” skriver exempelvis Sandra Friberg i sin avhandling.³⁵ Att den enskilde ska behöva göra en egen omfattande rättsdogmatisk undersökning eller ta del av doktrinen som försöker systematisera och strukturera rättsområdet för att förstå principerna som kan antas bestämma ersättningsordningen kan framstå som problematiskt såväl ur formalistiskt som instrumentalistiskt perspektiv. Särskilt när det kommer till brottsskadeersättningen som är ett behovsriktat system med en tydlig social funktion.³⁶

Behovet av att motivera och förklara såväl enskilda avgöranden som systemets inre moralitet kan antas öka när skadeståndslagen 5 kap. 6 § den

³³ Andersson (2017) ”Ersättningsproblem i skadeståndsrätten: Skadeståndsrättsliga utvecklingslinjer. Bok III”, Uppsala: Iustus; Friberg (2010) ”Kränkningersättning: Skadestånd för kränkning genom brott”, Uppsala: Iustus; Schultz (2008) ”Kränkning: Studier i skadeståndsrättslig argumentation”, Stockholm: Jure. Delvis liknande problematik kan även identifieras inom den närliggande diskrimineringsersättningen, se Hellborg (2018) ”Diskrimineringsansvar: En civilrättslig undersökning av förutsättningarna för ansvar och ersättning vid diskriminering”, Uppsala: Iustus. Vid skadeståndslagens tillkomst fanns enligt 5 kap. 1 § SkL en skyldighet att utge ersättning för *lidande* vid vissa brott mot den personliga friheten, 2002 ändrades lagtexten från lidande till kränkning delvis för att betona att det inte rör sig om en subjektiv upplevelse på det sätt som psykiskt lidande vid personskada gör, jfr prop. 2000/01:68, s. 49.

³⁴ Dahlstrand (2007) ”Den anomiska rätten. Om undantagskonstruktionen av de rent ideella kränkningersättningarna”, Lund: Rättssociologiska institutionen Lunds universitet.

³⁵ Friberg (2010) ”Kränkningersättning: Skadestånd för kränkning genom brott”, Uppsala: Iustus, s. 740.

³⁶ Ibid., s. 424 ff.

1 juli 2022 får en ny lydelse som innebär att skadestånd med anledning av kränkning ska bestämmas utifrån vad som är skäligt så att den kränkte får upprättelse.³⁷ Friberg hänvisar till Ekstedt i sin framställning om syftet med ersättning för ideell skada vid personskada och särskilt om upprättelsefunktionen och noterar att upprättelse står för en värdering som kan göras av den skadelidande eller en utomstående, bedömningen av upprättelsen blir en fråga om hur den skadelidande eller en utomstående uppfattar skadeståndet.³⁸ Behovet av återkoppling om hur rättstillämpningen upplevs och uppfattas kan också därför antas öka. Om ”värdering av det ovärderliga” skriver Friberg vidare angående upprättelsesyftet ”[...] att det är mycket svårt, för att inte säga omöjligt, att avgöra hur skadeståndet skall bestämmas för att innebära att den skadelidande får upprättelse. Det kan inte sägas vilka ersättningsnivåer som är nödvändiga för att uppnå den åsyftade verkningen.”³⁹ Friberg diskuterar även att upprättelse kan ses i ett vidare perspektiv som en symbolisk fråga om erkännande och ansvarsutkrävning, men såväl Ekstedt som Friberg är skeptiska till upprättelse som mål med ersättningen delvis på grund av de historiska kopplingarna till känslodimensioner som hämnd och vedergällning. Istället lyfts att skadestånd vid ideell skadestånd och ersättning vid kränkning skall utgöra ett vederlag och verka som ett bidrag till upprättelse genom dess symbolvärde.⁴⁰ Dessa spörsmål, om upprättelsefunktionens sociala och instrumentalistiska sida som bryter igenom den rättsdogmatiska och formalistiska inomrättsliga enheten, kan relateras till den ovan presenterade performativitetsteorin. Med performativitet riktas fokus på handlingsaspekten, med vilken effekt eller verkan något yttras eller framförs, inte mot dess formella betydelse.

