LUND UNIVERSITY

Kränkning och upprättelse

En rättssociologisk studie av kränkningsersättning till brottsoffer

Dahlstrand, Karl

2012

Link to publication

Citation for published version (APA):
Dahlstrand, K. (2012). *Kränkning och upprättelse: En rättssociologisk studie av kränkningsersättning till brottsoffer*. [Doktorsavhandling (monografi), Rättssociologiska institutionen]. Lund University. https://snd.gu.se/sv/catalogue/study/SND0994

Total number of authors:
1

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

KRÄNKNING OCH UPPRÄTTELSE

Karl Dahlstrand

Kränkning och upprättelse

En rättssociologisk studie av kränkningsersättning till brottsoffer

LUND STUDIES IN SOCIOLOGY OF LAW 39

COPYRIGHT ©
Karl Dahlstrand, 2012

OMSLAG
Gunilla Albertén

GRAFISK DESIGN
Kjell E. Eriksson

SÄTTNING
Gunilla Albertén, Media-Tryck, Lunds universitet

TRYCK
Media-Tryck, Lund University, Lund, Sweden 2012

FÖRSÄLJNING
Media-Tryck, Lunds universitet | www.media-tryck.lu.se

ISBN 91-7267-342-7

ISSN 1403-7246

Innehållsförteckning

Förord **9**

KAPITEL 1
Inledning **11**
1.1 Avhandlingens ämne 11
1.1.1 Problemområde 13
1.1.2 Bakgrunden till studien 18
1.1.3 Om det ökade kunskapsbehovet 22
1.2 Avhandlingens syfte 29
1.3 Problemformulering och frågeställningar 32
1.4 Översiktlig metodbeskrivning 34
1.5 Avgränsningar och disposition 37

KAPITEL 2
Rättsområdet: Ersättning för kränkning **41**
2.1 Några utgångspunkter 41
2.1.1 Ett normperspektiv på de rättsliga och samhälleliga aspekterna av ämnet 41
2.1.2 Analytisk rättsvetenskap och deskriptiv sociologi 48
2.2 Presentation av det rättsliga problemområdet 53
2.3 Fördjupning av begreppet kränkning 59
2.3.1 Historisk tillbakablick 60
2.3.2 ”Frigörelsen” 64
2.3.3 Vad är det som ska ersättas? 67
2.4 Ett brottsofferperspektiv på kränkningsersättningen 69
2.5 Den straffrättsliga kopplingen 72
2.6 ”En särskild typ av omtanke och kärlek” 75
2.7 Nya rörelser inom rättsområdet 79
2.7.1 Gottgörelse vid konventionskränkning 84
2.8 Ersättning som rättvisa 90
2.9 Sammanfattning 96

KAPITEL 3
Mellan det rättsvetenskapliga och samhällsvetenskapliga fältet 97
3.1 Inledning om olika dikotomier 97
3.1.1 Värdet av det ideella eller det ideella värdet 102
3.2 Olika nivåer 108
3.3 Skönsmässiga bedömningar och förhärskande värderingar 112
3.4 Om Harts betydelse 117
3.4.1 Normer om normer 119
3.4.2 Hart ur ett fördjupat rättssociologiskt perspektiv 125
3.5 Den skandinaviska rättsrealismen 131
3.6 Några samhällsvetenskapliga perspektiv 136
3.6.1 Det ideella och det moderna 137
3.6.2 Ett samhällsvetenskapligt kunskapsbehov 141
3.6.3 Om att komma undersökningsobjektet så nära som möjligt 144
3.7 Sammanfattning 152

KAPITEL 4
Källor till kunskap 155
4.1 Inledning 155
4.2 Rättslig kunskap i relation till annan kunskap. 158
4.2.1 Empirisk kunskap om rätten 162
4.3 Några utgångspunkter för den empiriska studien 168
4.3.1 Tolkningsmetodens betydelse 168
4.4 Det allmänna rättsmedvetandet 173
4.4.1 Inledning. Från rättskälla till ingenjörskonst. 173
4.4.2 Historisk tillbakablick 176
4.4.3 Rättsmedvetandets återkomst 180
4.4.4 Några särskilt relevanta undersökningar 186
4.5 Sammanfattning 193

KAPITEL 5
Två enkätundersökningar 195
5.1 Inledning 195
5.2 Presentation av undersökningarna 197
5.2.1 Översiktlig metodbeskrivning 197
5.2.2 Vinjettfrågor 198
5.2.3 Enkäten till allmänheten 202
5.2.4 Brottsofferenkäten 203
5.3 Urval och bortfallsanalys 205
5.4 Etiska överväganden 211
5.5 Resultatredovisning 212
5.5.1 Brottsoffrens erfarenheter och reaktionsmönster 213
5.5.2 Jämförelser mellan respondentgrupperna 224
5.5.3 Vinjettstudien 235

5.5.4 Respondenternas egna kommentarer 241
5.5.5 Exempel på kommentarer från respondenterna 243
5.5.6 Reflektioner kring kommentarerna 244
5.6 Empirianalys och sammanfattning av undersökningen 246
5.6.1 Några centrala balansmått 246
5.6.2 Hypotesprövning och vändpunkt 248
5.6.3 Något om preventionsaspekten 251
5.6.4 Resultaten i relation till andra undersökningar 253

KAPITEL 6
”Ljuset går småningom upp över det hela” 257
6.1 Inledning på slutanalysen 257
6.2 Kortfattad resultatredovisning 259
6.3 Tillbaka till rättssociologins rötter 262
6.4 En besvärlig ersättningstyp 267
6.5 En fråga om regelföljande 270
6.6 Inkommensurabilitetsfrågan (igen) 281
6.7 Den läckande rätten 288

Summary 293
7.1 Introduction 293
7.2 First part 294
7.3 Second part 295
7.4 Third part 295
7.5 The leaking law 297

Referenser 299

BILAGA 1
Enkäten till allmänheten 311

BILAGA 2
Enkät till brottsoffren 323

Förord

Denna avhandling har tillkommit under en speciell period. Ofta hör man att det är enkelt att missta sig och förhastat definiera samtiden som i någon mening exceptionell eller unik. Oaktat detta har jag under avhandlingstiden uppmärksammat att något som skulle kunna liknas vid ”den juridiska våren” råder i vårt land. Låt mig illustrera med tre exempel: Rättighetsrevolutionen och Europakonventionen som nådde ända in i ersättningsrätten, inom straffrätten har tillräkneligheten åter kommit i fokus tillsammans med uppsåt och skuld samt inom konstitutionell rätt har uppenbarhetsrekvisitet avskaffats rörande normkontrollen. Var för sig är detta enorma förändringar av klimatet och samtliga har alltså ”blommat ut” under avhandlingstiden. I den meningen har det varit en spännande tid. Om detta går att utläsa av avhandlingens innehåll är svårt att svara på men det är möjligt att en vetskap om denna faktor bidrar till ett annat djup vid läsningen av boken.

Jag vill i detta förord framföra min tacksamhet till mina handledare: professor Karsten Åström vid rättssociologiska enheten, Lunds universitet, professor Håkan Gustafsson, juridiska institutionen vid Göteborgs universitet och min ”mentor”, professor emeritus Hans Klette. Därutöver bör en rad personer nämnas som varit viktiga under projektets gång: brottsskadechef Per Rubing, statistiker Pierre Carbonnier, institutionssekreterare Lilian Dahl, professor Ole Hammerslev, dr. Lina Wedin, professor Wlodek Rabinowicz, professor Claes Lernestedt, professor emeritus Henrik Tham samt alla kollegorna och vännerna på rättssociologen i Lund (ingen nämnd, ingen glömd).

Projektet har möjliggjorts genom anslag från Brottsofferfonden.

Lund i april 2012

Karl Dahlstrand

KAPITEL 1

Inledning

”*3 dje*: En regel är inte
kapabel att namnge sin
tolkning”
Ida Börjel
Juris lyrik (2008)

1.1 Avhandlingens ämne

Denna avhandling handlar om ersättning till brottsoffer för den kränkning som ett brott medför. Denna *kränkningsersättning* ska ersätta brottsoffret för en rent ideella skada och utgår i huvudsak i form av statligt finansierad brottskadeersättning. Kränkningsersättningen ska bestämmas i enlighet med den i samhället rådande uppfattningen av kränkningens allvarlighet, vilket gör att rättsområdet rör sig i ett gränsland mellan skadeånds- och straffrätt samt att ett rättssociologiskt kunskapsbehov aktualiseras. Mitt intresse har varit inriktat på om rättstillämparen lyckas spegla samhällets normer och värderingar, samt hur denna uppgift förhåller sig till brottsoffrens upplevelser och behov. Därför är det rättvisande att beteckna avhandlingen *ersättningsrättslig,* eftersom ersättningsrätten kan betecknas som ett tvärvetenskapligt ämne, där rättssociologiskt material och perspektiv kan ingå – vilket alltså är fallet här – tillsammans med skadeståndsrättsliga teman.[1] Den ersättningsrättsliga ambitionen betyder alltså att rättsreglerna, såväl skadeånds- som ersättningsrättsliga, liknande de som bestämmer Brottsoffermyndighetens utbetalning av brottskadeersättning, studeras utifrån deras inbördes samspel i relation till den samhälleliga omgivningen. Betoningen ligger på att se ersättningen ur ett brett samhällsperspektiv

1 Roos, 1990, s. 21.

och från de skadelidandes perspektiv, vilket ger avhandlingen både en viktimologisk och rättssociolgisk förståelseram.

Den traditionella juridiska normrationella modellen är rigid och principstyrd kring värnandet av rättigheter och skyldigheter kan ge upphov till överraskande beslut, eftersom det är en juridisk bedömning och inte en förhandling eller liknande. Inom rättssociologin har man ofta gjort en poäng av att betona rättens legitimitet och mindre det normativa inslaget i rätten enligt dess form och systematik.[2] Avhandlingen utgår i huvudsak från den traditionella juridikens uppgift att fastställa rättsliga sanktioner utifrån enskildas agerande. Utifrån de ersättningsrättsliga reglerna görs någon ansvarig för den handling, som orsakat skadan och någon annan ges rätt till ersättning. För den typ av ideell ersättning, som utgår vid kränkning, blir detta särskilt tydligt, eftersom syftet är både att kompensera den enskildes lidande och rättslig sanktion utifrån den kränkande handlingen. Inom få rättsområden finns det så många olika konkurrerande aspekter som vid ersättning för kränkning – den reparativt inriktade skadeståndsrätten, den mer behovsinriktade brottsskadeersättningen och den vedergällande straffrätten. Trots alla tveksamheter kring rent ideell ersättning har den uppenbarligen inte utmönstrats och trots att dess problematik kvarstår, har ersättningens betydelse istället ökat under senare tid. Detta kan tolkas som ett pliktetiskt inslag i rätten, trots att omständigheterna talar emot att projektet ska lyckas. Det medför ett emancipatoriskt drag genom att det inte går att ”bemästra” rättens logik att värna rättssubjektet i en rättsstatlig kontext.

Att skadan är av ideell art betyder att den har ett okänt eller till och med obefintligt ekonomiskt värde. Det gör den ideella skadan till ett intressant fenomen, som samtidigt sträcker sig utanför den formella rättens gränser. För att ta ett exempel kan vi föreställa oss en skog och att någon olovligen skadat ett träd. I regel innebär det inga ersättningsrättsliga problem att fastställa skadans värde, då det finns ett objektivt trävärde, som fastställs på trävarumarknaden. Men om vi istället tänker oss att trädet tillhör en fridlyst art eller ingår i en allé förändras situationen. Då uppstår frågan om det ideella värdet hos något, som ingår i ett vidare normativt sammanhang för att bedöma ett skönhets- eller prydnadsvärde. Paradoxen är att trots att skadan är av ideell, och alltså av icke-ekonomisk karaktär, kommer typiskt sätt den skadelidandes ersättning att öka. I vilken mån som rättstillämparen kommer att göra detta, och till vilket belopp, är dock en fråga som inbegriper aspekter, som i hög grad är kontextuellt beroende.[3] Och det är detta som också gör de ideella skadorna intressanta, såväl ur ett ersättningsrättsligt som ett rättssociologiskt perspektiv. Om det finns många frågetecken kring den rättsliga definitionen av brottsoffrens kränkningsersättning, finns det minst lika många frågetecken om hur rättsområdet fungerar i praktiken utifrån brottsoffrens perspektiv. Förhoppningsvis kommer denna avhandling att reda ut några av frågetecknen kring brottsoffrens kränkningsersättning men också att tillföra nya perspektiv till ämnet.

---

2 Jfr Kristiansen & Storgaard, 2010, s. 74 ff.

3 Rättsfrågan avser värdet av ideella naturvärden och så kallad ekologisk skada. Jämför RH 1990:32 och NJA 2005 s. 249.

1.1.1 Problemområde

Frågan om ”det allmänna rättsmedvetandets” och ”rättskänslans” status och innehåll har länge varit ett problemområde inom såväl rättsvetenskap, kriminologi som rättssociologi. När ett begrepp kritiserats och negligerats tillräckligt länge drar det till slut intresset till sig. Därtill kan man även tala om begreppets återkomst, den sociala ingenjörskonsten har ersatts av moralisk dito, hävdas det.[4] Problemområdet aviserar ett förhållningssätt liknande det som benämns ”socio-legal”, där man utgår från ett rättsområde, som är intressant ur ett rättsligt perspektiv men tillför en samhällsvetenskaplig-empirisk metod för att undersöka fenomenet närmare.[5] Kritiken mot angreppssättet utgörs av att den varken utvecklar någon sociologisk teori eller metodförståelse utan förblir en ytlig och icke-kritisk förståelse av rätten som socialt fenomen eller behandlar rätten på ett djupgående och adekvat sätt ur ett rättsligt perspektiv.[6] Förhållningsättet kan däremot genom sin närhet till den rättsliga praktiken både relateras till juridiken som social verklighet och till den rättsteoretiska sidan av rättsvetenskapen.

Jag har till stor del tagit fasta på ett rättssociologiskt ämne som alltså redan formulerats i rättskällorna som en del av ett rättsområdes karakteristik rörande hur ersättningen ska bestämmas. Mitt perspektiv har på så sätt varit, från ett rättssociologiskt perspektiv, påtagligt inomrättsligt och jag använder mig av en rättsgenetisk metod för att få kunskap om det specifika för det rättsområde, där jag fann mitt problemområde och varifrån mina forskningsfrågor utgår.[7] En rättsregels genetiska sida rör frågorna om hur en rättsregel vuxit fram (idé)historiskt och dess systematiska och begreppsliga utvecklingsprocess med hänsyn till politiska och sociala eller andra faktorer. Mot den genetiska sidan av rättsregeln kan den operationella frågan ställas, som rör rättens verkningar i olika hänseenden givet de förhållanden, som gäller

4 Tham, 2011, s. 43.

5 “Juridisk rättssociologi” studerar hur en viss rättsregel eller ett rättsområde tillämpas och andra problem och faktorer, som därmed uppkommer kring det, som är rättsligt reglerat. Jämför Hollander & Alexius Borgström, 2005, s. 138. Detta perspektiv ligger nära det, som Jan Hellner beskriver som rättssociologi, som utgår från juristernas ”särskilda intressen” och de, som ägnar sig åt detta perspektiv ofta är ”rättsvetenskapsmän som söker en nyorientering av rättsvetenskapen.” Hellner, 2001, s. 44. Se även Banakar, 2002, s. 33 ff.

6 Wacks, 2009, s. 230 f. Reza Banakar och Max Travers har argumenterat för att socio-legal forskning bör ta del av den allmänna sociologins mångfasetterade teori- och metoddebatt. Banakar & Travers, 2002, Banakar & Travers, 2005.

7 Enligt Claes Sandgren utgör den vanligaste utgångspunkten för rättsvetenskapliga undersökningar något ”rättsligt stoff” av visst slag, som bestämmer inriktningen (det kan vara en rättsregel, ett kapitel i en viss lag, en rättsprincip, en viss avtalstyp eller brottstyp, eller kanske en viss rättspraxis). Sandgren, 2009, s. 20.

vid en viss tidpunkt.[8] Lämpligen föregås den operationella undersökningen av en genetisk förståelse. Därför är den första uppgiften att utreda kränkningsersättningens (ersättning för kränkning genom brott) historiska utveckling beaktat utifrån olika relevanta faktorer. Därefter studerar jag rättsområdets funktioner (verkningar) med min enkätundersökning, som är mer traditionellt rättssociologisk och således bygger på insamlat empiriskt material.[9] Jag har därutöver velat ge en förklaring till under vilka premisser, som en sådan rättssociologisk undersökning blir relevant.

I likhet med andra rättssociologiska studier utgår denna från ett intresse av att undersöka hur det faktiskt förhåller sig inom ett visst livsområde, som regleras rättsligt och därigenom belysa rättsliga verkningar och funktioner.[10] Fundamental för varje rättssociologisk ansats kan sägas vara ambitionen att relatera och betrakta rätten som ett socialt fenomen och att placera den i ett vidare sammanhang.[11] Samtidigt är jag kritisk till den konventionella beskrivningen av att det finns ett inom- eller utomrättsligt perspektiv överlag. Just därför har jag valt att lyfta fram det relativa och ofullkomliga inom det ”inomrättsliga” perspektivet för att problematisera dikotomin mellan vad som utgörs av det interna respektive externa perspektivet på rätten.[12] Jag anser även att ett område, där professionens identitet prövas gentemot det omgivande genom selektiva processer är särskilt intressant ur ett rättssociologiskt perspektiv. En fråga blir då, vad händer när det sociologiska studiet av rätten i samhället ”bjuds in av rätten själv” som när lagstiftaren anger att innehållet i rätten skall anpassas till en empirisk situation, nämligen att ersättningen skall motsvara vad som kan kallas för allmänt rättsmedvetande. Vad händer med skiljelinjen mellan det rättsliga och det icke-rättsliga? Ytterst blir det en fråga om de språkliga villkoren, praxis och regler för verksamheten. Det är viktigt att ha i minnet att ämnet inte är

8 Rättsgenetikens grund utgörs av Eugen Ehrlich tidiga rättssociologiska insikter om betydelsen av att beskriva de icke-rättsliga normernas innehåll och därmed sammanhängande värderingar och attityder av betydelse för rätten, juridisk argumentation och rättstillämpning över tid och i olika samhällen. Se Ehrlich, 1962. Jfr Svanberg, 2008, s. 15 ff. Strömholm beskriver rättsgenetiken utifrån Kelsen, där grundsatserna för rättssystemets uppbyggnad och för relationerna mellan däri ingående normer betonas, Strömholm, 1996, s. 121. Dalberg-Larsen gör också en utförlig distinktion mellan genetisk och operationell rättssociologi, Dalberg-Larsen, 1999, s. 44 ff. Se även Hydén, 2002b, s. 248 f. apropå distinktionen. Även inom traditionell juridisk metod återfinns den rättsgenetiska analysmetoden för att till fullo förstå en rättsregel inom ett rättssystem, Lehrberg, 2001, s. 140 f. Bl.a. har Ann Hening tillämpat metoden i sin arbetsrättsliga studie, Henning, 1984, s. 35. Även Jan Kleineman använder begreppet som en metod för att få kunskap om en skadetyps utveckling. Kleineman, 1987, s. 117.

9 Empiriskt material är traditionellt sådant ”material som inte primärt används eller i vart fall inte enbart används för att analysera innehållet i gällande rätt” skriver Claes Sandgren apropå olika typer av empiriskt material inom rättsvetenskapen. Sandgren, 2009, s. 45 ff.

10 Andersson, 1993, s. 320, Strömholm, 1970, s 97 ff. En funktionalistiskt inspirerad syn ligger nära den normvetenskapliga inom rättssociologin med rötter hos sociologer som Durkheim, Merton och Parson. Svensson, 2008, s. 37.

11 Eller som Stjernquist utrycker det: ”Ty varje sak är vad den är blott inställd i sitt levande sammanhang.” Josefson & Stjernquist, 1961 s. 71. Thomas Mathiesen skriver om rättens sammanvävning med alla de förhållanden som för övrigt ingår i våra liv utifrån utgångspunkten att ”livet är en helhet”. Mathiesen, 2005, s. 14.

12 Jag ser något positivt i att den tidigare ”enhetskulturen” har ersatts av men mer flytande ”kulturgräns” som Bo Wennström beskrivit det. Wennström, 2002, s. 141.

de ”öppna argumentens” roll, utan oaktat den rättssociologiska metod lagstiftaren aviserat för ersättningens bestämmande, rör det sig istället om ”bundna argument” som följer av rättskälleläran.[13] I de fall rättsvetenskapliga undersökningar använder sig av empiriskt material och empiriska metoder (vilket faktiskt förekommer och har förekommit länge), brukar utgångspunkten inte vara rättsreglerna, som i mitt fall, utan något utomrättsligt så som ett samhällsproblem eller en föreställning (ett perspektiv eller någon teori).[14] Så i den meningen är min avhandling mindre vanlig, inte bara rättssociologiskt utan även ur ett rättsvetenskapligt perspektiv. Rättssociologin har ofta haft ett perspektiv, där det legala systemet i form av rättsreglerna, de juridiska institutionerna och det juridiska beslutsfattandet, är den oberoende variabeln, medan det sociala systemet är den beroende variabeln, operationistisk rättssociologi, eller det omvända alternativet, rättsgenetiskt – det sociala systemet är oberoende variabel och det legala dito är den beroende variabeln.[15] Mitt forskningsperspektiv är varken strikt operationistisk rättssociologi eller rättsgenetik, då jag fokuserar på jämförelser mellan två normkällor, det rättsliga och det sociala inom ett visst fält, nämligen kränkningsersättningen till brottsoffren. Min ambition är alltså att kunna förhålla sig både till det strukturella som det partikulära, vilket i praktiken fordrar ett visst mått av ”dubbel lojalitet”.[16]

Rättsområdet, som jag valt för att diskutera denna gränsproblematik, utgör samtidigt ett centralt och traditionellt område, där klassiska straffrättsliga (offentlig rätt) och ersättningsrättsliga spörsmål (civilrätt) möts. Jag sätter ett värde i att försöka ”skriva in” dubbelheten hos rätten. Istället för att stanna vid beskrivningen av rättsområdets karakteristik enligt de formella rättskällorna, går jag vidare och tillämpar en rättssociologisk förståelse och placerar rättsområdet i ett vidare problemområde och i ett vetandefält, som rymmer flera aspekter. Det betyder också att jag kombinerar de av Peter Westbergs introducerade skilda ansatserna, den regelorienterade ansatsen (den som tar sin utgångspunkt i rättsregler vid val av forsningsföremål) och den problem- och intresseorienterade ansatsen (som är mer öppen i sina betraktelsesätt bortom en beskrivning av ”gällande rätt”).[17] Samtidigt är dessa metodfrågor

13 Schmidt, 1972, s. 569 ff.

14 Sandgren, 2009, s. 20 f. Sandgren anser dock att det är viktigt att rättsvetenskapen utvidgar ”sin räjong” till att inte bara ha det rättsliga materialet som utgångspunkt utan även ”fakticitet” och olika föreställningar. Sandgren, 2009, s. 40. Hur och var gränsdragningen mellan rättssociologi, rättsvetenskap, sociological jurisprudence och socio-legal studies m.m. ska göras har varit föremål många debatter och det verkar finns många olika lösningar och tolkning internationellt beroende på de olika ländernas skiftande historia och kultur etc. Jfr Deflem, 2009, s. 272 ff. Jämför Retfaerd-debatten: Banakar, 1998, s. 3 ff, Mathiesen, 1998, s. 68 ff, Hydén, 1999, s. 71 ff, Dalberg-Larsen, 2000, s. 26 ff.

15 Frågan gäller alltså ”gränsområdet mellan rättsvetenskap och samhällsvetenskap” som Stjernquist beskriver: ”Man har studerat dessa gränsområden under två olika huvudaspekter: antingen frågar man hur ekonomiska, politiska och sociala faktorer påverkar de rättsliga faktorerna eller frågar man hur de rättsliga faktorerna påverkar de övriga. Man utgår med andra ord antingen från en genetisk aspekt eller från en operationistisk. Stjernquist, 1958, s. 143. Jmf Forslund, 1978, s. 72.

16 Lernestedt, 2010, s. 300.

17 Glavå, 1999, s. 23.

rättsvetenskapliga, eftersom de rör rättskällor i relation till andra kunskapskällor, som avgränsar rätten. Idag samexisterar flera olika rättskälleuppfattningar och kunskapsperspektiv inom rättsvetenskapen, som en naturlig konsekvens av att pluralismen ökat och den nationella rättens enhetlighet utmanas.[18]

Det rättsdogmatiska perspektivet, att utreda vad innehållet i den gällande rätten utgörs av och hur dess normer kan tolkas och systematiseras, kan inte skiljas från det icke-dogmatiska kunskapsintresset, som är inriktat på rättsområdets utveckling, dess förhållande till samhället och samhälls- och rättsvetenskapliga teoribildningar, om man vill förstå vad kränkningsersättningen till brottsoffren är för något.[19] I de fall rättskällorna är helt tydliga behövs inte rättsdogmatiken, då rent beskrivande framställningar av rättskällors innehåll inte är rättsvetenskap, utan rättsdogmatiken ska systematisera stoffet men även producera övervägda lösningsförslag i svåra fall. Det hindrar dock inte rättsdogmatiska framställningar från att ta sig an de enkla fallen (vilka de nu är), bara man som forskare därutöver tillför något substantiellt till förståelsen av dessa fall.[20]

Vad är då gällande rätt? Ett svar skulle kunna vara *en tidlös fråga inom rättsvetenskapen, som aktualiserar frågan om val av metod och perspektiv*. Stig Strömholm skiljer på tre olika metoder: 1. Den praktiska tillämpningssituationen, 2. Den teoretiske rättsvetenskapsmannen som vill få kunskap om egenskaper hos ”gällande rätt” ur olika perspektiv. Denne kan vara: a) rättssociologen som tittar på tillkomst, tillämpning samt agerande och mottagande hos samhällsmedborgarna eller b) rättsteoretikern som studerar språkligt uttryckta normer och dess meningssammanhang, formell logik som exempelvis det korrekta sättet att dra bindande slutsatser.[21] Även Klami gör en bred indelning av teoretisk rättsvetenskap men utgår från de olika metodiska begreppen: 1) Den historiska metoden, 2) den komparativa metoden, 3) den sociologiska metoden och 4) den filosofiska metoden.[22] Bortsett från den metod som den praktiskt verksamma tillämparen tillämpar, där rent beskrivande framställningar kanske har sin plats, inser man att det är svårt att inta någon renodlad hållning gentemot rätten som studieobjekt. De normativa och deskriptiva inslagen samverkar dessutom inom rättsvetenskapen. Den komplexa dimensionen utgör även dess styrka, vilket i förlängningen medför en bredd inom forskningen, bland annat eftersom de olika tolkningsmetoderna ger möjligheter till välgrundade men ibland direkt

18 Kvantitativt torde regelmassan ökat även på nationell nivå men det nya är den ökade betydelsen av lokal, regional och global reglering. Kunskapskälleramen kan också ses i ljuset av olika läror, som rör realistiska, polycentri, polyvalens eller kontextuella rättskälleperspektiv liksom kunskapsteorin (exempelvis feministisk rättsvetenskap, socialkonstruktivism och dekonstruktion). Se Gustafsson, 2011 om det rättsliga vetandets gränser.

19 Innebörden i detta påstående framgår först efter man tagit till sig de utmärkande dragen hos kränkningsersättningen. Ibid, s. 30. Om skilda paradigmskiften inom rättsvetenskapen, se t.ex. “Rätten, moralen och det juridiska paradigmet”, Bruun & Wilhelmsson, 1983, s. 701 ff.

20 Strömholm beskriver det som att författaren håller sig uteslutande till ”säkra ’oäkta rättssatser’”, som är i princip problemfria utsagor om innehållet i normer, Strömholm, 1996, s. 71. Glavå, 1999, s. 34.

21 Strömholm, 1996, s. 67.

22 Klami, 1989, s. 8 f. Det gemensamma utgör objektet för undersökningarna*: rätten*. Ibid, s. 9.

motsatta slutsatser.[23] Vad som är ”traditionell” rättsdogmatisk metod låter sig inte enkelt beskrivas. Även om det låter sig göras, har ändå dess betydelse för den faktiska rättsvetenskapliga forskningen minskat och idag gör allt fler anspråk på att inta ”sitt perspektiv” på rätten.[24] Däremot utgör skillnader i forskarens metodval ännu en konkret skillnad mellan olika sätt att förhålla sig till det gemensamma studieobjektet. Att använda empiriska metoder som intervjuer, observation eller enkätundersökning är ovanligt inom rättsvetenskaplig forskning i allmänhet liksom i kombination med en djupare förståelse av ett rättsområde. Annars, på ett övergripande plan, är ett vetenskapligt studium av rätten rättsvetenskap men att dra meningsfulla gränslinjer mellan ämnen och discipliner är förenat med svårigheter, då valmöjligheterna är många och det ser ut som om de dessutom ökar. [25]

Skillnaden mellan en rent rättsdogmatisk framställning och min studie ligger därför främst i valet av metoder. Mitt val av empirisk-samhällsvetenskaplig metod faller tillbaka på rättens innehåll och vilken juridisk praktik, som studerats med hjälp av rättsdogmatisk metod, eftersom det primärt är rättens innehåll och de internt rättsliga frågorna och problemen, som står i centrum för min metodologiska vidareutveckling.[26] Mitt senare metodval utgörs alltså av den empiriska, samhällsvetenskapliga metoden att inhämta kunskaper och erfarenheter hos valda informanter med hjälp av enkäter, vilka sedan analyseras statistiskt och tolkas utifrån det valda kunskapsintresset. Även i den rättsdogmatiska delen, som behandlar gällande rätt, samverkar alltså de normativa och deskriptiva inslagen med varandra, eftersom den bygger på flera olika val och tolkningar av skilda normer och principer, vilket exempelvis Peczenik poängterat.[27] Syftet med framställningen av den gällande rätten är att möjliggöra en återkopplande studie om lagars verkan, vilket kan ses som det mest traditionella rättssociologiska perspektivet.[28] Sammanfattningsvis utgår jag från kunskap *i* rätten för att sedan få kunskap *om* rätten, som kräver andra metoder och teorier än de rättsdogmatiska men de båda kunskapsformerna och perspektiven är lika nödvändiga, om man vill förstå ett rättsområdes speciella funktion.[29]

---

23 Glavå, 1999, s. 36.

24 Klami, 1989, s. 45 ff. Jmf Gunnarsson & Svensson, 2009, s. 96 ff.

25 Eftersom rättsvetenskapen behandlar normer, vilka kan sägas utgöra ett samhällsfenomen, kan rättsvetenskapen ses som samhällsvetenskap eller som humaniora, då normerna kan relateras till språk och tolkning. Sandgren, 2009, s. 197 f.

26 Hydén, 2002, s. 72 ff.

27 Peczenik, 1983/84, s. 259 f.

28 Wahlgren, 2008, s. 207 ff. Peter Wahlgren konstaterar att få rättssociologiska undersökningar gjorts om lagarnas verkan i samhället och menar att bristen på kunskap lämnar öppet för spekulationer och resursslöseri, vilket är otillfredsställande, ibid, s. 214. Jfr Hellner, 1972, s. 335.

29 Hydén, 2002, s. 129. Jfr Gunnarsson & Svensson, 2009, s. 94 ff.

1.1.2 Bakgrunden till studien

Redan under mina grundläggande juridikstudier kom jag att intressera mig för epistemologiska frågor kring gränserna för den rättsliga professionen och liknande kunskapsfrågor. Ett exempel utgörs av hur huvudregeln om avtalsfrihet, partsautonomi och principen om ”pata sunt servanda” kan upphävas genom en jämkning eller till och med ogiltigförklaras, om ett avtalsvillkor är oskäligt utifrån avtalets innehåll omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt. Denna bedömning görs med nödvändighet i ett givet sammanhang och utifrån ett visst perspektiv. Regelns konsumentpolitiska aspekter är väl kända[30] men det går också att öppna upp regelns innehåll, och dess tillämpning, till exempel för en kontraktsteoretisk analys eller något annat lämpligt perspektiv. Det betyder att en avtalsrättslig analys, som tar sin utgångspunkt i en rättsregel och rättspraxis med lätthet och utan att förlora sin rättsliga relevans, kan utvecklas till en statsvetenskaplig, idéhistorisk eller rättssociologisk studie, om man verkligen vill förstå de rättsliga rekvisiten och vad som är möjligt att juridiskt göra inom rättsområdets gränser. Dikotomin mellan vad som utgör ett internt respektive externt perspektiv på ett rättsområde framstår närmast som en problematisk fiktion, när man studerar de skiftande uppfattningar som finns om hur gränsdragningen mellan rättsvetenskap och övriga studier om rätten ska dras. Det finns så vida definitioner att den rättsvetenskapliga forskningens uppgifter kan omfatta det mesta, som exempelvis Folke Schmidts: ”(1) att ge en orientering i verkligheten, (2) att utgöra underlag för beslutsfattare vid rättstillämpningen och (3) att ge utgångspunkter för reformer.”[31] I praktiken är det den rådande juridiska professionens verksamhet, som till stor del kommer att avgöra vad som är rättsligt möjligt att göra inom ett visst rättsområde. Särskilt tydligt och intressant blir denna interaktion med kontexten, när det rättsliga området är av en ”öppnare” karaktär.[32]

Med ersättningen för ideella skador förhåller det sig på ett liknade sätt som med oskäliga avtalsvillkor. De ideella skador som jag fokuserar på är de som avser att ersätta den som lidit skada genom annans handlande (utomobligatoriskt skadestånd).[33] Dessa kränkningsersättningar bryter igenom flera dikotomier genom sin funktion att ersätta icke-ekonomiska värden genom ett ekonomiskt belopp. Samtidigt bryter de, som berörts ovan, distinktionen mellan civilrätten och den offentliga rätten genom ersättningens koppling till straffrätt och brottslig gärning. Men framförallt bryter

30 SOU 1974:83 s. 25ff.

31 Schmidt, 1972, s. 569.

32 Även vid generalklausuler blir rättstillämpningen lätt pragmatisk, då det finns en ovana vid principiella, holistiska resonemang i vår rättstradition. Hydén, 1999, s. 169 f. På ett liknande sätt finns en tendens till närmast mekanisk rättstillämpning avseende brottsoffrens kränkningsersättning. Friberg, 2011, s. 357. Men, som Claes Lernestedt visat, finns det ett behov av att inom viktimologin inta ett positionskonsistent synsätt, där mer grundläggande och övergripande perspektiv lyfts fram, bortom det rådande regelverket. Lernestedt, 2011, s. 435 ff.