Håkan Gustafsson har med eftertryck argumenterat för att jurister har ett ”performativt ansvar” för hur gällande rätt presenteras. Det kan därför i ett sådant här sammanhang, där reflektioner om en lagstiftning och rättsområde görs med något mer bredare penseldrag, vara relevant att beakta ett sådant perspektiv. Nedanför återges en kort programförklaring om det performativa ansvaret enligt Gustafsson:⁴¹

³⁷ SOU 2021:64, s. 38.

³⁸ Friberg (2010) ”Kränkningers ersättning: Skadestånd för kränkning genom brott”, Uppsala: Iustus, s. 366.

³⁹ *Ibid.*, s. 733.

⁴⁰ *Ibid.*, s. 366 ff. Eftersom en stor del av kränkningers ersättningen utbetalas av offentliga medel kan det liknas vid att staten vedergäller sig själv för att indirekt försöka uppnå prevention.

⁴¹ Gustafsson (2011) ”Dissens: Om det rättsliga vetandet”, Göteborg: Juridiska Institutionen, Göteborgs universitet, s. 80 f.

Givetvis är det bekvämare för juristen att förespråka rättens traditionella 'suveränitetsteori' eftersom den innefattar en förtröstan i en befälsordningens anonyma ansvarsbefrielse (chain of command), medan 'disciplinerings teorin' oundvikligen innebär ett radikalt personligt *performativt ansvar*. Att söka friskrivna sig från den performativitet som immanent reproduceras i lagtext och praxis, genom att hänvisa till ett oberoende förarbete eller en rättspolitisk redan given tolkning, är *de jure* blott en chimär.

Samuelsson sammanfattar Gustafssons position som att språk är handling, och med handlande följer ansvar, vi svarar för vårt handlande – det är vad ansvarsbegreppet handlar om.⁴² I stora drag framträder utifrån Gustafssons framställning en historisk utveckling från fokus på vad suveränens befallning innehåller, med fokus på satsen och yttrandet, till handlingens mening i praktiken och hur disciplinen formar det rättsliga vetandet. Hart var inne på en liknande beskrivning när han kritiserade den klassiska rättspositivistiska befallningstraditionen som fokuserar på de primära reglerna medan ett modernt rättsväsende utvecklar metanormer i form av erkänningsregeln som talar om vad gällande rätt betyder.⁴³ Vad Gustafsson särskilt betonar är dock ansvarsdimensionen, juristen har ett personligt ansvar i sitt deltagande i den rättsliga diskursen och vid formandet av de professionella normerna om det rättsliga vetandet. Så vad innebär då detta i sammanhanget? Utifrån Gustafssons argumentation följer att när skadeståndsrättare firar skadeståndslagen har vi ett personligt performativt ansvar för deltagandet i den skadeståndsrättsliga diskursen. Vi kan kanske anta att det finns en utveckling från fokus på lagtexten som sats till handlingen och dess mening bortom betydelsen. Från formalism till instrumentalism skulle man kunna förenkla det, men bilden är nog mer komplicerad än så. Bakom skadeståndslagen stod som vi vet behovet av en modern lagstiftning utifrån de då rådande rättspolitiska målsättningarna, alltså instrumentalismen som efterhand genom nya utredningar, praxis och doktrin disciplineras och formaliserats genom olika handlingar. Här råder alltså rimligen en växelverkan, det man dock kan vara relativt säker på är utvecklingen från monism till ökad pluralism genom dekonstrueringen av nationell rätt.

Det finns anledning att för tydlighetens skull åter betona att genom lagändringen i skadeståndslagens femte kapitel om skadeståndets bestämmande vid kränkning som innebär att ersättningen ska ge den kränkte upp-

⁴² Samuelsson, JT (2012–13) s. 726 ff.

⁴³ Hart (1961) "The concept of law", Oxford: Clarendon. Om den rättssociologiska relevansen i Harts beskrivning av gällande rätt, se Dahlstrand (2013) *Norms about norms: A Hartian perspective* i Baier (red.) "Social and legal norms: Towards a socio-legal understanding of normativity" Farnham, Surrey: Ashgate.

rättelse aktualiseras betydelsen av performativiteten inom skadeståndsrätten. Att någon allvarligt kränker någon annan genom brott som innefattar ett angrepp mot dennes person, frihet, frid eller ära enligt 2 kap. 3 § SkL kan förstås som en performativ handling vilken skapar sociala fakta och genom rätten aktualiseras fri- och rättighetsbegreppets sociala funktioner. Genom den allmänna socialisationen och disciplineringen av det sociala livet kan kränkningen förstås som en negativ suggestion av rättens imperativ som utövas oberoende av den enskilda reaktionen.⁴⁴ Som vi sett ovan aktualiserar upprättelsefunktionen hur ersättningen uppfattas av den skadelidande och/eller en utomstående, men också att kontexten bestående av skadestånd, ersättningsrätt, försäkringar, kriminalpolitik etc får betydelse för uppfattningen.⁴⁵

Själv har jag presenterat idén om att se ersättningsordningen som en social grammatik eller som ett språkbruk där kommunikationen innehåller signalvärden som det kan uppstå översättningsproblematik och tolkningsfrågor kring.⁴⁶ Perspektivet är inte särskilt originellt, efter ”den språkliga vändningen” kom både Hart och Olivecrona att plocka in språkfilosofiska teman i sina teoretiska beskrivningar av rätten, även det genusrättsliga har delvis liknande inspirationskällor via Judith Butler. När Strömholm på 1960-talet anmäler Olivecronas bok *Rättsordningen. Idéer och fakta* ger han en sammanfattande bild av Olivecronas perspektiv och noterar framställningens abstraktionsnivå:⁴⁷

Han framställer lagstiftnings- och rättskipningsprocedurerna såsom förlopp vilka utnyttja och ytterligare utbygga den suggestion till lydnad, oberoende av eventuella påföljder, till vilken medborgarna äro disponerade. Dispositionen är en följd av förekomsten i samhället av ett nätverk av fristående imperativer. Författarens viktigaste ärende kan sammanfattningsvis sägas vara att påvisa hur de regler som man kallar rättsregler fungera i samhället och vilka realiteter som betecknas med de faktiskt förekommande språkuttryck som avses beskriva eller ange rättsregler och rättsliga förhållanden. Om en sådan framställning hålles på en hög abstraktionsnivå, saknas anledning att närmare uppehålla sig vid de

⁴⁴ Jfr Olivecrona (1984) ”Rättsordningen: Idéer och fakta”, Lund: Gleerup.

⁴⁵ Se Friberg (2010) ”Kränkningers ersättning: Skadestånd för kränkning genom brott”, Uppsala: Iustus, s. 366. Jfr Ekstedt (1977) ”Ideellt skadestånd för personskada, Lund: Lunds universitet, s. 120 och Ekelöf (1942) ”Straffet, skadeståndet och vitet: En studie över de rättsliga sanktionernas verkningssätt”, Uppsala: Lundequist, s. 112 ff.

⁴⁶ Dahlstrand (2012) ”Kränkning och upprättelse: En rättsociologisk studie av kränkningers ersättning till brottsoffer”, Lund: Lunds universitet; Dahlstrand (2013) *Norms about norms: A Hartian perspective* i Baier (red.) ”Social and legal norms: Towards a socio-legal understanding of normativity” Farnham, Surrey: Ashgate; Dahlstrand (2020) *Om ’kodifierad statsrätt’*, i Schoultz & Nafstad (red.) ”Om rättsociologisk tillämpning”, Lund: Studentlitteratur.

⁴⁷ Strömholm, SvJT (1967) s. 448.

kriterier som särskilja just rättsreglerna från andra typer av i samhället förekommande regler och vid ev. egenheter i rättsreglernas innehåll och handhavande.

Utifrån Olivecronas syn på rättsordningens funktionssätt utgör de rådande föreställningarna eller suggestionerna utifrån de fristående imperativen med avsikt att påverka handlandet en social helhet och de verkar oberoende av någon bakomliggande (lagstiftar)vilja. I någon mening upplöses gränsen mellan rättsnormer och övriga normer i en realistisk deskriptiv helhet (jfr boktiteln på Olivecronas internationella genombrott *Law as Fact*) där de performativa satserna kan ses som ett paraplybegrepp. Jes Bjarup har dock noterat att rättsrealisten Olivecronas non-kognitivistiska hållning medför en orealistisk förståelse av hur rättsordningen fungerar:⁴⁸

Om denna teori är hållbar saknar lagar teoretisk mening och därmed information och här finns möjligen en förklaring till varför man i Sverige hänvisar till lagens förarbeten för att finna meningen med en lag. Men teorin är knappast hållbar därför att det förbises att lagar har ett teoretiskt eller kognitiv meningsinnehåll i form av information som uttrycker skäl eller rättesnöre för människors handlingar och som också är skäl eller måttstock härför när en domstol skall träffa rättsliga avgöranden.