33 Inom förmögenhetsrätten skiljer man mellan kontraktsrättsliga och utomkontraktsliga (utomobligatoriska) skadeståndsregler. Hydén & Hydén, 2011, s. 40.

ersättningen för ideella skador den rättsliga gränsen gentemot det samhällsvetenskapliga, eller den i sträng mening icke-rättsliga kontexten, genom att ersättningens funktion är att ersätta just det icke-ekonomiska, det som inte går att värdera strikt juridiskt på ett ”objektivt” eller ”neutralt” sätt. En form av ideell skada är en kränkning av en persons integritet, det vill säga intrång i den ”personliga sfären”, som ersätts genom kränkningsersättning. Det kan också vara fråga om verbala och fysiska handlingar med kränkande innebörd som medför psykiskt lidande, obehag med mera, som påverkar en människas livsföring negativt men som inte utgör någon personskada, som medicinskt går att fastställa (jämför ersättning för ”lyte och men”, som är den samlande beteckningen på sådant fysiskt och psykiskt lidande, som är av bestående art och som ersätts som ideell skada). Ersättningen kompenserar inte någon faktisk ekonomisk förlust, utan fungerar främst som ett sätt att ge upprättelse men även som en hjälp att kunna inrätta sitt liv efter en traumatisk händelse liknande vad man kallar för ”plåster på såren” eller ”gottgörelse”.[34]

Den lagregel som kränkningsersättningen utgår från har följande lydelse och återfinns i skadeståndslagen 2 kap. 3 §:

> Den som allvarligt kränker någon annan genom brott som innefattar ett angrepp mot dennes person, frihet, frid eller ära skall ersätta den skada som kränkningen innebär.[35]

Eftersom den ideella skadan inte låter sig värderas på ett sådant säkert och förutsägbart sätt som en fysisk eller ekonomisk skada, är den rättsliga utgångspunkten att den förutsätter en skönsmässig bedömning baserad på en uppskattning av hur medborgarnas etiska och sociala värderingar bedömer skadans allvarlighet. Meningen är, enligt förarbeten som beskriver hur regeln om kränkningsersättningen ska tillämpas, att uppskatta vilken kränkning som typiskt sett kan anses ha uppkommit genom angreppet och på det sättet avgöra nivån på ersättningen.[36] Samtidigt utgår grunden för möjligheten till att få denna typ av ersättning från samhällets grundvärden om respekten för den enskilde individens okränkbarhet och alla människors lika värde.[37] Genom det rättsliga värnandet av den personliga integriteten, privatlivet och människovärdet uppkommer ett behov av att kunna kompensera de känslor, som den kränkande handlingen kan ha framkallat hos den skadelidande. Förekomsten av en integritetskränkning är således idag ”inkörsporten” till kränkningsersättningen

34 SOU 2006:22, s. 147. Uttrycket “plåster på såren” används vanligen vid ideell ersättning för sveda och värk men gränsdragningen mellan ersättning för sådant psykiskt lidande och kränkningsersättning har varit flytande. Friberg, 2011, s. 336 f.

35 SFS 2001:732.

36 Jfr SOU 2007:54, s. 332.

37 Innan regeln för kränkningsersättningen i skadeståndslagen ändrades, utgick motsvarande ersättning för “lidande som någon tillfogar annan genom brott mot den personliga friheten, genom annat ofredande som innefattar brott, genom brytande av post- eller telehemlighet, intrång i förvar, olovlig avlyssning eller olaga diskriminering eller genom ärekränkning eller dylik brottslig gärning.” Ersättning vid diskriminering har senare utformats till en egen ersättningstyp, diskrimineringsersättning. Se Ds 2007:10 “Skadeståndsfrågor vid kränkning”.

men tidigare har man också använt vagare ord som den ”nesliga behandlingen” och ”oförrätt”.[38]

Genom att läsa propositionen till den nuvarande bestämmelsen om kränkningsersättningen kan man få en uppfattning om hur ersättningen är tänkt att fungera. Man beskriver där att syftet är att ersätta den skadelidandes känslor ”såsom rädsla, förnedring, skam eller liknande, som inte tar sig sådana medicinska uttryck att det föreligger en personskada.”[39] Tanken är att ersättningen kan lindra verkningarna av kränkningen även om pengar inte kan göra så att själva kränkningen ”suddas ut”. Men ersättningen kan ändå ”bidra till att den skadelidande får upprättelse för den förnedrande och kränkande handlingen och därmed också bidra till att återställa självrespekten och självkänslan.”[40] Genom att den skadelidande kan ”t.ex. unna sig något extra och därigenom skingra tankarna på kränkningen och den olust och det obehag som han eller hon har åsamkats. Den som utsatts för mycket grova kränkningar kan få en möjlighet att genom ersättningen göra nödvändiga förändringar i sin livssituation.”[41] Intrycket är att lagstiftaren har förhållandevis långtgående ambitioner med denna ersättningsform och även ser positivt på dess funktion att kunna förändra och påverka till exempel brottsoffers upplevelser efter ett brottsligt angrepp. Samtidigt är man medveten om svårigheterna att ersätta den aktuella typen av skador. ”Att objektivt mäta skadan är givetvis svårt. Man blir lätt hänvisad till den skadelidandes egna uppgifter. I vad mån dessa ger en korrekt beskrivning av skadan är, som i många andra sammanhang, svårt att avgöra”, skriver man i samma proposition som ovan.[42] Utöver dessa komplicerade aspekter kring ersättningen, som jag översiktligt presenterat ovan, gäller principen om ”full kompensation för skadan” även för de ideella ersättningarna, vilket naturligtvis är problematiskt givet den icke-ekonomiska karaktär skadan har.[43]

Innan vi går vidare i framställningen är det viktigt att klargöra att kränkningsersättningen inte förutsätter eller utgör en personskada utan bestäms på objektiva grunder, till stor del beroende på brottstypen och gärningen. Personskada utgår från de speci-

38 Nilsson, 1990, s. 121.

39 Prop. 2000/01:68, s. 48.

40 Liknande formuleringen har använts tidigare inom doktrinen. Edvard Nilsson tar fasta på upprättelsefunktionen men är också på det klara med att pengar inte kan kompensera den skadelidande på ett “fullgott sätt”. Nilsson, 1990, s. 146. Inom doktrin, praxis och förarbeten anses tanken med ersättning för kränkning vara att ge brottsoffren upprättelse och att ersättning kan bidra till att återställa självrespekten och självkänslan men hur och om de olika aspekterna samverkar förblir oklart.

41 Prop. 2000/01:68, s. 48.

42 Ibid, s. 51. I propositionen till skadeståndslagen framhölls att det saknas normer för bedömningen av skadeståndets storlek och att det därför får göras en skönsmässig uppskattning istället, prop. 1972:5 s. 572.

43 SOU 1992:84 s. 213. Principen om full kompensation syftar på skadeståndsrättens ändamål att fullfölja reparationsintresset och kompensera den skadelidande parten. Malmström & Agell, 1994, s. 281. Detta ”ersättningsändamål” gäller även sedan länge ersättning för olika ideella skador. Inom doktrinen har man dock varit medveten om att full ersättning när det kommer till ideella skador är en fiktion då “säkra hållpunkter” saknas. Nilsson, 1990, s. 148. Se även Friberg, 2010, s. 362.

fika förhållandena, medan kränkningsersättningen är mer typiserad till sin natur. Detta gäller även själva bestämningen av ersättningsnivån, som enligt lagstiftaren ska spegla de i samhället rådande ”etiska och sociala värderingarna”, och i praktiken spelar Brottsoffermyndighetens refereratsamling en viktig komplexitetsreducerande roll vid rättstillämpningen.[44] Kränkning har under senare tid utvecklats till ett ”modeord” inom samhällsdebatten, vilket har uppmärksammats av bland annat teologer, journalister och läkare och naturligtvis jurister.[45] Allt eftersom den rättspolitiska betydelsen av kränkningsersättningen har ökat, har samtidigt ersättningens reparativa funktioner befästs, vilket gett den en tydligare status av att vara något utöver en begränsad ersättning av blott symbolisk art. Tidigare fanns det en medveten uppfattning att den ideella eller icke-ekonomiska ersättningen till sin natur var sådan att den inte lämpade sig för mer långtgående ambitioner. Denna uppfattning återfanns i regel när ersättningen beskrevs i doktrinen. Exempelvis skriver Bo von Eyben i mitten av 1980-talet om ”gottgörelse” i samband med ersättningsposten sveda och värk istället för ”ersättning” som en markering av att det rör sig om en skada av icke-ekonomisk karaktär vilken ”ikke på rationelt grundlag er mulligt at angive, efter hvilke kriterier og med hvilke beløb skaden skal kompenseras.”[46] Olle Ekstedt beskriver i avhandlingen ”Ideell ersättning för personskada” hur begreppet ideell har en lång historia men tillkom i en tid, då begreppets problematik saknade aktualitet ”och dess komplikationer inte så noggrant observerats.”[47] Han skriver också att uttrycket ideell skada har används ”för omständigheter som inte alls beaktas eller beaktas endast enligt särskilda regler.”[48] Strömholm skriver att ersättning för ”personlighetskränkningar” förekommer ”i betydligt mer begränsad omfattning” och att ”(s)vensk rätt intager härvidlag, framförallt på personlighetskränkningarnas område, en påtagligt snäv hållning, som internationellt sett nog framstår som ålderdomlig.”[49] Denna snäva hållning kan delvis sägas kvarstå och i en utredning från 2010 kan man läsa:

---

44 Friberg, 2011, s. 352 ff. Prop. 2000/01:68 s. 51 f.

45 David Ebehard skriver om ”de kränkta offrens stat” och hur ordet kränkt idag är nyckeln till upprättelse och samhällets stöd i ”de lättkränktas land”, Eberhard, 2009, s. 19 ff. Ann Heberlein har skrivit boken med den talande titeln ”Kränkningar och förlåtelse: en etisk studie med hänsyn till föreställningar om offer, förövare, skuld och ansvar”, 2005. Maciej Zaremba har även undersökt fenomenet i en utförlig artikelserie i DN 17, 18 och 20 feb. 2008. Zaremba menar bl.a. att “kränkt” inte är ett fungerande juridiskt begrepp, eftersom det är allt för tendensiöst och definieras subjektivt. Samma år skrev Mårten Schultz boken ”Kränkning. Studier i skadeståndsrättslig argumentation”.

46 von Eyben, 1984, s. 97.

47 Ekstedt, 1977, s. 40.

48 Ibid, s. 39.

49 Strömholm, 1996, s. 290.

> Inom allmän svensk skadeståndsrätt har det ansetts finnas en regel som begränsar rätten att få skadestånd till just ekonomisk skada och att sådan skada ersätts så snart skadeståndsskyldighet föreligger, utan särskilt stöd i lag eller avtal. Ett motiv för en sådan regel är att domstolarna måste ha ett säkert underlag för sina bedömningar, en måttstock som ligger utanför domstolen själv. (...) Ideell skada kan sägas stå i motsats till ekonomisk skada. Vad som ska förstås med ideell skada är inte helt klart och gränsen till ekonomisk skada är delvis flytande.[50]

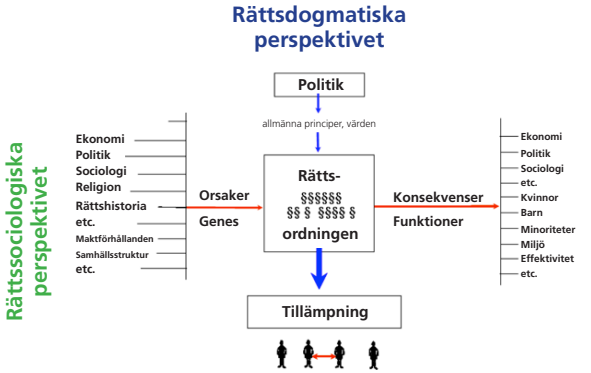
Huvudregeln har därför sedan länge ansetts vara att svensk skadeståndsrätt haft en restriktiv inställning till ersättning för ideella skador och sådan ersättning fordrar därför ett uttryckligt lagstöd. Kravet på brottslig gärning, dock inte att gärningsmannen döms, för skadeståndsansvar avseende kränkning har beskrivits som en spärregel.[51] Därtill måste kränkningen vara allvarlig för att kränkningsersättning skall kunna utgå till brottsoffret.[52] När nu ersättningen har vuxit i rättspolitisk betydelse, aktualiseras de sedan tidigare uppmärksammade problemen samtidigt som dessa problems aktualitet har ökat i konkret betydelse, när stora belopp av kränkningsersättning betalas ut av Brottsoffermyndigheten årligen. Enligt en utredning meddelas cirka 35 000 ärenden om ersättning eller skadestånd på grund av brott genom domar eller strafföreläggande.[53] Nedan skall jag som ett led i introduktionen av mitt ämnesområde ge en beskrivning av hur dess rättssociologiska relevans ser ut.

1.1.3 Om det ökade kunskapsbehovet

Det grundläggande kunskapsmässiga problemet med all form av ideell skada är att den är icke-ekonomisk men ersätts med ett ekonomiskt belopp. Utgångspunkten för beräkning av skadestånd är att ersättningen ska försätta den skadelidande i samma situation som om skadan inte inträffat. Detta görs ofta genom en generell metod, som kallas differensbedömning. Men är detta ens möjligt vid kränkningar? Råder det inte en sådan fundamental skillnad och ojämförbarhet mellan skadan och ersättningen att det råder oöversättlighet mellan dem? När begreppet ”inkommensurabilitet” används i avhandlingen är det inte i den betydelse, som Thomas Kuhn använder begreppet om paradigmatiska skillnader, utan i en mer generell kunska-

50 SOU 2010:87, s. 99.
51 Persson, 1995, s. 140.
52 Miniminivån har satts till 5000 kr. Brottsoffermyndighetens referatsamling 2009, s. 15. Se även prop. 2000/01:68, s. 49 och SOU 1992:84 s. 210.
53 SOU 2010:1, s. 65.

psteoretisk variant om svårigheten att ekonomiskt mäta icke-ekonomiska skador.[54] Frågan om inkommensurabilitet är också nära kopplad till proportionaliteten mellan skadan och ersättningsnivåerna liksom mellan olika uppskattningar i relation till gällande rätt. Det är tydligt hur den ideella ersättningen väcker både rättsfilosofiska och rättssociologiska frågor om rättens relation till sin samhälleliga kontext och då särskilt till den tredje generella rättssociologiska frågeställningen, ursprungligen presenterad av Ragnar Knoph; ”I vilken utsträckning existerar det en växelverkan mellan rättsregler/rättsliga avgöranden/rättsinstitutioner och samhällsförhållanden i övrigt?”[55] Ersättningen aktualiserar vidare det horisontella kunskapsintresset om rättsordningens orsaker och konsekvenser/funktioner enligt Håkan Hydéns modell om skillnaden mellan det rättsdogmatiska och det rättssociologiska perspektivet på rättsordningen genom att ersättningen ska svara mot brottsoffrens behov och spegla samhällets förväntningar vad det gäller ersättningsnivåerna.[56]



Figur 1. Skilda perspektiv på rätten. Hydén, 2002.

För att illusterara perspektivfrågans betydelse kan vi studera när Bertil Bengtsson i sin utredning om kränkningsersättningens relation till diskrimineringsersättning tecknar skillnaden mellan de båda ersättningarnas funktioner, som han beskriver på följande viss:

54 “Two items are commensurable in value if and only if one of them is better than the other or if they are equally as good. They are incommensurable if none of these relations obtains between them. Given incommensurability, not even a purley ordinal measure is aviable for comparison: We connot represent the relationship between the items by assigning a number to each that specifies the position of that item in the value ordering.” Rabinowicz, 2009, s. 71. Jfr ”(i)ncommensurable items cannot be precisely measured by a single ”scale” of units of value.” Chang, 1997, s. 1. Joseph Raz beskriver fenomenet på liknande vis: ”Incommensurability is the absence of a common measure.” Raz, 1988, s. 322. Margaret Jane Radin har presenterat inkommensurabilitetsproblemet som en viktig fråga för skadeståndsrätten, Radin, 1993, s. 56 ff.

55 Ragnar Knoph var en norsk rättsvetenskapsman, som tidigt intresserade sig för den rättssociologiska växelverkan mellan rätten och samhällsförhållandena i en nordisk miljö. Mathiesen, 2005, s. 18.

56 Hydén, 2002, s. 16f.

> Frågan om den diskuterade reformen är lämplig bygger naturligtvis till en del på värderingar, framför allt vilken vikt man tillmäter diskrimineringsersättningens preventiva funktion i förhållande till den reparativa och upprättande funktion som skadeståndet till brottsoffer obestridligen har.[57]

Bengtsson visar på hur man inom det rättsdogmatiska kunskapsfältet lätt gör misstaget att glida på verklighetsbeskrivningen, här uttryckt att skadeståndet till brottsoffer (kränkningsersättningen) ”obestridligen har” en reparativ och upprättande funktion. Formuleringen får tolkas som att Bengtsson syftar på formuleringar, som återfinns i förarbeten till den aktuella skadeståndsbestämmelsen och inte på dess verkliga funktion gentemot brottsoffer, som fått ersättningen. Funktionsbegreppet har således olika innebörd beroende på om det uttrycks i ett rättsdogmatiskt eller rättssociologiskt sammanhang. Att man kan vara säker på att Bengtsson inte avser att uttrycka något om skadeståndsreglernas sociala funktion, att dessa verkligen fungera reparativt och upprättande för brottsoffren, beror på det enkla faktum att kunskapen helt enkelt saknas. Det har tidigare konstaterats av Jan Hellner att vår kunskap överlag om hur det skadeståndsrättsliga ersättningssystemet fungerar är bristfälligt, hur verkligheten motsvarar reglernas innehåll och dess avsedda verkningar.[58] Detta öppnar även upp för en metodologisk aspekt enligt Hellner: ”En slutsats kan emellertid dras med stor säkerhet: en undersökning av rättspraxis och lagregler ger mycket dåligt besked om hur skadeståndsreglerna faktiskt fungerar.”[59] Även Strömholm är inne på samma linje, när han apropå ”skadeståndssanktionens reella funktioner i samhället” konstaterar: ”Det måste även här erkännas, att våra kunskaper om de faktiska effekterna av olika lösningar är osäkra.”[60] Hellner har därför återkommande påpekat behovet av empiriska undersökningar om hur de svenska skadeståndsreglerna fungerar i verkligheten och dess ändamålsenlighet utifrån olika synvinklar.[61] Hellner skriver; ”if we raise the fundamental question of the suitability of the tort liability system as such, there is a strong need of empirical knowledge in order to find out how the system functions.”[62] Även Carl Martin Roos har argumenterat för rättssociologiska undersökningar om ”olika ersättningssystems faktiska funktioner” samt noterat att ”ju mera material man har om tillämpningen – och särskilt på den s k gräsrotsnivån – desto bättre förutsättningar har man att göra korrekta analyser.”[63] I föreliggande avhandling har jag anammat denna approach och således använt mig av kvantitativa ”instrument hämtade från sociologins metodarsenal”, som Roos utrycker det.[64]

57 Ds 2007:10 s. 88.
58 Hellner & Radetzki, 2008, s. 59.
59 Ibid.
60 Strömholm, 1996, s. 289.
61 SOU 1969:58, Hellner, 1972. Denna typ av rättssociologiska undersökningar har främst genomförts i USA och ofta behandlat trafikskadeersättningar. Hellner har konstaterat att möjligheten att överföra dessa undersökningars resultat på våra svenska förhållanden är begränsade. Hellner, 1985, s. 47 ff.
62 Ibid, s. 61.
63 Roos, 1990, s. 23.
64 Ibid, s. 24. Claes Sandgren har beskrivit hur en sådan ansats aktualiserar såväl empiriskt material som funktionell analys. Sandgren, 2009, s. 31.