Gustafsson har, som vi såg ovan, intresserat sig för rättens performativitet och därigenom kommenterat Olivecronas intresse för det rättsliga språkets allmänna karaktär och dess beroende av idésammanhanget.⁴⁹ För att ta sitt performativa ansvar behövs en god portion självinsikt och självreflektion:⁵⁰

Det är vanligt att tänka sig att vi på basis av en deskription (ett objektivt sakförhållande) därefter kan yttra oss normativt, men i själva verket är (premisserna för) deskriptionerna redan normativt strukturerade i förväg. En fast, otvetydig och stabil gräns mellan deskription och normativitet kan därför inte uppställas, än mindre upprätthållas. Det deskriptiva språket är draperat i en falsk slöja av objektivitet och neutralitet.

Något som är noterbart är att i likhet med Bjarup i citatet ovan lyfter även Samuelsson fram att performativitetsteorin gör språket till *rättesnöre*:⁵¹

Austin gör språket till rättesnöre (det gör även Wittgenstein – den språkliga vändningen: vi vänder oss till språket), och det är ett rättesnöre *för filosofer*.

⁴⁸ Bjarup, SvJT (2004) s. 297.

⁴⁹ Jfr Olivecrona (1984) ”Rättsordningen: Idéer och fakta”, Lund: Gleerup, s. 255.

⁵⁰ Gustafsson (2011) ”Dissens: Om det rättsliga vetandet”, Göteborg: Juridiska Institutionen, Göteborgs universitet, s. 64.

⁵¹ Samuelsson, JT (2012–13) s. 733.

Med Austin (och Wittgenstein) ger filosofin upp ambitionen att förändra/förbättra språket.

Här kan det vara relevant att belysa att för Austin innefattar performativiteten i talakterna även den perlokuta handlingen, alltså ett yttrandes eller en talhandlings effekt (exempelvis att bli skrämmd när någon skräms).⁵²

I ett försök att sammanknyta de olika perspektiven som presenterats ovan och dra den för sammanhanget relevanta slutsatsen om ”idéssammanhangets” betydelse för värderingen av ideella skador som kränkning och för möjligheten att genom kränkingsersättning ge upprättelse ska vi nu titta på ett förarbetsuttalande från prop. 1972:5. Om hur kränkingsersättningen (då ”lidande”) ska bestämmas konstateras först att lagen inte ger några anvisningar om vilka normer som skall ligga till grund för prövningen utan det blir en fråga om att skönsmässigt uppskatta graden av det lidande som har tillfogats den kränkte. Utöver hänsyn till hens subjektiva upplevelse av kränkningen måste rättstillämparen utgå från ”förhärskande etiska och sociala värderingar”.⁵³ Att värdera och ersätta kränkningar kan då jämföras vid en performativ handling. Olivecrona skriver om performativa imperativer som syftar till att framkalla något som ”performativiteternas effekt”.⁵⁴ Olivecrona tydliggör att de rättsliga performativiteterna inte beskriver ”ideella rättsliga förhållanden”, den kränkte får alltså inte upprättelse därför att rättstillämparen följt lagen korrekt, utan det är en empirisk fråga om upprättelse föreligger och det rättsliga språket samverkar i praktiken med en rad ”följdidéer”. Performativiteterna är ”instrument för gestaltande av levnadsförhållanden.”⁵⁵

I förarbetet till skadeståndslagen utgår man som sagt från att lagen saknar normer men antar samtidigt att det finns värderingar för bedömningen om skadeståndets storlek vid kränkning. Metoden liknar således Olivecronas, det rättsliga språket är inte beskrivande men kan dirigera handlingar givet idéssammanhanget och följdidéerna möjliggör en regelbestämd användning; ”de performatiska imperativerna har ingen adressat” skriver Olivecrona om vårt språkbruks ursprung.⁵⁶ Departementschefen (Lennart Geijer) betonar vidare att det är domstolarnas uppgift att rättstillämpningen anpassas

⁵² Birner (2013) ”Introduction to pragmatics”, Chichester: Wiley-Blackwell, s. 187.

⁵³ Prop. 1972:5, s. 572.

⁵⁴ Jfr Olivecrona (1984) ”Rättsordningen: Idéer och fakta”, Lund: Gleerup, s. 238.

⁵⁵ Ibid., s. 241.

⁵⁶ Ibid., s. 243.

till tidens krav.⁵⁷ Så, den naturliga frågan inställer sig därför här om hur väl rättstillämpningen har följt skadeståndslagen på den punkten.

Olivecrona betonar att eftersom det rättsliga språket är referenslöst bör dess funktion i samhällsmaskineriet förutsättningslöst undersökas i form av dess rättsliga verkan på ”följdidéer i det allmänna föreställningssättet” och rättsreglerna.⁵⁸ Låt oss därför nedan titta något på vad den typen av undersökningar av det rättsliga språkets sociala funktioner har gett för resultat och vilka reflektioner som kan tänkas göras. För att tydliggöra utgår Olivecrona från en ambition att utveckla den traditionella ”sociologiska rättspositivismen” (Bentham och Austin) med hjälp av inspiration av senare språkteori som betonar att språket har betydligt fler funktioner än att vara beskrivande. I rättsrealistisk anda blir empiriska undersökningar av ”de ’tomma’ ordens tekniska funktion”⁵⁹ den naturliga konsekvensen, men de rättsliga performativa yttrandena och förståelsen av det rättsliga språket kan inte skiljas från kontexten, från de sociala sedvänjorna, följdidéerna och språkbruket i övrigt. De performatiska imperativerna har ju ingen adressat som Olivecrona skriver, men de visar sig i användningen och de resultat och effekter (språk)bruket ger upphov till.⁶⁰

Rättssociologiska undersökningar av kränkingsersättning till brottsoffer

Utifrån kunskapsbehovet som presenterades i *Rättssociologisk undersökning av skadeståndsrätten* (SOU 1969:58) och de teoretiskt och praktiskt intressanta formuleringarna i propositionen om värderingen av kränkning har jag vid två tillfällen med ungefär tio års mellanrum undersökt uppfattningar om kränkingsersättning till brottsoffer. Metoden har varit enkätundersökningar riktade till såväl ett urval av allmänheten som brottsoffer som erhållit kränkingsersättning från Brottsoffermyndigheten, sammantaget utgörs materialet av 2 736 besvarade enkäter om hur svenskar över 15 år bedömer olika aspekter av kränkingsersättning till brottsoffer. Resultatet har visat att respondenterna uppvisar ett tydligt svarsmönster och att det finns generella uppfattningar om hur olika kränkningar ska värderas för att ge den drabbade upprättelse. Vid jämförelse mellan hur de olika respondentgrupperna besvarat några enkätfrågor är svarsfördelningen så

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Ibid., s. 215, 241.

⁵⁹ Olivecrona, 1964, s. 26.

⁶⁰ Olivecrona, 1984, s. 243.

lik att det inte går att statistiskt säkerställa en signifikant skillnad mellan grupperna. Sammanfattningsvis finns det ”förhärskande etiska och sociala värderingar” om hur kränkningar kan värderas, men den avviker från rättstillämparens praxis.⁶¹ För den som vill ta del av mer detaljerade metod- och resultatbeskrivningar hänvisas främst till min avhandling och en senare rapport där en replikation av den ursprungliga studien presenteras.⁶² Min analys av enkätresultatet utgår från en liknande vardagsspråksfilosofi som Olivecronas rättsteori där det rättsliga språket eller vardagsspråket inte främst är verklighetsbeskrivningar utan representationer och med det rättsliga språket och vardagsspråket som en delvis överlappande helhet vilken utgörs av en social praxis, vilket får betydelse för bedömning av regelföljande.⁶³ En vardagsspråksfilosofisk tanke är vidare att meningen inte följer av en verifikation utan meningen följer av användningen.⁶⁴ Fokus ligger på