Det har dock gjorts få empiriska undersökningar om hur de svenska skadeståndsreglerna verkar i praktiken. Det mest ambitiösa projektet i Norden att undersöka skadeståndsreglernas empiriska verkningar genomfördes för 15 år sedan i Danmark av Bo von Eyben men resultatet blev att många olika faktorer påverkar ersättningarna så några generaliseringar, med bärkraft på svenska förhållanden, ansågs vanskliga att göra.[65] von Eybens undersökning var rättssociologisk, då den byggde på material om hur väl personer, som lidit personskada faktiskt blivit kompenserade och därför bearbetade den ett underlag, som gick utöver sedvanliga rättskällor. von Eyben var främst intresserad av hur väl personskador kompenserades utifrån dess verkliga kostnader, vilket innebar att de icke-ekonomiska skadorna föll utanför undersökningens primärområde, eftersom dessa skador inte låter sig beräknas rationellt så att den skadelidande får fullständig ersättning för sin skada.[66] Istället har jag ansett att just svårigheten att ersätta de icke-ekonomiska skadorna gör dem intressanta utifrån ett rättssociologiskt perspektiv och att behovet av att undersöka hur en ersättning, som per definition inte kan lyckas ersätta skadan utan istället ska hjälpa känslomässigt, är mer mångfasetterat. Avhandlingens kunskapsbehov kan därför sägas röra huruvida de rättsligt definierade målen med brottsoffrens kränkningsersättning motsvarar brottsoffrens behov och samhällets förväntningar. Frågan blir då vilka mål som är huvudmål, eller utimära mål enligt Hellners terminologi, och vilka som är medel och tjänar som primära mål.[67]

Behovet av att närmare undersöka de svenska skadeståndsreglerna med empiriska metoder och med rättssociologiska teorier betonades på 1960-talet, medan den nuvarande skadeståndslagen utarbetades.[68] Sedan dess har betydelsen av främst rent ideell ersättning, som kränkningsersättning till brottsoffren utgör, ökat närmast lavinartat och utgör majoriteten av den sammanlagda brottsskadeersättningen, som Brottsoffermyndigheten betalar ut, ett belopp som årligen ligger runt 80-85 miljoner.[69] När regeln i skadeståndslagen ändrades 2002, så att ansvarsbestämmelsen utgörs av ett kränkningsskadestånd och inte en ersättning för lidande (bland annat för att renodla dess rent ideella karaktär i förhållande till övrig, mer subjektiv ideell ersättning, som kan utgå för psykiskt lidande vid personskada), ökade behovet ytterligare av att närmare förstå denna speciella ersättningstyps karakteristika.[70] Den utmärks av att den saknar ett preciserbart materiellt innehåll och bygger istället på mer vaga

65 von Eyben, 1988. Jmf von Eyben, 1984, s. 34. von Eyben fokuserade i huvuddrag på kompensationsgraden hos olika skadetyper samt på olika utformningar hos finansieringssystemet, alltså hur enskilda och kollektiva försäkringslösningar förhöll sig till skadeståndsreglerna i praktiken utifrån den enskildes synvinkel.

66 von Eyben, 1988, s. 18.

67 Hellner, 2001, s. 88 ff.

68 SOU 1969:58, s. 20 ff.

69 Brottsoffermyndighetens årsredovisning, 2010, s. 6. Friberg, 2010, s. 423.

70 Att den är *rent ideell* betyder här att den ”är helt fristående från eventuell personskada och den ersättning som denna kan berättiga till.” Bengtsson & Strömbäck, 2011, s. 333. Rent ideella skador associeras lätt till begreppet *ren förmögenhetsskada* som på ett liknande sätt är fristående från sak- och personskada. Persson, 1995, s. 129.

policyrättigheter om brottsoffrens rätt till upprättelse och gottgörelse utifrån sina upplevelser av det brottsliga angreppet.

Efterhand har brottsofferperspektivet kommit att omfatta hela rättsväsendet.[71] Det övergripande syftet är att skadeverkningarna av brott ska minska.[72] Men enligt Riksrevisionens granskning av myndigheternas hantering av brottsskadeersättningen finns det flera brister. Man skriver: ”Riksdagen har gjort uttalanden om vikten av att rättsväsendets myndigheter ska ha ett tydligt brottsofferperspektiv och att brottsutsattas behov av stöd och hjälp tillgodoses. Möjligheten till ekonomisk kompensation är en viktig del av detta. Riksrevisionen bedömer dock att riksdagens intentioner inte uppfylls fullt ut. Flera av de problem som finns idag beträffande brottsutsattas möjlighet till ekonomisk ersättning är redan tidigare uppmärksammade. Brottsutsatta uppfattar att processen är komplicerad, att den tar lång tid och att informationen inte är tillräcklig. Regeringen har också tillsatt olika utredningar. Några konkreta åtgärder med anledning av detta har ännu inte vidtagits.”[73] Deras slutsats är att processen för att få utdömda skadestånd inte är ändamålsenlig, vilket sammantaget riskerar leda till att skadeståndet inte får den kompensatoriska effekt som avsetts.[74]

Därtill tillkommer doktrinens svårigheter med att få klarhet om kränkningsersättningens olika aspekter och de problematiska frågor den reser. Jag återkommer till detta tema längre fram och skall då visa på olika svårigheter, som identifierats inom doktrinen. Skadeståndslagen är av ramlagskaraktär, vilket betyder att dess bestämmelser är generella och när de tillämpas i ett konkret fall måste de fyllas ut genom tolkning av de allmänt utformade begrepp, som finns i själva lagen (till exempel ”skäligt med hänsyn till handlingens art och varaktighet”, ”skada som kränkningen innebär” eller ”skada som kränkningen innebär”).[75] Vidare ska flera allmänt erkända skadeståndsrättsliga grundsatser tillämpas, trots att de inte återfinns i skadeståndslagen som principerna om skyddat intresse, adekvat kausalitet och konkurrerande skadeorsaker för att nämna några av de viktigaste. Ramlagens rättsliga karaktär har undersökts tidigare inom rättssociologin inom flera olika rättsområden. Hydén har särskilt poängterat hur ramlagen medför en brist på normativt innehåll, vilket med-

71 Det har även ansetts att hela samhället har ett ansvar för att stödja brottsoffren. Jfr ”Av samhällets ansvar för att skydda medborgarna mot brott följer att samhället har ett visst ansvar när medborgarna lider skada till följd av brottslighet.” Brå-rapport, 1988:1, s. 9.

72 Prop. 2010/11:1.

73 RiR 2011:18, s. 59.

74 Ibid, s. 63.

75 Baier & Svensson, 2009, s. 98. I en rättsutredning kan man läsa följande “(s)kadeståndslagen har en allmängiltig karaktär och kan i det närmaste beskrivas som en sorts ramlagstiftning i fråga om vad som gäller utanför kontraktsförhållanden. De enskilda bestämmelserna i lagen bygger till stor del på rättspraxis. Att skadestånd anses utgå under vissa förutsättningar innebär således inte att domstolarna, främst genom Högsta domstolens rättsskapande verksamhet, är förhindrade att gå vidare och utvidga ansvaret i olika situationer.” SOU 2010: 87 s. 65 f. Jfr Kleineman, 2011, s. 13 f.

för problem om man väljer rättsdogmatiken som metod.[76] H.L.A. Hart är en av de rättsteoretiker som intresserat sig för de svåra fallen utanför kärnområdet och är därför av intresse för förståelsen av kränkningsersättningen.[77] Ju mer ”öppen” den rättsliga regleringen är, desto viktigare blir kunskap om verkligheten, alltså den kontext vari rättsreglerna är tänkta att verka, vilket särskilt har uppmärksammats inom det socialrättsliga området.[78] Det är därför kanske inte så konstigt att just skadeståndsrätten varit så öppen inför olika externa perspektiv som exempelvis rättssociologi och rättsfilosofi, eftersom skadeståndsrätten är dynamisk med en särskild växelverkan mellan en kreativ och okonventionell rättstillämpning, doktrin och lagstiftning i samverkan.[79] Inom skadeståndsrätten har man en ständigt pågående diskussion om huruvida reglernas tillämpning verkligen motsvarar syftena bakom dem men också andra aspekter kan aktualiseras såsom nationalekonomi, rättvisehänsyn, sociala eller rent filosofiska. Precis som Hellner och von Eyben upptäckt krävs att man bryter med ”domarjuridiken” och dess vertikala perspektiv. Lars D Eriksson har beskrivit hur rättsliga målformuleringar grundande i olika policyorienterade fri- och rättigheter med nödvändighet aktualiserar kausala frågor om i vilken grad lagens syften realiseras. Detta behov ger upphov till att juristerna enligt Eriksson tvingas ”gå ut ur de juridiska fakulteterna” genom att så att säga gå ”ut”, bli mer problem- och samhällsorienterade och lämna ”fakulteternas domarfängelse” bakom sig.[80]

Ur ett rättssociologiskt normperspektiv är skadeståndsrätten intressant, dels eftersom normkällan till stor del utgörs av praxis, samtidigt som skadeståndsrätten, och särskilt kränkningsersättningen med dess nära koppling till straffrätten, utgör ett traditionellt och centralt rättsområde rörande handlingsfrihetens gränser.[81] Inom rättssociologin har man annars behandlat rättsområden där ramlagar spelar en viktig roll, just därför att dessa rättsområden har ansetts problematiska ur det traditionella rättsdogmatiska perspektivet som till exempel socialtjänstlagstiftning och arbetsmiljölagstiftningen.[82] Men man har varit sämre på att ta sig an de centrala och

76 Hydén, 2002, s. 72. Ramlagen inriktar sig inte främst på att normativt tillhandahålla materiella lösningar på reglerade problem utan vilka kompetensregler och procedurregler hur besluten ska fattas, vilket inte passar den deduktivt normrationella beslutsmodellen, som utgör idealet inom traditionell juridisk metod. Även om ramlagen som rättslig design svarar mot flera av det moderna samhällets materiella behov utav kollektiv reglering av olika sociala och ekonomiska aktiviteter genom instrumentella inskränkningar av processer för att uppnå olika mål, så finns det ett värde i den traditionellt juridiska normrationella modellens handlingsregler. Typiskt för både ramlagar och generalklausuler är att de kännetecknas av ett allmänt och vagt språkbruk. Därutöver är ord som “kränkning” och “upprättelse” naturligtvis förbundna med särskild osäkerhet och med en betydande gråzon.

77 Hart, 1997, s. 124 ff, Samuelsson, 2011, s. 129 f, Dahlman, 2010, s. 30.

78 Åström, 1988, s. 27. Åström lyfter fram behovet av en annan kunskapsproduktion, utöver den rättsdogmatiska, för att förstå tillämpningen av socialtjänstlagen.

79 Detta gäller även skadeståndsrättens relation till rättsekonomin liksom dess nära relation med straffrätten. Hellner & Radetzki, 2008, s. 30 ff.

80 Eriksson, 2003, s. 25.

81 Skadeståndsrätten är inte som rättsområde enbart regel- eller begreppsinriktad utan där samspelar även rättspolitiska avväganden och ”läror” som exempelvis normskyddsläran eller skyddsändamålsläran vilka bygger på komplexa analyser. Se Kleineman, 2011, s. 201 ff.

82 Hydén, 1985. Åström, 1988.

klassiska rättsliga disciplinerna inom civilrätten, som avtalsrätt och skadeståndsrätt, trots att dessa rättsområden, har flera vaga element, där man är hänvisad till allmänna skälighetsprövningar och utfyllande tolkning. Ersättningsrättsliga skälighetsavvägningar medför att rättstillämparen ofta har rätt att beakta sociala hänsyn i det enskilda fallet, vilket bryter mot den vertikala synen på rätten, se figur 1 ovan.[83] Därtill spelar doktrinen, eller rättare sagt rättsvetenskapen, en viktig roll inom skadeståndsrätten, vilket gör frågan om relationen mellan praktiken och teorin särskilt aktuell inom det skadeståndsrättsliga området.[84] Avhandlingen kretsar till stor del kring rättstillämparperspektivet och mindre på lagstiftaren som utgångspunkt för den rättssociologiska analysen. Genom att jag fokuserar på under vilka förhållanden som rättstillämparen verkar, kommer även lagtolkning och rättskällefrågor att aktualiseras. Skadeståndslagen bygger till stor del på kodifierad praxis samtidigt som rättsområdet försätter att utvecklas genom nya prejudikat och allmänna principer som tolkas och diskuteras inom den rättsvetenskapliga litteraturen. Sammantaget är därför skadeståndsrätten till stora delar okodifierad, de olika principerna, funktionerna och lärorna som är centrala för rättsområdet har ofta oklara gränser och det råder inte nödvändigtvis konsensus om dess närmare innebörd men den skapas och omskapas till stor del genom den rättsvetenskapliga diskursen och rättstillämpningen.[85] Rättsreglernas ursprung och syfte/mål kommer dock in vid förståelsen av dess funktion.

Inom normens praktik spelar olika former av sanktioner en viktig roll.[86] Sanktioner kan vara informella och icke-rättsliga, men utgör också en viktig del av rättens uppgifter och är då ytterst kopplade till olika former av tvång och ytterst av statens våldsmonopol. Klassiska rättsliga sanktioner är straff, skadestånd och vite, som innehåller både reparativa och preventiva inslag. Men även den allmänna förmögenhet-

83 Dufwa, 1993, s. 1769.

84 Kleineman, 1987, s. 106 f. Därför öppnar gärna skadeståndsrättsliga framställningar upp frågor av rättspolitisk karaktär om domstolarnas roll i relation till lagstiftaren.

85 Jämför Schultz om "rättsvetenskapens konceptualiseringsfunktion", Schultz, 2007, s. 66. Så har även bilden sett ut under lång tid och den är liknande i de övriga nordiska länderna. W. E. v. Eyben beskriver exempelvis ersättningsrätten som "(e)t område, hvor domstolene har ledet retsudviklingen." v. Eyben, 1970, s. 50.

86 Baier & Svensson, 2009, s. 115 ff. Strömholm beskriver de rättsliga sanktionerna: "När vi här upptager de *sanktioner*, med vilka åtlydnad gentemot rättsordningen säkras i samhället, under rubriken "byggstenar" i rättssystemet, innebär detta inte att sanktionerna skulle utgöra en särskild grupp av grundelement, sidoställda med normerna. Termen "sanktion" är - på ett sätt som påminner om termen "rättighet" - en sammanfattande komprimerad beteckning för rättsliga fenomen, som skapas och regleras av en eller, oftare, flera normer. Sanktionerna utgöras av "standardpaket", mer eller mindre färdiga, till rättsordningens förfogande stående lösningar, regelmässigt komponerade av ett antal handlingsnormer (förhållningsregler), som kan "hakas på" en enskild beteendebestämmande norm eller ett helt komplex av normer; de är i denna mening inte enskilda "byggstenar" utan mer omfattande färdiga "element", som nyttjas vid rättssystemets uppbyggnad." Strömholm, 1996, s. 285. Strömholm kopplar sanktionen till rättssystemets uppbyggnad och mindre till hur sanktionen fungerar "löpande" i rättssystemet och särskilt gentemot de som sanktionen riktar sig emot. Vi kan ta med oss beskrivningen av sanktionen som ett "standardpaket", som kopplas in vid olika handlingar och beteenden, vilka tillsammans bildar ett komplext "element" av olika normer.

srätten innehåller sanktionsmöjligheter vid till exempel konsumentavtal eller olika förfaranden mot tro och heder. Skadestånd är en tydlig och central sanktion för ett normbrott (speciellt när det gäller kränkningsersättning till brottsoffer) men ligger genom sin civilrättsliga grund närmare det sociala, icke-rättsliga fältet. Vilken roll och vilken status skadeståndsinstitutet har i ett givet samhälle antas ofta spegla samhällets sociala och politiska uppbyggnad och då särskilt dess förhållande till rätten som konfliktlösningsarena.[87] Främst är det skadeståndsrättens viktiga och uråldriga culparegel, som tar fasta på ansvarsutkrävandets moraliska grund, eftersom regeln innebär att skadestånd bara ska utgå om skadegöraren handlat med dolus (avsikt) eller culpa (vårdslöshet) och därmed haft skuld till det inträffade, medan casus (olyckshändelse eller våda) medför ansvarsfrihet.[88]

Möjligheten för brottsoffer att erhålla kränkningsersättning är alltså i grunden 40 år gammal (även om det inte kallades kränkningsersättning och brottsoffer då) och dess betydelse har rättspolitiskt ökat och dess betydelse uppmärksammats, vilket återspeglas i förtydligandet av ersättningstypens betydelse i lagstiftningen (prop. 2000/2001:68), rättsfall (till exempel NJA 1991 s. 766 och NJA 2005 s. 462), inrättandet av Brottsoffermyndigheten 1994 och den viktimologiska forskningen. Den speciella ersättningstypen kränkningsersättning har således expanderat och fått ökad rättspolitisk betydelse. Samtidigt finns det en uppmärksammad osäkerhet kring ersättningens funktion och betydelse. För att kunna ersätta kränkningen antas ersättningen både behöva och kunna spegla brottsoffrens behov och allmänhetens förväntningar (de förhärskade etiska och sociala värderingarna på området). Ett behov av olika ”feedback”-mekanismer och återkoppling ligger även väl i linje med den svenska skadeståndsrättsliga traditionen.[89]

1.2 Avhandlingens syfte

Kränkningsersättning ska ersätta brottsoffret för den rent ideella skada som brottet kan ha medfört. Ersättningen ska bestämmas skönsmässigt men i enlighet med den i samhället rådande uppfattningen av kränkningens allvarlighet. Att man valt en sådan lösning beror dels på att det saknas en neutral värderingsmetod och dels att ersättningens förmåga att fungera som ersättning för brottsoffret troligen är beroende av att den speglar en social kontext. Ersättningstypen kan sägas väcka frågan vad som definierar och avgränsar ett rättsområde. Frågan kan besvaras genom att man förhåller sig förutsättningslös om vilket kunskapsbehov som rättsområdet aktualiserar. Svaret kommer då att innehålla aspekter, som ligger utanför hur rättsområdet definieras från ett rättsligt perspektiv och göras beroende av besvararens position. En

87 Baier & Svensson, 2009, s. 150.
88 Agell & Malmström, 1994, s. 279 f.
89 Den går tillbaka till Lundstedt och Ekelöf, Hellner, 1972, s. 299 ff.

sådan analys rör sig på makronivå och handlar om det positionskonsistenta synsättet, där den vägledande principen är att se ersättningsområdet ur sin historiska, kulturella och sociala kontext.[90] Givet ett sådant övergripande synsätt placeras rättsområdet i ett vidare sammanhang, vilket även är vanligt vid rättssociologiska perspektiv, som aviserar en annan metod än den traditionellt rättsliga.[91]

Avhandlingen rör således i korthet relationen mellan kränkningsersättningen som rättsområde och den sociala kontexten, vari ersättningen verkar. Tidigt såg jag hur ideellt skadestånd bar på överskridande drag, som intresserade mig, när jag började studera rättsområdet.[92] Ur den insikten växte tanken på att rättsområdet kunde fungera som ett exempel på hur discipliner och kunskapsområden möts och kan mötas inom ett intressant och relevant rättsområde. Min ambition är att påvisa att den rättssociologiska förståelsen av rättens interaktion med det omgivande samhället och den kunskap, som den empiriska forskningsmetoden kan generera, har praktisk relevans.