⁶¹ Dahlstrand (2012) ”Kränkning och upprättelse: En rättssociologisk studie av kränkningersättning till brottsoffer”, Lund: Lunds universitet; Dahlstrand & Bergwall (2022) ”Kränkning och upprättelse: En replikation av en rättssociologisk enkätstudie”, Lund: Sociology of Law, Lund university. En intressant fråga är vad det är som möjliggör att respondenterna i undersökningen som grupp skapar det tydliga svarsmonstret. Vid analysen av enkätresultatet har inspiration tagits av den sene Wittgensteins syn på regelföljande som betonar att följa en regel är en praxis eller praktik i form av ett etablerat handlingsätt. Inom den svenska rättssociologin finns en tradition att betona betydelsen av normer i form av den yttre konformiteten (som socialt tryck). Med inspiration från Hart och Olivecrona finns det anledning att även se betydelsen av en inre konformitet. Hart lyfte fram skillnaden mellan att ses sig som tvungen på grund av yttre hot mot en inre rättskänsla att uppleva sig skyldig då man accepterar rättsregeln som rättvis. Olivecrona ser konformiteten som kopplad till psykologin, vårt språkbruk och hur följdidéer och idésammanhanget skapar suggestion och gör performativerna till imperativ. När den enskilde respondenten besvarar vinjetfrågorna i enkäten om kränkningersättningen och anger ersättningsbeloppet som denne anser ger upprättelse utgår denne rimligen från rättskänslan, men tillsammans skapar respondenterna ett meningsfullt svarsmonster för att förstå vad det betyder att följa regeln om att den kränkte ska få upprättelse. Gemensamt bildar respondenterna en grammatik och praktik som fungerar som rättesnöre eller måttstock för regelföljandet. Olivecronas psykologiserande beskrivning av rättsordningens funktion i samhället som ”suggestion till lydnad, oberoende av eventuella påföljder, till vilken medborgarna äro disponerad”, och ”dispositionen är en följd av förekomsten i samhället av ett nätverk av fristående imperativ” ligger nära rättssociologins fokus på normer, men genom att se den inre individuella konformiteten kan fler nyanser av regelföljandet och vår normförståelse uppmärksammas bortom den traditionella rättspositivistiska befallningsteorin. Strömholm, SvJT (1967) s. 448.

⁶² Dahlstrand (2012) ”Kränkning och upprättelse: En rättssociologisk studie av kränkningersättning till brottsoffer”, Lund: Lunds universitet; Dahlstrand & Bergwall (2022) ”Kränkning och upprättelse: En replikation av en rättssociologisk enkätstudie”, Lund: Sociology of Law, Lund university.

⁶³ Dahlstrand (2012) ”Kränkning och upprättelse: En rättssociologisk studie av kränkningersättning till brottsoffer”, Lund: Lunds universitet, s. 271 ff.

⁶⁴ Bjarup och Dalberg-Larsen skiljer på ett meningskriterium utifrån en verifikationsprincip eller en ”brugsprincip”, se Bjarup & Dalberg-Larsen (1994) ”Retsbegreb, retsanvendelse og retsvidenskab. Indføring i almindelig retslære, Århus: Juridisk Bogformidling, s. 59.

hur brukare av en social grammatik har förmåga att inta en intern synvinkel på regelföljande som social grammatik och kompetens att handla i enlighet med praxis och bedöma regelföljandet med språket som rättesnöre.⁶⁵ Den brist på tillit till medborgarnas omdömesförmåga som Stenlund identifierat hos Strahl kan således relateras till såväl teorin, de empiriska undersökningarnas resultat och möjligen en mer allmän rättspolitik eller rättskultur.