Syftet är att:

> *Genom en empirisk rättsociologisk studie, undersöka hur brottsoffrens rätt till kränkningsersättning uppfylls och utreda förutsättningarna för betydelsen av rättssociologisk kunskap i relation till rättsområdet.*

Rättsområdet utgörs av kränkningsersättningen till brottsoffren, som då närmast fungerar som en fallstudie för en förutsättningslös analys. Genom avhandlingsarbetet har därför olika omständigheter eller ”premisser” undersökts i relation till den empiriska undersökningen. En sådan premiss har jag kortfattat beskrivit ovan och den utgörs av att det finns en öppning i lagen, som ger rättstillämparen ett ”mandat” att göra en extensiv fri teleologisk tolkning, eftersom kränkningsersättningen som rättsområde utgör ett ”säreget fall”, som väcker metodologiska frågor, vilka går utöver den traditionella rättsdogmatiska metoden. En annan sådan premiss utgörs av att finna och utarbeta en teoretisk förståelseram, som ger de teoretiska verktyg, som behövs för att förstå hur rätten fungerar, när den ställs inför kränkningsersättningen som rättsområde. En sådan rättsteori om vad gällande rätt utgör har rättsteoretikern H.L.A. Hart (1907-1992) från Oxford presenterat, där han delar rättsreglerna i primära (till exempel olika påbud och förbud) och sekundära (vilka är indirekta

90 Claes Lernestedt har utvecklat en förståelse för värdet av att se ”systemet som ett helt” och ett positionskonsistent synsätt på olika brottsofferskepnader och dess relation till straffrättsliga och skadeståndsrättsliga syften och mål. Lernestedt, 2011, s. 435.

91 Hydén, 2002, s. 67.

92 Enligt den tidigare bestämmelsen i skadeståndslagen om ersättning för lidande framgick vad som avsågs vara ersättningsberättigade omständigheter genom följande uppräkning: ”lidande som någon tillfogar annan genom brott mot den personliga friheten, genom annat ofredande som innefattar brott, genom brytande av post- eller telehemlighet, intrång i förvar, olovlig avlyssning eller olaga diskriminering eller genom ärekränkning eller dylik brottslig gärning.” SFS 1986:445. Rättsområdet har något ”eklektiskt” över sig och står således relativt öppet inför rättspolitiska strömningar i samtiden.

genom att de reglerar användningen av de primära reglerna).[93] Ur ett rättssociologiskt normperspektiv menar jag att Hart är intressant, eftersom hans teori riktar uppmärksamheten på processen runt vilka normer som tillhör rättssystemet. Här spelar den juridiska professionen en viktig roll genom att de sekundära reglerna, och då främst ”igenkänningsregeln” eller ”erkänningsregeln”, rör frågan om vad som faktiskt erkänns som gällande rätt i en viss rättsordning. Med hjälp av rättsteorin tydliggörs det interdisciplinära hos den tvärvetenskapliga rättssociologin genom att knyta samman det rättsliga fältet med det samhälleliga men också genom diskussionen om fundamentala värden.[94] Utifrån mitt intresse att undersöka betingelserna eller premisserna för den rättssociologiska undersökningen, får avhandlingen även en idéhistorisk prägel, där rättsfilosofiska ståndpunkter ses som relevanta faktorer som ingår bland de orsaker, som formar rättsordningen, alltså det horisontella perspektivet enligt Hydéns figur. Harts rättsteori öppnar upp för möjligheten att föra såväl rättsliga som sociologiska resonemang i relation till hans beskrivning av vad som utgör gällande rätt, samtidigt som Hart möjliggör en återkoppling till analytisk vardagsspråksfilosofi. Ur ett mer generellt sociologiskt perspektiv kan frågan om normer ses som relationen mellan de formella normerna utryckt i ”ramnormsystemet” och de sociala normerna inom olika partikulära normsystem, exempelvis brottsoffer som erhåller kränkningsersättningen. Vad som utmärker rättsområdet är det faktum att lagstiftaren placerat ”normkällan” för hur ersättningen ska bestämmas i den sociala kontexten men där återfinns även ”normmottagaren”, alltså brottsoffret. Frågan uppkommer då om det finns någon regelbundenhet avseende de olika dispositioner, som kan intas gentemot ersättningen, som tillsammans bildar ett slags imperativ.[95]

93 Hart, 1997, s. 79 ff.
94 Gustafsson, 2002, s. 94.
95 Segerstedt, 1972, s. 601 ff.

1.3 Problemformulering och frågeställningar

Efter introduktionen till rättsområdet och en övergripande beskrivning av dess rättssociologiska relevans, är det nu läge att bli konkretare och presentera problemformuleringen och frågeställningarna. För mig är det centralt att försöka kombinera de problem, som aviseras i det juridiska materialet, alltså rättskällorna, med ett samhällsperspektiv och en lyhördhet inför sociala frågor för att motsvara forskningens *samhällsrelevans.*[96] Hellner beskriver tre övergripande angreppssätt: ”efter de problem som anvisas av det juridiska materialet, efter samhällsproblemen i vidsträckt mening, och genom en kombination av dessa båda.”[97] Mitt angreppssätt motsvaras mest av det sistnämnda, alltså kombinationen av rättsligt material och samhällsproblem, som i mitt fall utgörs av den viktimologiska aspekten på brottsoffrens kränkningsersättning. Men samtidigt finns det, som beskrivits kortfattat ovan, kända problem med kränkningsersättningen och övrigt ideellt skadestånd, som beskrivits i såväl doktrin som förarbeten under en lång tid.[98] Avgörande för problemformuleringen och utformningen av min studie är också den metod som lagstiftaren angett för att bedöma kränkningen och som förutsätter kunskap om hur olika kränkningar uppfattas. Det betyder även att jag ligger närmast den tredje av Thomas Mathiesens tre rättssociologiska frågeställningar: ”I vilken utsträckning existerar det en växelverkan mellan rättsregler/rättsliga avgöranden/rättsinstitutioner och samhällsförhållanden i övrigt.”[99]

Mitt problemområde utgår alltså från vissa antaganden om några centrala aspekter för mitt ämne. Dessa kommer närmare att undersökas i avhandlingen men kan sammanfattas och presenteras nedan i sammanfattad form: Behovet av att undersöka skadeståndsreglernas förmåga att ge upprättelse för, och skydd mot, ingrepp i den enskildes rättssfär är sedan längre uppmärksammat (jämför Hellner angående kunskapsbehovet om ”verkligheten”).[100] Svårigheterna att ersätta ideella skador med pengar utifrån de teoretiska och praktiska problem, som ersättningen medför, har präglats av en restriktiv hållning, som resulterat i rättspolitiska krav på höjda ersättningsnivåer, inrättandet av Brottsoffermyndigheten, kränkning ersatte lidande som

96 Se Sandgren, 2009, s. 283 om rättsvetenskaplig samhällsnytta och vetenskaplig kvalitet.

97 Hellner, 2001, s. 82

98 Åke Lögdberg i sin anmälan av Ekstedts avhandling om ideellt skadestånd för personskada från 1977 att ”Ideellt skadestånd sådant det utkristalliserats i svensk lagstiftning, rättspraxis och i viss mån även doktrin kan väl förliknas vid ett föga omhuldat styvbarn.” Därutöver anger han två orsaker till varför ideellt skadestånd varit satt på undantag, att det funnits en uppfattning att det är ovärdigt en människa att låta sig värdera sig och sina känslor i pengar och beräkning med hjälp av den så kallade differensmetoden (den ekonomiska skillnaden mellan skadan och ett hypotetiskt skadelöst skeende). Lögdberg, 1978 s. 356 ff.

99 De två andra är i korthet: 1) hur samhällsförhållandena påverkar rätten och 2) hur rätten påverkar andra samhällsförhållanden. Mathiesen, 2005, s. 18.

100 SOU 1969:58 s. 46.

ersättningsgrund.[101] Slutligen riskerar kunskapsbristerna kring rättsområdet att ge upphov till legitimitetsproblem mot bakgrund av rättsväsendets ambitioner att gottgöra brottsoffer och fri- och rättighetskränkningar.

Sammantaget är den ultimära avsikten med ersättning för kränkning – att lindra verkningarna av kränkningen genom reparations- och upprättelsefunktionen är beroende av ett primärt mål – att rättstillämparen, vid ersättningens bestämmande, ska spegla rådande etiska och sociala värderingar i samhället. Men är detta möjligt om det saknas en adekvat metod för att värdera den rent ideella skadan i monetära termer? Problemområdet är därför både teoretiskt och praktiskt/empiriskt. Utgångspunkten är en öppen och förutsättningslös hållning gentemot det faktum att kränkningsersättningen kan ha andra eller fler ultimära mål, liksom att andra primära mål kan inverka och påverka möjligheten att nå de ultimära.[102] I korthet är ultimära mål sådana, som har ett värde i sig, medan primärmålen tjänar som medel för de förra. Här kan det vara lämpligt att återge syftet med kränkningsersättningen – att ge brottsoffret upprättelse och gottgörelse för den kränkning, som brottet medfört hos denne. Även om ambitionen är mer modest och istället syftar till kompensation och att lindra verkningarna av kränkningen, återstår problemet med att man inte riktigt vet hur detta fungerar i praktiken. Därför vet man inte heller om, eller i vilken grad, man lyckas med ambitionen att ersätta kränkningen hos brottsoffret. Det här problemet har en dubbelhet; en sida är mer rättslig och rör den interna skadeståndsrättsliga systematiken, vilken har rättsteoretiska kopplingar om rättens enhet, koherens och kunskapsbas, den andra sidan rör det viktimologiska om samspelet mellan brottsoffer och rättsväsendet, främst då de rättsliga institutionerna och deras praxis men också den rättssociologiska om rättens möjlighet att motsvara sociala och etiska förväntningar i samhället.[103] I en förenklad mening är den första sidan mer teoretisk och den andra representerar ett mer reellt eller praktiskt problem men en sådan uppdelning är just förenklad och motverkar möjligheten till en fördjupad förståelse, oavsett från vilken sida man betraktar saken.[104] Eftersom problemområdet och min problemformulering är relativt generell och övergripande med flera möjliga och relevanta infallsvinklar, har jag valt två frågeställningar kopplade till kunskapsin-

101 Se t ex SOU 1992:84. Schultz har identifierat en rad problem bl.a. orsakskravet, skadeståndsrättens inre moralitet, dess funktion, den kollektiva metoden, skönsmässiga beloppsbestämningar och så vidare. Schultz, 2008 s. 31ff.

102 Hellner, 2001, s. 88 ff.

103 Det betyder att jag ligger närmast den tredje av Thomas Mathiesens tre rättssociologiska frågeställningar. ”I vilken utsträckning existerar det en växelverkan mellan rättsregler/rättsliga avgöranden/rättsinstitutioner och samhällsförhållanden i övrigt.” Mathiesen, 2005, s. 23.

104 Det är ur ett övergripande perspektiv ett klassisk rättssociologiskt problem att tillhöra två kunskapsfält, där även den enskilda forskaren kan mer eller mindre tillhöra endera fältet. Ett av de mer ambitiösa försöken att hantera denna belägenhet i grunden utgör enligt min mening Måns Svenssons avhandling. Svensson, 2008, s. 35 ff. Samtidigt gäller ännu vad Per Stjernquist här formulerar om det ”ständiga dilemmat”: ”Forskningen förutsätter å ena sidan insikt i samhällsvetenskaplig teoribildning och samhällsvetenskapliga metoder samt å andra sidan en intim kännedom och behärskning av det rättsliga materialet. Båda dessa led är lika viktiga.” Stjernquist, 1958, s. 150. Eller med G. F. Puchtas ord ”endast det förfarande är ensidigt som behandlar en sida såsom vore den helheten.” Wilhelm, 1999, s. 15.

tresset, som väglett mig genom mitt forskningsprojekt, utformningen av metoden och vid empirianalysen:

1. Kan den icke-ekonomiska skadan värderas i pengar och finns det uppfattningar om ersättningsnivåerna i samhället utifrån inkommensurabiliteten och differensproblematiken hos kränkningsersättningen?
2. Speglar Brottsoffermyndighetens praxis normerna och värderingarna i samhället som det är tänkt enligt lagen?

Svaret på frågeställningarna är styrande för avhandlingens teoretiska och avslutande analysdel. Där finns således en ambition att återföra resultaten till frågan om vad som konstitutionerar kränkningsersättningen liksom en diskussion kring de ultimära och primära målen. Här ges även utrymme för att diskutera konsekvenser och verkningar av rättsområdet i relation till de empiriska resultaten utifrån generella antaganden om att ersättningstypen har befäst sin position och status. Det aktualiserar behovet av att se de olika förutsättningarna ur ett vidare perspektiv, med en bredare begreppsapparat. Empirin och empirianalysen handlar om, mer allmänt uttryckt, vad det innebär att värdera och uppskatta något som saknar känt värde. Problemet rör en uppskattning men utan tillgång till regler och normer eller en kunskap om praxis. Ur ett brottsofferperspektiv rör problemet hur man kan bli kompenserad, få upprättelse eller bli ”reparerad” genom en ekonomisk överföring, om man inte ens vet värdet på skadan? För den som upplever att problemområdet ovan beskrivits på ett sätt som medfört en slagsida åt det rättsvetenskapliga kan, problemområdet också beskrivas från Torgny Segerstedts perspektiv: De ultimära och primära medlen liksom relationen mellan skadestånds- och straffrättsliga rättsmedel, utgör sammantaget ramnormsystemet och det är dess relation till de partikulära normsystemen, som står i fokus för avhandlingen, eftersom den aktuella normkällan och normmottagarna kan placeras bland de partikulära normsystemen.[105] Jag skriver ”kan”, eftersom det också är korrekt att hävda att normkällan och normmottagarna delvis utgörs av lagstiftaren och rättstillämparen.

1.4 Översiktlig metodbeskrivning

Samhällsvetenskapliga metoder gör det möjligt att undersöka hur ersättningen fungerar, vilken social situation som den verkar i samt vilka normer och värderingar som är relevanta för rättstillämpningen. En rättsdogmatisk metod ger dålig kunskap om hur ersättningen fungerar och hur ersättningsnivåerna ska utformas i praxis, eftersom lagens rekvisit är så vaga. Det har aldrig utförts någon liknande enkätundersökning

105 Segerstedt, 1972, s. 601 ff.

om det allmänna rättsmedvetandet på området, vilket medfört att kunskapsbehovet är stort, samtidigt som kränkningsersättningen spelar en allt större rättspolitisk roll. Forskningsprojektet utgår från ett viktimologiskt kunskapsbehov om brottsoffrens situation, behov och intressen, vilket jag menar varit ett eftersatt område.[106] För rättsväsendets trovärdighet och förmåga att realisera sina utökade reparativa mål, så som den enskildes rättstrygghet och rättssäkerhet utifrån medborgarperspektivet och andra rättspolitiska ambitioner, är återkommande empiriska studier viktiga enligt min mening.

Det kunskapsintresse, som kränkningsersättningen aviserar, leder oss till ett av sociologins viktigare arbetsverktyg, frågeformuläret. Genom en medveten utformning och distribution försöker sociologin fånga in en viss dimension av något socialt problem, som man vill ha information om. Man ställer en rad frågor om olika aspekter kring det problem man vill utforska och sedan kan man med hjälp av dataanalysen försöka se något intressant om den sociala ”egenskapsrymd” som studerats.[107] Här utgörs denna sociala ”egenskapsrymd” av brottsoffrens och allmänhetens erfarenheter och uppfattningar om den kränkningsersättning till brottsoffren, som Brottsoffermyndigheten betalar ut. För att nå studieobjektet närmare krävs dock en medvetenhet om att den del av verkligheten, som studeras, står i en direkt relation till de begrepp vi har/gör oss om det aktuella fenomenet. Kunskapen om verkligheten är alltid begreppligt förmedlad, vilket är en viktig epistemologisk aspekt.[108]

Under arbetet med metoden har jag operationaliserat och försökt att begreppmässigt definiera den rent ideella ersättningen. Ordet *rent* syftar här på det, vars ursprung är oberoende av det sinnliga. Ordet *ideell* betyder icke-ekonomisk eller det som är utan känt värde. *Ersättning* ser jag utifrån ett korrektivt synsätt, där ersättning helt enkelt är en balans mellan skadan och återställningen och upprättelsen enligt Aristoteles tanke om att rättvis ersättning är precis mitt emellan för mycket och för litet. *Kränkning* definierar jag som en otillåten överträdelse av, eller underlåtenhet att respektera, en ”helig” gräns. Kränkningsersättningen till brott utgår ifrån ett brott och min definition av brottet är en uppsåtlig eller oaktsam gärning i strid med lag som skyddar person, frihet, frid eller ära.

Här nedan finns en kortfattad översikt av den empiriska kunskapsinhämtningen, som består av två enkätundersökningar, en till ett urval av befolkningen om deras syn på ersättningssystemet och en till ett urval av brottsoffer, som erhållit kränkningsersättning från Brottsoffermyndigheten. Med hjälp av en vinjett bestående av fall hämtade från Brottsoffermyndighetens referatsamling får båda respondentgrupperna

106 Projektet har tagit intryck av den kritiska viktimologi, som bland anndra Ezzat Fattah presenterat. Konsekvensen av den kritiska viktimologin anses vara att begrepp som skada och ersättning får mer centrala roller, att gränsen mellan straffrätt och civilrätt suddas ut och att den reparativa rättvisan tar större plats. Wergens, 2002, s. 27.

107 Asplund, 1968, s. 20.

108 Man kan se den vetenskapsteoretiska utvecklingen som en pågående problematisering kring relationen mellan det erfarande subjektet och studieobjektet. Vetenskaplig verksamhet står, så att säga, på Immanuel Kants axlar och dennes kopernikanska vändning med distinktionen mellan tinget i sig och tinget för mig.

ange vilket belopp, som.de anser borde utgå för att ge ett brottsoffret upprättelse mot bakgrund av graden av kränkning i det återgivna fallet. Även jämkningsmöjligheterna, som motiveras utifrån kriminalpolitiska hänsyn mot bakgrund av brottsoffrets eget agerande, undersöks genom vinjettmetoden. När man i kriminologiska och rättssociologiska sammanhang pratar om allmänt rättsmedvetande, brukar man göra en åtskillnad mellan tre typer av rättsmedvetande – det generella, det informerade och det konkreta. Dessa skillnader beskriver hur man metodologiskt har nått kunskap om rättsmedvetandet och beskriver alltså skillnader i hur själva designen på hur empirin samlats in.[109] Även jag har utgått ifrån denna uppdelning vid min utformning av metoden. Det innebär att det generella rättsmedvetandet undersöks genom traditionella enkätfrågor, medan det informerade utgörs av vinjettdelen, där respondenten får ta ställning till konkreta exempel efter en text, som beskriver ersättningstypen. De personer, som erhållit kränkningsersättning utbetalad från Brottsoffermyndigheten under en månads tid, kontaktades med en utvidgad enkät bestående av frågor om hur ersättningen har upplevts och fungerat utifrån de ambitioner, som finns enligt lagen. Grundenkäten består av en rad frågor om erfarenheter av brott, vilken roll man tror att kränkningsersättningen spelar och om man är positiv till att brottsoffer erhåller kränkningsersättning från Brottsoffermyndigheten.

För att få viss kvalitativ kunskap om ersättningens roll och funktion, hur den fungerar i praktiken uttryckt av brottsoffren själva, har de kommentarer som brottsoffren kunnat lämna på sin enkät sammanställas. Utifrån dessa berättelser och kommentarer, som kretsar kring erfarenheter och värderingar av ersättningens roll som medel för att få upprättelse, ges en viss inblick i hur de upplevt sin situation. Denna kvalitativa del är mer förklarande och söker en förståelse för brottsoffrens livsvärlden och ger samtidigt en förståelse av rättsmedvetandet eller rättskänslan hos respondenterna. Även den elektroniska enkäten, som riktade sig till allmännheten, innehöll en möjlighet för respondenten att lämna egna komentarer. Exempel från båda respondentgruppernas kommentarer återges och tolkas i ljuset av enkäternas övriga resultat. En mer utförlig beskrivning av enkätundersökningarna återfinns i metodkapitlet.

109 Senast tillämpat av Kristina Jerre och Henrik Tham i rapporten ”Svenskarnas syn på straff”, 2010.

1.5 Avgränsningar och disposition

Kortfattad översikt av avhandlingen:

1. Den första delen (kapitel 1-4) syftar till att ge en beskrivning av hur rent ideell ersättning har vuxit fram i relation till olika relevanta samhälls- och rättsfenomen. Här presenteras även min övergripande problemformulering, frågeställningarna, mina teoretiska utgångspunkter och metoden. Denna del utgör således en litteraturstudie, där analys av rättskällorna utgör en viktig kunskapskälla och grund för de kommande momenten.

2. Den andra delen (kapitel 5) består av de båda empiriska enkätstudierna och syftar sammanfattningsvis till att ge ett underlag till en bedömning av skadevärdet hos olika kränkningar, som ersätts med kränkningsersättning liksom hur brottsoffren upplevt sin situation. Denna del utgår från problemområdet och den rättsliga utformningen av den aktuella ersättningstypen. Svaret på frågan om den rättsliga utformningen och tillämpningen av kränkningsersättningen speglar folks förväntningar och värderingar av kränkningen för ett visst brott men säger också något viktigt om vad en rent ideell skada är för något i relation till inkommensurabilitets- och differensproblematiken. I samband med denna undersökning ställs således även frågor till de båda respondentgrupperna om deras uppfattning av kränkningsersättningen som fenomen och funktion.

3. Den tredje delen (kapitel 6) är mer kausal till sin karaktär och rör förutsättningarna för att ersättningen skall kunna fungera som upprättelse och gottgörelse för den kränkning, som ett brottsoffer kan ha upplevt i samband med ett brott. Här kommer olika teoretiska aspekter in som exempelvis Harts rättsteori. Utifrån analysen av del två (2) är det möjligt att börja undersöka, när en empirisk rättssociologisk undersökning utifrån en lags normativa och värdemässiga suppleringsbasis får relevans för den interna rättsliga förståelsen av ett rättsområde och vad det får för konsekvenser för förståelsen av rättsområdet[110]. Det är ju fullt möjligt att svaret är beroende av vad den empiriska

110 Begreppet ”suppleringsbasis” används av Peczenik vid beskrivningen av tolkningsmetoder, tolkningsregler och olika tolkningsargument. Peczenik, 1974, s. 65 f. Supplera syftar på att (ut) fylla en lucka. Peczenik skriver ”att den ifrågavarande texten suppleras av en annan text eller av andra data.” Suppleringsbasis är således det material som är behjälpligt vid tolkning och för tillämpningen av en rättsregel. Främst är det fråga om den språkliga kontexten men det kan också enligt Peczenik omfatta andra omständigheter som rättviseföreställningar och värderingar. Olika tolkningar och tolkningsmetoder blandas i praktiken och olika former av suppleringsbasis löser det konkreta tolkningsproblemet. Ibid, s. 66. Genom Peczeniks användning av begreppet möjliggörs en öppning i den juridiska tolkningsläran mot beaktandet av empirisk kunskap om en rättsregels verkningar i relation till rättviseföreställningar i samhället eller värderingar hos berörda parter.

undersökningen säger om inkommensurabilitetstesen i den meningen att en sådan ”ojämförbarhet” inte existerar som en del av karaktären hos rättsområdet.[111] Den tredje delen har syntetiserande ambitioner och är ”sammanförande” i den meningen att fokus ligger på att förstå hur del två (2) blir relevant för del ett (1), givet ett rättstillämparperspektiv och det viktimologiska kunskapsbehovet. Här diskuteras därför skadeståndsrättsliga frågor, rättsligt relevanta kunskapskällor och vad de olika resultaten betyder ur olika rättsteoretiska perspektiv som exempelvis sekundära och primära regler enligt Hart, men också regelföljande och tolkning som allmänna sociala aktiviteter. Det praktiska underifrånperspektivet (empirin) kombineras med ett teoretiskt perspektiv genom en fördjupning av teori och problemområde, som möjliggör en re-analys av det empiriska materialet och utvecklandet av vad som kan liknas vid ”grundad” teori.[112]

Sammanfattningsvis utgår jag från rättsområdets specifika teoretiska och praktiska utmaningar som aviserar ett sociologiskt kunskapsbehov, vilket jag tagit fasta på genom min enkätundersökning.[113] Dess resultat kan sedan förhållas till rättsområdet och den faktiska rättstillämpningen men detta aktualiserar frågan om på vilken teoretisk grund, som detta låter sig göras. Den teoretiska grunden måste vara förankrad inom det rättsliga fältet för att vara trovärdig, annars blir det blott en studie, som studerar rätten utifrån utan någon kontakt med den verklighet, som ursprungligen skapat forskningsfrågan. Min ambition har därför varit att försöka vara interdisciplinär och tvärvetenskaplig på ett sätt, som ligger praktiken så nära som möjligt.[114] Jag utgår från två omständigheter: (1) Rättsordningen ger vid handen en viss rätt till ersättning för rent ideella skador, som faller tillbaka på grundsatsen och den skadeståndsrättsliga principen att den skadelidande ska bli försatt i samma situation som innan skadan med hjälp av skadeståndet. (2) Harts ”mjuka” rättspositivism,

111 Denna tes utgår från en tanke om att det inte går att ”översätta” eller jämföra den icke-ekonomiska skadan till pengar. Det medfört att det inte går att säga att det ena är bättre än det andra, eller lika bra, det går heller inte att säga hur och när skadeståndet ersätter skadan, när den skadelidande har blivit över- eller underkompenserad och därför finns det ingen möjlighet att utvärdera om ersättningen åstadkommer de målsättningar, som det är tänkt att den skall åstadkomma (brottsoffrets upprättelse). Tanken att det inte finns en gemensam måttstock har beskrivits på ett flertal viss. Se Schultz, 2008, s. 76 ff.

112 Grundad teori ska vara sprungen ur empirisk forskning. Denscombe, 2009, s. 125 ff.

113 Då man inom sociologin ofta gör en åtskillnad mellan mikrosociologi och makrosociologi, uppkommer frågan till vilken kategori, som min studie tillhör. Se Brante & Fasth, 1982. Svaret är att båda perspektiven är aktuella, då både individens sociala förhållande och samhällsinstitutioners roll är relevanta för förståelsen av brottsoffrens kränkningsersättning.

114 För Reza Banakar och Max Travers är den interdisciplinära tvärvetenskapen, som kombinerar olika synvinklar och därmed ger upphov till nya perspektiv på rätten, grundläggande för rättssociologin. Banakar & Travers, 2005, s. 4 ff. Håkan Andersson har skrivit inspirerande om “interaktiv rättsvetenskap”: “En sådan tvär vetenskap får söka ‘översätta’ språken och redskapen från andra vetenskapsgrenar samt konkretisera och specialisera dem, så att interaktion och tvärdrag uppstår. Exempelvis får man som civilrättare (dvs i mitt fall) ta sitt materiella rättsområde på allvar, och till detta införa gångbara verktyg - ej bara ‘säga något annat’ på tvären och vid sidan av rätten.” Andersson, 2006, s. 12.

som beaktar osäkerheten inom rättsordningen och tolkningarnas betydelse, passar det skadeståndsrättsliga området, där principer och olika grundsatser intar viktiga roller. Mitt bidrag utgörs av den enkätundersökning, som utformades utifrån rättsområdets specifika innehåll och dess kunskapsbehov. Gällande rätt är någonting som står oberoende av både empirin och Harts teori men de både kan konkretiseras av varandra och givet Harts teori är de även relevanta på ett mer elaborerat plan, vilket även utgör en tillämpning och konkretisering av en rättsteori.

I kapitel 6 kommer framför allt Harts rättsteoretiska och rättssociologiska betydelse att utvecklas samtidigt som jag kommer att ta fasta på hans rötter inom analytisk filosofi och då främst vardagsspråksfilosofin så som den utvecklats av Austin och Wittgenstein. Hart bär på flera intressanta aspekter som utgår från att han ser rätten som en fråga om samhälleliga regler och vad det innebär att acceptera och följa regler i en social kontext. Min tillämpning av Hart utgår från i huvudsak från hans klassiska bok ”The Concept of Law” som utkom första gången 1961. Ambitionen är att spegla empirin och mitt rättsområde i ljuset av denna analytiska tradition för att nå en djupare förståelse av ämnet och samtidigt bidra till den rättssociologiska och rättsteoretiska debatten.

KAPITEL 2

Rättsområdet: Ersättning för kränkning

2.1 Några utgångspunkter

Som Hydén har formulerat det i boken ”Rättssociologi som rättsvetenskap” är forskarens perspektiv- och metodval beroende av vilket perspektiv denne har på rätten. Därför kommer följande inledande beskrivning att beröra olika perspektiv i relation till mitt ämne och min metod.[115] Rättsreglernas sociala funktion står här främst står i centrum. Detta perspektiv aktualiserar behovet av samhällsvetenskap för att studera de verkliga problemen i samhällslivet snarare än de konceptuella konstruktionerna.[116] Detta perspektiv, och dess betonande av reglering av beteende för att möjliggöra ett stabilt samhälle, leder närmast till en upplösning av gränserna mellan samhälls- och rättsvetenskapen.

2.1.1 Ett normperspektiv på de rättsliga och samhälleliga aspekterna av ämnet

En utgångspunkt är att rätten formas av i regel medvetna beslut mot bakgrund av rättsreglernas olika mål och medel.[117] Vid de ersättningar, som står i fokus för studien, finns det en osäkerhet kring vad som ersätts och hur, vilket gör att formuler-

115 Hydén, 2002, s. 68 ff. Rättens innehåll är även relevant för val av metod. Därför kommer en återkoppling till kränkningsersättningen som rättsområde att göras i texten, där det är befogat. Ibid, s. 72.

116 Zweigert & Kötz, 1998, s. 45. Bjarup, 2002, s. 33.

117 Ibid, s. 88.

ingar om olika ändamålsöverväganden och syften blir desto mer intressanta. Det talas exempelvis om att ett ersättningsbelopp har en ”reparationsfunktion”. Andra liknande formuleringar är ”gottgörelse, kompensation, lustkänslor, prevention, repression, klander, upprättelse, satisfaktion, hämnd, vedergällning, försoning, privatstraff m.m.”[118] Tanken är att den skadelidande ska ha full kompensation för sin skada och genom ersättningen ska denne ”få tillfälle till rekreation eller annan förströelse som annars inte skulle vara möjlig och att de besvär skadan fört med sig därmed skall kunna neutraliseras.”[119] Rättsområdet aktualiserar således olika ändamålsfrågor och funktionsresonemang, vilket redan Olle Ekstedt tagit fasta på i sin avhandling om ideellt skadestånd för personskada från 1977, när han väljer att anlägga en teleologisk tolkningsanalys av rättsområdet.[120]

Ekstedt pläderade för värdet av att normer används vid beloppsberäkningen ”och ger också själv förslag angående utformningen av normer med vilka de uppkommande beloppsbestämningsproblemen kan beaktas.”[121] Ändamålsvalen bör inte göras enligt någon speciell teknik enligt Ekstedt och ”(s)ynpunkterna kan hämtas från andra rättsområden eller vara egna värderingar hos den som uttalar sig.”[122] Till skillnad från Ekstedt menar jag att en empirisk rättssociologisk undersökning, utformad utifrån nära läsning av rättskällorna, är en bättre väg att grunda ett underlag för de normer, som kan vägleda vid beloppsberäkningen, men jag delar synpunkten på lämpligheten av den teleologiska lagtolkningsmetoden och kommer att diskutera den nedan.

För den läsare som upplever att avhandlingen medför en fixering vid de konkreta ersättningsnivåerna, kan det vara lägligt att här notera att frågan om ersättningens storlek brukar vara direkt kopplad till dess syfte. ”Det torde inte längre kunna hävdas att ersättningarna i Sverige ligger på en påfallande låg nivå vid en internationell

118 Ekstedt, 1977, s. 87 f. Jämför ”Det lidande som ersättas enligt 1 kap. 3 § skadeståndslagen avser känslor som den kränkande handlingen framkallat hos den skadelidande, såsom chock, rädsla, förnedring, skam eller liknande psykisk påfrestning som inte tar sig sådana medicinska uttryck att den är att anse som personskada. Att utsättas för en kränkande och respektlös handling kan också medföra en känsla av att brista i personligt värde och ha till följd att den skadelidande utestänger sig själv från den sociala gemenskapen.” SOU 1992:84, s. 213.

119 Ibid. Jämför Friberg, 2010, s. 731 ff.

120 Ekstedt, 1977, s. 34 ff, s. 87 ff. I Lögdbergs anmälan av Ekstedts avhandling kommenteras valet av teleologisk metod: ”den synens enligt min uppfattning lämplig för det ämne Ekstedt valt att behandla.” Lögdberg, 1978, s. 357. Även Mårten Schultz tar fasta på ett funktionsperspektiv, då han analyserar kränkningsersättningen: “Funktionsargumentet har här tolkats som argument, som innebär ett försök till förklaringar av skadeståndets praktiska, positiva konsekvenser. I förgrunden för denna analys har stått den funktion som i allmänhet tas för given i diskussionen om skadeståndet i allmänhet, inklusive kränkningsskadeståndet, nämligen reparationsfunktionen (eller, som den ibland kallas, kompensationsfunktionen eller helt enkelt ersättningsfunktionen).” Schultz, 2008, s. 143.