Problemet med att ersättningen inte speglar förväntningarna har identifierats av lagstiftaren vilket nyligen resulterade i ett kommittédirektiv där utredningsuppdraget formulerades som ”höjda ersättningsnivåer för kränkning”.⁶⁶ Mot bakgrund av hur tydligt uppdraget formulerades till rättstillämparen vid skadeståndslagens tillkomst (och med beaktande av Olivecronas samtida relativt avancerade beskrivningar av det rättsliga språket med referenser till socialpsykologiska processer, performativernas effekt och den effektiva suggestion som lagens imperativ kan utöva⁶⁷) får utfallet anses vara en besvikelse. Kan det ha något med den nationella rättskulturen att göra? På 1970-talet tog några av de då ledande civilrättsforskarna avstånd från ”den enfaldiga dogmatik, den teknokratiska värdelösa ’realism’ Uppsalaskolan representerade”.⁶⁸ Citatet påminner mig om en observation jag gjorde efter att ha varit sakkunnig när den norska motsvarigheten till brottskadlagen skulle utvärderas inför en reform av brottskadeersättningsordningen. Justis- och beredskapsdepartementet utlyste uppdraget att genomföra ett FoU-projekt för att följa upp utredningen NOU 2016:9 *Rettferdig og forutsigbar – voldsskadeerstatning*. Undersökningen som jag var med att designa resulterade i en analys av 48 intervjuer med personer som fått brottskadeersättning från Kontoret for voldsoffererstatning och resultatet presenterades 2019 i rapporten *Virkningene av voldsoffererstatning*.⁶⁹ Det särskilt noterbbara är dock att både när norska justitiedepartementet skickar förslaget om ny brottskadela på remiss och i den efterföljande propositionen till den nya brottskadela återges direkta citat från inter-

⁶⁵ Dahlstrand (2020) *Om ’kodifierad statsrätt’*, i Schoultz & Nafstad (red.) ”Om rättssociologisk tillämpning”, Lund: Studentlitteratur, s. 238 f.

⁶⁶ Dir. 2019:104, s. 2.

⁶⁷ Olivecrona (1984) ”Rättsordningen: Idéer och fakta”, Lund: Gleerup; Olivecrona (1964) ”Det rättsliga språket och verkligheten”, Lund: Gleerup.

⁶⁸ Modéer (2010) ”Åt helvete med harmonin!”. *Den nordiska rättsvetenskapens transformering från konsensus till konflikt*, i Modéer & Sunnqvist (red.) ”1968 och därefter: De kritiska rättsteoriernas betydelse för nordisk rättsvetenskap”, Köbenhavn: Museum Tusulanum, s. 21.

⁶⁹ Undersökningen och dess resultat presenterades och analyserades även i en artikel, se Stanwick Bårnås, Dahlstrand & Knutsen, *Tidsskrift for erstatningsrett, forsikringsrett og trygderett* (2021), s. 7–32.

vjupersonerna från den rättssociologiska FoU-rapporten.⁷⁰ Metoden och förhållningssättet skiljer sig från vårt, och därmed kanske också det rättsliga utfallet. Istället för att fokusera på ersättningsnivåer ligger betoningen på ansvarsutkrävande ("Et klart etisk og juridisk utgangspunkt er at skadevolderen er økonomisk ansvarlig for sine handlinger"⁷¹) och en effektiv, enkel, förutsägbar, rättvis och rättssäker ersättningsordning utformat med kunskap om brottsoffrens erfarenheter och uppfattningar. Det är tänkvårt att en återkommande kommentar, i den avslutande öppna enkätfrågan i den svenska rättssociologiska undersökningen om kränkingsersättningen till brottsoffren, är att respondenterna lyfte fram det norska systemet som förebild.⁷²

Avslutande reflektion

Det är svårt, för att inte säga omöjligt, att rättvisande ge en fullständig presentation av den kontext som kan antas ha format tillblivelsen av skadeståndslagen. Utifrån Gustafssons plädering för det performativa ansvaret har detta kapitel istället haft som ambition att utifrån en rättssociologisk och personlig vinkling lyfta fram några reflektioner om såväl den teoretiska tidsandan under vilken skadeståndslagen utarbetades och belysa dess relevans även för senare debatt. Delvis finner man att flera teman är relativt beständiga. Ibland kan perspektiven och beskrivningarna vara komplexa och kanske även motsägelsefulla. Inledningsvis noterades att tidiga utgåvor av läroboken *Skadeståndsrätt* hade ett explorativt drag där temat om skadeståndsrättens förhållande till det allmänna rättsmedvetandet för att ge upprättelse lyftes upp. Liknande relativt öppna och undersökande teman om skadeståndsrättens sociala och samhällsliga funktion att spegla rättviseföreställningar återfinns i Hellners förberedande utredning om behovet av rättssociologiska undersökningar av skadeståndsrätten.⁷³ Att bortse från rättviseföreställningarna hos medborgarna vore "visserligen icke lyckligt" som Strahl skrev i mitten av 1940-talet och tillade att skadeståndsansvaret