121 Ekstedt, 1977, s. 34. Uttalandet kan förefalla märkligt, om man inte samtidigt håller i minnet att man av tradition beskrivit värderingen av ideella skador som närmast normlös. Ibid, s. 87. Jfr SOU 1992:84, s. 133. Liknande beskrivningar återkommer flera gånger i doktrinen och bland förarbetena. Man har allmänt talat om avsaknaden av normer på det ideella skadeståndsrättsliga området. Persson, 1995, s. 188.

122 Ekstedt, 1977, s. 35.

jämförelse, om man bortser från rättssystem, där skadeståndet har ett delvis annat syfte."[123] Resonemangen här blir gärna abstrakta, då frågan om värderingarnas kunskapsmässiga status är av betydelse för tillämpningen av en teleologisk tolkningsmetod, eftersom denna metod öppnar för frågan om det är möjligt att diskutera val av ändamål på ett rationellt sätt vid rättstillämpningen och juridisk argumentation i övrigt. Ändamålet för en teleologisk tolkningsmetod kan exempelvis vara samhällsnyttan (utilitaristiska och rättspositivistiska tänkare som Bentham och Austin) eller rättsrealistiska (exempelvis Lundstedt), rättsekonomiska (Posner) eller olika rättviseteorier (som Kant eller Dworkin).[124] Uppfattningen att det är möjligt att diskutera val av ändamål och rättsreglernas verkningar på ett rationellt sätt är alltså viktig för frågan om empirins roll inom rättsvetenskapen.[125]

Följer man regelverket, som på "ytnivån", ger enskilda rätt till kränkningsersättning, vidare mot ersättningens rötter och rättens "djupstrukturer", framgår att den är förankrad i värden, intressen och normer som rättssubjekten garanteras i en rättsstat.[126] Ytterst är det värnandet om individens autonomi i form av integritet och den personliga friheten, som kan sägas utgöra skyddsintresset. Hydén har intresserat sig för vilka normer som blir rättsregler och konstaterar att "normer som är centrala för handlingssystemets reproduktion tenderar att upphöjas till rättsregler. Sålunda är livet och den kroppsliga integriteten ett starkt skyddsvärt intresse i de rättsregler, som omgärdar det sociala livet."[127] Hur rätten lyckas hantera den här formen av ersättning berättar därför om rättskulturen och om rätten som professionellt fält. Den lösning, som lagstiftaren valt, ger en betydande frihet till rättstillämparen att skapa rätt genom att tolka ersättningens storlek. Det aktualiserar alltså den teleologiska lagtolkningen, som berörts ovan, men också den fria tolkningsstilen, som Eugen Ehrlich tillsammans med sina lärjungar formulerade inom den så kallade frirättsskolan, som också fungerade som en föregångare till den moderna rättssociologin.[128] Ehrlich uppmärksammade rätten som ett samhälleligt fenomen, utöver att den är ett formellt normkomplex. Betydelsen av informella normer var en konsekvens av hans beskrivning av den "levande rätten" – samhällets och specifika gruppers moraluppfattning och normsystem i kontrast till den "skrivna rättens" formella normhierarki. Utifrån sina iakttagelser formade han idén bakom frirättsskolan (som betonade värdet av domarens fria skön och kritiserade begreppsjuridiken) och rättssociologin genom att djupare analysera spänningen mellan den formella rätten, sprungen ur maktens centrum, och avlägsna provinser. För att undvika "blinda fläckar" hos rättstillämparen,

123 Bengtsson & Strömbäck, 2011, s. 341.

124 Beskrivningen bygger till stor del på Jes Bjarups beskrivning, Bjarup, 2000. Enligt en nonkognitivistisk kunskapsteori är skiljandet mellan rättsvetenskapliga påståenden och rättspolitiska uttalanden central, medan i en kognitiv teori är rättspolitiska uttalanden uttryck för praktisk kunskap i värden, liknande den som rättssociologiska studier kan frambringa. Jfr, Glavå, 1999, s. 31 f.

125 Hellner, 2001, s. 111 ff.

126 Gustafsson, 2011, s. 127 ff.

127 Hydén, 2002b, s. 166.

128 Banakar & Travers, 2002, s. 285. Ehrlich fann inspiration hos den dynamiska romerska rätten. Ehrlich, 1962, s. 270, s. 478 ff.

och för att skapa förutsättningar för en följsam och mer samhällsanpassad rätt och rättstillämpning, uppmanade Ehrlich juristerna att gå ut och göra egna empiriska iakttagelser av den kontext vari rätten verkar.[129] Senare strömningar inom rättssociologin och rättsvetenskapen såsom reflexiv rätt, har på ett liknande sätt betonat värdet av den öppna proceduren som ett svar på kontextens ökade behov, krav och förväntningar.

Enligt den tidiga frirättsskolan är domaren fri att avgöra målet enligt sina egna värdeomdömen varje gång som ”svaret” inte klart framgår av lagtexten och domaren har ingen anledning att rätta sig efter sekundära rättskällor som till exempel lagens förarbeten.[130] En sådan extrem uppfattning är inte anpassad efter de förhållanden, som råder vid svensk rättstillämpning.[131] Istället finns det ett intresse för lagars och rättstillämpningens sociala, ekonomiska effekter på samhället och inte sällan utifrån specifika grupper eller aspekter som brottsofferperspektivet utgör. Det är därför betydelsefullt vad en sådan empirisk undersökning säger om vad det finns för sociala normer och värderingar, som är av betydelse och relevans inom ett visst rättsområde. Om validiteten är god utgår den från ett perspektiv, som är närmast i linje med intressejurisprudensens fokus på lagens målsättning och ligger i linje med den teleologiska lagtolkningen. Samtidigt leder den klassiska intressejurisprudensen till en rättstillämpning, som sker utifrån domarens eget gottfinnande, som i den meningen kan onödiggöra empirisk kunskap. Traditionellt har också skönsmässiga avgöranden om vad som till exempel utgör ”oskälighet” inom avtalsrätten inte ansetts varit

129 Klami, 1990, s. 154. Ehrlichs uppfattning var att det ändå inte är den formella rätten som nödvändigtvis vägleder domaren därmed han kan sägas föregå en ståndpunkt intagen av senare skolor som rättsrealismen (Jerome Franks ”frukostmetafor”) eller Critical Legal Studies. Skolan uppstod som en reaktion på den tyska begreppsjurisprudensens tro på att den gällande rätten fullständigt reglerar varje område av samhällslivet bara rättstillämparen lyckas inordna den aktuella rättsfrågan genom den väl utvecklade rättsdogmatiska metoden under de rätta rättskällorna. Dessa deduktioner riskerade att resultera i fastlåsningar vid tankesätt med orimlig rättstillämpning och därmed olyckliga rättspolitiska konsekvenser. Den tyska begreppsjurisprudensen hade utvecklades till en omfattande akademisk systematisering och textproduktion som i sin förläggning skymde de verkliga problemen inom det praktiska rättslivet. Istället menade skolan att domaren både kan och får avgöra om de rådande rättsreglerna är tillämpbara eller anpassade efter den aktuella rättsfrågan, som uppkommer vid rättstillämpningen. Som alternativ möjlighet, då de traditionella rättskällorna inte ger vägledning, har då domaren att tillgå den ”levande rätten” i form av icke-rättsliga normer och det fria rättsfinnandet bortom bundenheten till lagen.

130 Peczenik, 1974, s. 151.

131 Klami skriver att anhängare till det rättspositivistiska paradigmet ofta haft en djupt grundad misstro inför rättssociologin på grund av den historiska kopplingen till den frirättsliga rättskälleläran. Klami, 1990, s. 154.

möjligt att motiveras på annat sätt än utifrån domarens egen intuition.[132] Den typ av intressejurisprudens som jag tagit intryck av ligger närmare en som tar fasta på rättens ”skyddsändamål” och värderingarnas – både allmänna och rättsliga – betydelse för att fylla ut luckor i lagen.[133] En sådan hållning medför ofta att teleologiska faktorer får betydelse och kännetecknas av ett allmänt framåtblickande perspektiv samt är mindre auktoritärt än andra rättsliga metodläror.[134] Då ideell ersättning kännetecknas av skälighetsöverväganden och sådana etiska avvägningar kan innebära att tidigare inte relevanta hänsyn vinner ökad juridisk relevans över tid, visar de ideella ersättningarna på rättens öppna karaktär.[135] När nationalstaterna försvagas och de rättsliga influenserna åter rör sig över vida geografiska områden, kan det vara intressant att återkoppla till den högtstående ius commune, som rådde i 1800-talets Tyskland. Intressejurisprudensen byggde på Rudolf von Iherings avståndstagande från den tidigare av begreppsjurisprudensen och började driva linjen att de i samhället rådande intressena bör vara avgörande för rättsbildningen.[136] Ihering förtjänar att lyftas fram därför att han företräder en ambition att kombinera rättsvetenskaplig teori med praktisk erfarenhet och engagemang för rättens samhälleliga ändamål.[137] Ändamålet med regeln och det rättsligt skyddade intresset ställdes i centrum liksom ett modernt mål/medel-tänkande.[138] Från den ståndpunkten utvecklades synen på ”rättsnormer som ett avgörande av konflikter i samhället mellan olika intressen. Rättsvetenskapens uppgift var hädanefter att påvisa vilka intressen som lagstiftaren haft för ögonen. Domaren skulle i sitt arbete finna den norm som var skapad som lösning på den typ av intressekonflikt han hade framför sig. I avgörandet av intressekonflikten ingick också bestämda etiska värden.”[139] Efter en tids ”lagpositivism” har rättskulturen åter vitaliserats och perspektiverats. I en heterogen, global och

132 Andreas Norlén har gjort en översikt över hur svenska rättsvetenskapsmän har uppfattat problemet med att motivera den slutliga avvägningen mellan olika rimliga lösningar på ett rättsligt problem: ”Om man får tro Kellgren, Lehrberg och Peczenik (se ovan) kommer det slutgiltiga avgörandet – i brist på ytterligare argument – att träffas med hjälp av (Kellgren) erfarenhet, gott omdöme, sunt förnuft, hanteringstradition och socialt tryck, (Lehrberg) intuition styrd av yrkeskunskapen (som innefattar mer eller mindre medvetna insikter om hur rättssystemet fungerar) samt (Peczenik) personliga (intuitiva) preferenser.” Norlén, 2004, s. 84. Jfr Hellner som skriver att subjektiva ställningstaganden och personliga värderingar återstår i fråga om fundamentala frågor som den att de skadelidandes behov är viktigare än den ekonomiska effektiviteten. Detta förhållande menar Hellner utgör inget hinder mot en positivistisk hållning inom rättsvetenskapen. Hellner, 2001, s. 127.

133 Andersson, 1993. Hellner, 2001, s. 141 ff.

134 Ibid, s. 145.

135 Bengtsson, 1984, s. 81, se även Pezcenik, 1995, s. 502 om öppna etiska avvägninar.

136 Klami, 1990, s. 135, Hellner, 2001, s. 136 f.

137 Modéer, 2009, s. 102 f.

138 Hellner, 2001, s. 207 f. Således uppkommer nya frågor om konsekvenser, funktioner och rättsreglers syften, Klami, 1990, s. 143.

139 Tamm, 1996, s. 318. Att intressekonflikter, maktkamper och skilda samhällsperspektiv är nära förbundna till rättsordningen är alltså inget verk av senare konflikt- och kritiska perspektiv på rätten utan en utgångspunkt för Ihering. För honom var rättens realistiska sida snarare makt än ett system av regler men han saknade förståelsen för hur maktintressen även kan påverka vid *tillämpningen* av rätten även om han var kritisk mot tendenser i den dåtida rättstillämpningen. Ödmann, 1993, s. 88. Aubert, 1972, s. 82 f.

pluralistisk rättskultur blir frågor och svar ”öppnare”, därtill kan läggas en allmän juridifiering och individualisering som ger rättslig tolkning och prioriteringar ökad betydelse.[140]

Den empiriska undersökningen om kränkningsersättningen som utgår till brottsoffren har i huvudsak utformats utifrån hur lagen är formulerad och det uppdraget den ger rättstillämparen. Enkätstudien måste vidare uppfylla grundläggande reliabilitetskrav för att trovärdigt säga något av relevans och vidare läggas till grund för skilda argument och avgöranden. I mitt fall verkar det vara så, att en utgångspunkt i intressejurisprudensen och teleologisk lagtolkning vid utformningen av undersökningen i förlängningen kan avhjälpa något av den osäkerhet, som kringgärdar den rent ideella ersättningen för kränkning till brottsoffren. Utgångspunkten, att det saknas normer för ersättningsområdet, aktualiserar kunskap om rätten som samhälleligt fenomen ligger även i linje med Ehrlichs idéer om att juristen bör vidga rättskälleläran i syfte att nå en mer ändamålsenlig rättstillämpning i linje med samhällets föränderliga behov. Osäkerheten kring den aktuella ersättningstypens möjlighet att överhuvudtaget ersätta skadan är den faktor, som enligt min mening har störst betydelse för min studie.

Utöver det konkreta regelstoftet eller rättsordningsnivån där den skadeståndsrättsliga bestämmelsen om kränkningsersättningen ingår, finns olika begrepp, allmänna läror, principer och olika gränsdragningar, som har betydelse för reglernas systematisering och tillämpning. Genom att försöka förstå samspelet kan man se hur olika konstruktioner och traditioner möjliggör och begränsar olika argumentationsbanor, vilket kan förklara vilket genomslag en viss rättsregel får i praktiken.[141] Som vi sett ovan har rättsdogmatiska framställningar, genom sin systematiska karaktär, både deskriptiva och normativa dimensioner. Om man vill förstå vilken roll en rättssociologisk undersökning kan spela inom ett visst rättsområde, måste man beakta inte bara utfallet av den egna rättsdogmatiska utredningen för att fånga in det rättsområde, som är aktuellt, utan man bör även beakta hur rättsområdet presenteras och behandlas inom andra framställningar. För en framställning som har en ersättningsrättslig ambition är det särskilt viktigt att på liknande vis studera samspelet mellan olika rättsregler, begrepp ändamålsresonemang och hur den fungerar i praktiken, som Roos beskrivit.[142] Min ambition är därför att i Roos, Hellner och von Eybens anda använda olika analysmetoder och infallsvinklar på ersättningsområdet.[143] Detta betyder också att de olika referenserna till exempelvis Ekelöf, Ehrlich eller Ihering inte representerar en ambition att följa en tradition eller skola annan än den sammanvägande och pluralistiska metod, vars röter vi finner hos Savigny.[144] Peczenik

140 Olika kritiska perspektiv på den moderna rätten har framställts inom rättssociologin utifrån frågan om dess identitet och värde. Jfr Modéer, 2009, s. 327 ff.

141 Gustafsson, 2002, s. 47 ff. Glavå, 1999, s. 40 f. Wilhelmsson, 2001.

142 Roos, 1990, s. 21 ff.

143 Ibid, s. 25.

144 Hellner, 2001, s. 182 ff.

utgör en mer samtida representant genom sin ”eklektiska” metod, då rättens rättviseanspråk kräver avvägningar.[145]

Som normsystem gör rätten anspråk på riktighet, att vara socialt verksam och att principer och normativa argument inte är direkt orättvisa eller motstridiga. Dessa rekvisit är av kvalificerande betydelse - annars föreligger i någon grad ett defekt rättssystem. Rätten besitter, på så sätt, en ideal dimension.[146] Både positivister och icke-positivister är eniga om att den juridiska metodologin medför att all positiv rätt innehåller ett visst moment av öppenhet på grund av rättens beroende av språket; normer kan vara motstridiga och ibland saknas de.[147] Ett fall, som faller inom ramarna för detta öppna område kan betecknas som ett ”diskutabelt fall”. Ersättning för kränkning är ofta diskutabla fall, eftersom den icke-ekonomiska skadan och skadans förhållande till både ersättningsnivån och brottet kan tolkas på olika sätt.[148] Inom den positiva rättens öppna område är det per definition svårt att avkunna utslag på grundval av den positiva rätten, eftersom man inte skulle befinna sig inom det ”öppna området”, om det vore möjligt att avkunna utslag på grundval av den positiva rätten. Den positiva rätten är den enda rätten, måste domaren inom det öppna området, det vill säga i diskutabla fall, avkunna dom enligt icke- eller utomrättsliga måttstockar. Så den positiva rätten ger i vissa fall möjlighet för rättstillämparen att skapa ny rätt enligt utomrättsliga måttstockar liknande en lagstiftare.[149] Vad rättspositivisterna hävdar är att moralomdömen inte är nödvändiga för att definiera vad som är gällande rätt men när rättsreglerna inte ger något svar kan domaren utifrån icke-juridiska överväganden av moralisk eller rättspolitisk karaktär formulera en ny rättsregel.[150] Idag är innebörden av ovanstående inte lika kontroversiellt som tidigare och som Strömholm framhållit utgör juridisk argumentation en kombination av *överväganden*, ett *val* och dess *konsekvenser*. När likformighet och förutsägbarhet är svåruppnåeligt, som i fallet med ersättning för ideella skador, kan istället en stark betoning av dessa värden ge upphov till att ändamålet med ersättningen motverkas. Därför är en utgångspunkt för studien att en mer ”praktisk” och målbestämd tolkning och argumentation är önskvärd, inte minst ur ett viktimologiskt perspektiv.[151]

Rättsvetenskapen, åtminstone den med mer ”vetenskapliga” ambitioner, har dessutom tagit till sig av olika kritiska perspektiv och kan i större utsträckning reflektera

145 Ibid, s. 187. Peczenik, 1995, s. 376.

146 Alexy, 2005, s. 147.

147 Ibid, s. 89 f.

148 Det skadeståndsrättsliga skadebegreppet kan naturligtvis ges olika innebörder beroende på omständigheterna. Ofta ser man skada definierad som en ofördelaktig effekt på en nyttighet eller ett intresse. I fallet med kränkningsersättningen betonas mer fri- och rättighets aspekten, och då främst den negativa, som rätten att behålla sin personliga integritet intakt. Ekstedt, 1977, s. 36 ff.