⁷⁰ Se "Høring - Forslag til ny lov om erstatning fra staten til voldsutsatte" (Snr. 20/4021), s. 45 f.; prop. 238 L (2020–2021) Lov om erstatning fra staten til voldsutsatte (voldserstatningsloven), s. 36.

⁷¹ Ibid., s. 7.

⁷² Jfr "Återkommande nämns systemet som finns i Norge som positiv förebild (respondenterna upplever det norska systemet som snabbt, lätt och effektivt)" Dahlstrand & Bergwall (2022) "Kränkning och upprättelse: En replikation av en rättssociologisk enkätstudie", Lund: Sociology of Law, Lund university, s. 64.

⁷³ SOU 1969:58. Utredningen är en av få som helt reserverats för rättssociologins betydelse vid utformningen av en ny lag.

bör utformas på sådant sätt att det tillgodoser samhällslivets behov. Det verkar ha funnits en ambivalent hållning till den typen av externa perspektiv. Efter det att Hellner presenterade utredningen om behovet av en rättssociologisk undersökning tog det ungefär 40 år innan någon plockade upp den kastade handsken. Kanske har kunskapsbehovet varit tydligast inom kränkingsområdet men det borde finnas betydligt fler områden som skulle kunna studeras med ”samhällsvetenskapliga” metoder. Här kan det vara lägligt att återge hur lagstiftaren inför den aktuella lagändringen av skadeståndslagen formulerar behovet av en reformering: ”Det har i olika sammanhang gjorts gällande att nivån på ersättningar som döms ut är för låg och inte står i överensstämmelse med det allmänna rättsmedvetandet. Riksdagen har i ett tillkännagivande uppmanat regeringen att återkomma med ett lagförslag om fördubblad kränkingsersättning till brottsoffer.”⁷⁴ Som angetts ovan var lagstiftarens ambition för 50 år sedan att de rättstillämpande organen skulle sörja för att rättsutvecklingen skulle kunna bedömas stå i samklang med det allmänna rättsmedvetandet så att skadorna skulle bli kompenserade. Även om detta är en avgränsad del av hela skadeståndsrätten så är det ändå som sagt ett misslyckande och det finns anledning att begrunda och reflektera över varför det inte fungerade i enlighet med ambitionerna. Personligen tror jag att fixeringen vid standardiserade ersättningsnivåer kan vara en återvändsgränd, saken bör snare ses i ett vidare sammanhang i linje med Olivecronas betoning av nätverket av fristående imperativer. Det bör här också tydliggöras, i linje med det ”performativa ansvaret”, att jag inte efterlyser en ordning där olika rättsområden utvärderas med empiriska undersökningar om det allmänna rättsmedvetandet för att sedan justera och anpassa gällande rätt. Det skulle vara att ersätta en dogmatik eller formalism med en annan, men för att uppnå ett adekvat och koherent rättssystem fordras en metodologisk anpassningsförmåga och reflexivitet med möjlighet till återkoppling och lärande.⁷⁵

⁷⁴ Prop. 2021/22:198, s. 18.

⁷⁵ Det finns som bekant även en mer allmän kritik inom samhällsdebatten mot en övertro på mätbarhet. Enligt Lena Andersson ligger intresset för det mätbara i linje med rättsrealismen och modernitetens positivism, hon förespråkar snarare förståelse, filosofiska argument och resonemang istället (den aristoteliska metafysiken), se Andersson (2019) ”Om falsk och äkta liberalism”, Stockholm: Stiftelsen Liberal debatt. Jonna Bornemark menar att vi har en övertro på att alla problem går att lösa genom att spalta upp, mäta och kvantifiera i siffror och efterfrågar istället omdöme och eftertanke, Bornemark (2018) ”Det omätbaras renässans: En uppgörelse med pedanternas världsherravälde”, Stockholm: Volante.