149 Rättspositivister bestrider inte faktumet att domare ibland bygger sina avgöranden ”på moraliska värden eller samhälleliga handlingsprogram. Enligt positivisterna måste en domare göra detta närhelst de föreliggande rättsreglerna inte ger något bestämt svar i det speciella fallet.” Simmonds, 2008, s. 92.

150 Ibid, s. 93.

151 Strömholm, 1972, s. 692.

över sin egen diskurs. Exempelvis skriver Håkan Andersson: ”Att tillämpa rätten är med andra ord inte en enkel avbildning – representation – av otvetydiga fakta och distinkta regler. Det rättsliga språkspelet har en inneboende tendens att på ytplanet vidmakthålla beteckningarna, men under ytan förändras konstant de rättfärdigande strukturerna i takt med att samhälleliga värderingar och faktiska förändringar skapar en ny värld. I den rättsliga argumentationen tillåts därför regler, principer, begrepp och över huvud taget ’orden’ aldrig att etablera en slutgiltig representation av något utanför språket.”[152] Inte sällan ur feministisk synvinkel har den rättsliga självbilden av att vara axiomatisk, neutral och anti-reflexiv kritiserats.[153]

2.1.2 Analytisk rättsvetenskap och deskriptiv sociologi

I det följande avsnittet kommer en kortare presentation av hur H.L.A. Hart har beskrivit rätten att ges samt exempel på varför hans teori är relevant för en avhandling i rättssociologi. För Hart är ett rättssystem ”the union of primary and secondary rules” och rätten består ytterst av olika sociala regler, som måste förstås i sin samhällskontext.[154] De primära reglerna bestämmer de handlingar som gillas alternativt ogillas av rätten. För enkelhets skull kan man tänka på de centrala gränserna för handlingsfriheten som framgår av straff- och skadeståndsrätten. Utöver dessa ”rules of behaviour” så innehåller ett rättssystem enligt Hart sekundära regler som i sin tur utgörs av regler om giltighet, ändring och rättsskipningsregler.[155] Igenkänningsregeln, den viktigaste av de sekundära reglerna, är ytterst en social regel, som bygger på ett komplext samspel mellan myndigheterna och medborgarnas accept. Den ger kännetecken för identifieringen av de primära regler, vilka skall anses bindande i samhället. Hart lägger utomordentlig vikt vid ämbetsmännens ställning inom rättssystemet, eftersom det är de som godtar och tillämpar igenkänningsregeln och vi konstaterar vad som är gällande rätt utifrån deras beteende.[156] Detta ger också en rättsrealistisk dimension till Harts teori, som kan användas vid en rättssociologisk analys av kränkningsersättningen. Cotterrell skriver apropå detta att Harts ”emphasis on actual judicial and legal professional usage in all its variety and complexity seemed to breathe a healthy realism into legal philosophy.”[157]

152 Andersson, 2006, s. 83. På ett liknande sätt påvisar Håkan Gustafsson hur performativitetsbegreppet, tillämpat på begreppet ”gällande rätt”, upplöser dikotomin mellan deskriptivitet och normativitet. Gustafsson, 2011, s. 70 f.

153 Douglas, 1987. Rätten beskrivs då som inomsystematisk, vilket också kan ge en förståelse för vad som exkluderas. Svensson, 1997. Att rätten är ”teoriimpregnerad” och heller aldrig kan behandlas oberoende av värderingar är dock inget nytt. Jämför Jareborg, 1975.

154 Hart, 1997, s. 114 f. Wacks, 2006, s. 27 f.

155 Hart, 1997, s. 116.

156 Simmonds, 2008, s. 131. Vad ämbetsmän och ”gräsrotsbyråkrater” erkänner som gällande rätt genom sin normtillämpning är intressant för en rättssociologisk analys, Jfr Åström, 1988.

157 Cotterrell, 1989, s. 91.

Hart har därför en sociologisk sida, som hans själv benämnde som "deskriptiv sociologi", i sitt förord till sitt magnum opus "The Concept of Law" som utkom 1961. Vad denna sida består av, och hur den kan användas rättssociologiskt, kommer att framgå och prövas längre fram, nu är ambitionen främst att ge läsaren en översiktlig introduktion till Harts beskrivning av rätten som socialt fenomen. Vid sidan av Kelsen brukar Hart betraktas som en av de mest inflytelserikaste moderna rättsteoretiker som presenterat en sammanhängande beskrivning av rättslig giltighet. Kelsens "grundnorm", varur rättens normativa dimension utgår, liknar Harts igenkänningsregel men medan Kelsens grundnorm ingår i hans "rena rättslära" och är icke-empirisk, så är Harts teori beskrivande och kopplad till det iakttagbara beteendet.

Även om Hart alltså är en tongivande rättspositivistisk rättsteoretiker, och i den meningen representerar den övergripande rättspositivistiska "åtskillnadstesen" – "law is different from, and can be distinguised from, morals in a conceptual sense", är han intressant ur ett kritiskt rättssociologiskt perspektiv, som intresserar sig för rättens relation till sin samhälleliga kontext och informella normer.[158] Harts sociologiska dimension framgår av att han hävdar att det är ett sociologiskt faktum, huruvida rättens funktionärer faktiskt accepterar igenkänningsregeln från den så kallade inre ståndpunkten.[159] Vidare menar Hart att kriterierna för vad som utgör gällande rätt kan utgöras av olika vaga bedömningsgrunder som dess överensstämmelse med moraliska principer eller allmän moraluppfattning i samhället, vilket åter öppnar hans teori mot sociologiska frågor och sociologisk kunskap. Kombinationen av dessa båda antaganden ger vid handen att Harts "primära regel" inte nödvändigtvis utgörs av formella normer eller ens "regler", eftersom de kan utgöras av en allmän moraluppfattning.[160]

Det viktiga är att Hart med sin deskriptiva ambition bryter centrala distinktioner som de mellan det formella och inre perspektivet på rätten i relation till det informella och yttre perspektivet, när han med hjälp av igenkänningsregeln försöker konstruera ett giltighetskriterium för rätten. Rättigheter kan enligt Hart endast göras gällande om igenkänningsregeln är accepterad av rättens förvaltare, utifrån sina kriterier men sedan är frågan om allmänheten rättar sig efter utfallet, eftersom rättssystemet vari rättigheten eller regeln ingår som helhet måste vara effektivt för att vara giltig enligt Hart.[161] Införandet av igenkänningsregeln är en viktig innovation, eftersom den sätter fingret på vad som i rättssystemet anses vara giltigt och dess värde beror på vilket innehåll den ges. Den ger Harts teori en "empirisk approach", eftersom igenkänningsregeln som redskap för att tillhandahålla kännetecken för att identifiera en regel är en "complex, but normally concordant, practice of the courts,

158 Alexy, 2005, s. 21, Wennström, 1996, s. 38.

159 Bindreiter & Edvinsson, 2006, s. 122. Det betyder att Hart på ett dramatiskt sätt bryter med den naiva men traditionella uppfattningen att domstolarna endast är ett medel, varigenom ett ändamål skall realiseras och frågan om domstolarnas verksamhet är i överensstämmelse med lagen, som ofta återkommer när den teleologiska tolkningsmetoden beskrivs. Till exempel Thornstedt, 1955, s. 345.

160 Ibid, s. 125.

161 Hart, 1997, s 103. Simmonds, 2008, s. 91.

officials, and private persons in identifying the law by reference to certain criteria. Its existence is a matter of fact".[162]

Hart lyfter fram betydelsen av att en gällande norm måste accepteras av berörda parter genom att den följs och åberopas aktivt.[163] Istället för att betrakta rättsystemet "utifrån", beaktar Hart att reglerna faktiskt är regler *för någon* utifrån dennes föreställningsvärld (den inre aspekten) och vad detta betyder för rättens giltighet.[164] Ur ett allmänt rättssociologiskt perspektiv är troligen de sekundära reglerna och särskilt då den så kallade igenkänningsregeln den mest intressanta (vid sidan av "rules of change" och "rules of adjudication"), eftersom den "distribuerar" makten genom att fungera rättighetsskapande, medan de primära reglerna talar om vilket beteende som accepteras genom olika skyldigheter och är förhållningsregler.[165] Igenkänningsregeln eller "erkänningsregeln" kan liknas vid en "konvention", den är produkten av ett samspel mellan alla jurister, som deltar i utformandet och upprättandet av den aktuella rättsordningen, den är inte instiftad av någon viss aktör utan skapas och utvecklas kollektivt.[166]

Hart är även rättssociologiskt intressant på grund av hans kritik av John Austins voluntaristiska rättspositivism, där en rättsregel kopplas till en suveräns befallning. Enligt Austin är en persons plikt att göra något liktydigt med att personen är tvungen att göra det, därför att det finns en sanktion som påföljd, om denne inte fullföljer plikten. Problemet är att det då blir svårt att skilja på ett rättsligt grundat krav och ett vanligt rån. Istället för Hart in den viktiga distinktionen att sanktionen kanske är orsak till en viss persons handlande (jämför preventionen) men den grundar inte en rättslig plikt. Istället vill Hart förstå vad som är en gällande regel, som i sin tur kan innehålla en giltig sanktion eller plikt. Hart öppnar därför upp för att närmare undersöka ett socialt handlingsspråk kring regler, normer, som fungerar som rättesnören och måttstock för hur handlingar bedöms beroende på omständigheterna. Finns det en giltig regel, kan den tillämpas korrekt men också felaktigt, vilket kan ge upphov till kritik från de som internaliserat regelns innehåll. Sådan kritik kan i sin tur påverka uppfattningen av vad som erkänns som gällande rätt, vilket ger Harts beskrivning ett hermeneutiskt drag genom samspelet mellan den externa/interna relationen till reglerna.[167] I jämförelse med att utgå från befallningen, som indikerar ett hierarkiskt orsaksförhållande knutet till en statlig tvångsordning, öppnar intresset om huruvida regler accepteras upp för ett vidare område av relevanta ämnen i relation till rätten som fenomen. Hart kritiserade alltså Austins syn på rättsordningen som

162 Ibid, s. 110. Hart kallas för "empiricist" som "discusses the law as a social fact". Wennström, 1996, s. 37.

163 Hart, 1961, s. 9.

164 Strömholm, 1996, s. 133.

165 Harris, 1997, s. 122. De sekundära reglerna enligt Harts teori, syftar till att förklara vad som gör en regel till en rättsregel på ett nomokratiskt vis. Dahlman, 2010, s. 21.

166 Ibid. s. 22. Jmf: "In Hart's view, law, a self-regulating system rooted in social fact and convention, has both primary and secondary rules." Fredrichs, 2006, s. 95.

167 Cotterrell, 1989, s. 101. Hart beskriver även relationen mellan de sekundära och primära reglerna på ett sätt som är uppbyggt av cirklar. Bindreiter & Edvinsson, 2006, s. 119.

en fråga om regelmässigt beteende därför att Austin då missade vad en accepterad regel innebär i relation till ”begrepp som rättighet, rättmätig position, förpliktelse och rättfärdigande.”[168] Men Austin inspirerade också Hart genom att Austin hade en empirisk ambition att med sin teori representera det verkliga rättssystemets regler, tillämpningen, tolkningar och olika subjekts vanemässiga handlande.[169] Man kan, som Cotterrell gör, säga att Hart ersatte den ”gamle” rättspositivisten Austin med en annan empiriskt influerad Austin – vardagsspråksfilosofen J. L. Austin.[170] Harts rättsteori kan tjäna som ”brygga” mellan ett rättssociologiskt och ett rättsvetenskapligt perspektiv på rätten och en tillämpning av Hart kan tillföra intressanta resultat för de båda disciplinerna.[171] Detta möjliggörs genom att Harts rättsteori är *analytisk*, den ställer den breda och grundläggande frågan vad rätten och juridiken består av för komponenter i grunden. Utgångspunkten är att ett sådant förutsättningslöst sökande efter grundkomponenterna, som alltså knyter an till analytisk vardagsspråksfilosofi utvecklad av Austin och Wittgenstein, är av stor vikt även för rättssociologin. Detta är i och för sig inget kontroversiellt ställningstagande i teorin, men det finns färre exempel på tillämpningar som bygger på empiriska undersökningar i praktiken.[172]

Det är främst den empiriska sidan hos Hart, som jag tagit fasta på här och jag använder hans begrepp i en närmast realistisk analys (alltså inte primärt den rättspositivistiska). Det ”externt giltiga” utifrån olika vaga bedömningskriterier är en del av igenkänningsregeln men kan också bestämma de primära reglernas innehåll. Eftersom Harts användande av igenkänningsregeln är kopplat till rättens effektivitet för att identifiera en giltig rättsregel, kan man tillämpa Hart vid en rättssociologisk undersökning av en rättsregels ”effektivitet” (här reparationen hos kränkningsersättningen), vilket också kan ses som en fråga om rättsregelns ”inre aspekt”. Strömholm skriver apropå vad som gör igenkänningsregeln effektiv att detta troligen inte grundas på ”några genomtänkta attityder till normhierarkier och deras på den ena eller andra konstruktionen av deras interna relationer byggande ’giltighet’. Det avgörande är *systemets effektivitet i stort*, och det är övervägande sannolikt att de flesta medborgares erfarenhet av och accepterande inställning till detta system oftast hänför sig till de hierarkiskt *lägsta* nivåerna, inte till de högsta.”[173] Utifrån flertalet av brottsoffrens perspektiv är det inte utifrån överrätternas prejudikat, som man bedömer rättssystemets effektivitet, utan till exempel Brottsoffermyndighetens rättstillämpning och administrativa förfarande av det egna ärendet. Rättsregelns inre aspekt rör olika per-

168 Simmonds, 2008, s. 87.

169 Cotterrell, 1989, s. 85.

170 Ibid, s. 89. Bindreiter & Edvinsson, 2006, s. 118.

171 Raymond Wacks skriver att Hart ”has attracted the attention of both jurists and social scientists.” Wacks, 2009, s. 108.

172 Utifrån Harts teori har Galligan argumenterat för fruktbarheten i att kombinera ett ”analytical jurisprudence” och ”law-and-society” perspektiv, något som jag försökt anamma. “A theory of law that is both analytical and sociological meant several things for Hart…” Galligan, 2007, s. 47. Se även MacCormick, 2007, s. 65 f. Man kan kritisera min läsning av Hart för att den tolkar in en för stor del av Wittgensteins idéer, men min ambition är att se vad en sådan Hart “på” Wittgenstein kan leda, jämför Lacey’s analys, Lacey, 2004, s. 218 f.

173 Strömholm, 1996, s. 136.

soners hållning gentemot rättsregeln som skäl för olika handlingar. Harts kritik av tidigare rättsteoriers tendens till att vara byggda i skuggan av de rättsliga definitionerna gjorde att han ville lyfta fram det sociala livets och språkets betydelse, vilket jag bygger vidare på i min analys.[174]

Genom rättens beroende av språket, som är något vagt som behöver tolkas, blir gärna regeltillämpningen något som delvis går *utanför* regeln. Även igenkänningsregelns avgränsning är vag eftersom rättskälleläran är komplex och föränderlig. Hart beskriver detta rättssociologiskt intressanta faktum att det rättsliga avgörandet avgörs av *mer* än endast rättsliga regler som en aspekt av språkets och generella reglers ”open texture” och ”penumbra of doubt”.[175] En mer utvecklad beskrivning av vad detta betyder i relation till Harts teori och till andra teoriperspektiv kommer att ges i teorikapitlet. Där kommer det också framgå klarare vad det innebär att Harts teori har lyckats integrera det analytiska med det deskriptiva.

Sammanfattningsvis, så här långt; vid genuint vaga bestämmelser, där dess innehåll kan tolkas på olika sätt, blir en förståelse av regelns ändamål genom studium av dess förarbeten ofta viktig. Den teleologiska tolkningsläran har sin viktigaste betydelse vid säregna fall, där ”rättens öppna vävnad” gör sig särskilt påmind och skönsmässiga beslut är närmast oundvikliga. Ett sådant rättsområde är alltså rent ideella ersättningar – icke-ekonomiska skador utan möjlighet att värderas utifrån ekonomiska eller fysiska faktorer. Den teleologiska tolkningen går tillbaka till frågan om rättstillämparens bundenhet vid de formella rättsnormerna och möjligheten till samhällsanpassad rättstillämpning med beaktande av icke-rättsliga aspekter. Den riskerar dock att förenkla problemet med olika faktorers betydelse, om den inte kombineras med lämpliga perspektiv och teorier. Inom skadeståndsrätten konkurrerar olika intressen, exempelvis de skadelidandes kompensationsintresse gentemot skadevållarens rättssäkerhet, vilket aktualiserar värdet av avvägningar och eklektisk sammanvägning.[176] Betydelsen av rättssociologisk kunskap om lagars verkningar, skönsmässiga beslut och ändamålsstyrd lagtolkning återfinns hos både Ehrlich och Ekelöf.[177] Hart stödjer denna beskrivning i sin tur, därför att han visar hur moralomdömen kan påverka rättens innehåll genom tolkningen och därmed dess stabilitet och effektivitet. Olika argumentationsarters självständighet är dessutom relativ, vilket öppnar

174 Harris, 1997, s. 117. Man kan även se kopplingar i Harts verk till Max Webers distinktion mellan å ena sidan naturvetenskapens sätt att göra sina beskrivningar och förklaringar kausalt och den mer hermeneutiska uppfattningen inom samhälls- och rättsvetenskapen, där normativa relationer mellan grund och följd tolkas och kritiseras. Det finns också en skillnad som Weber betonar mellan att endast finna vissa regelmässigheter i mänskligt handlande och den moderna sociologins roll att förstå det meningsinnehåll och de värden, som ligger bakom handlandet (jfr skilda idealtyper). Se Lacey, 2004, s. 230 f.

175 Hart, 1997, s. 123.

176 Peczenik, 1995, s. 372 ff.

177 I grunden kommer betydelsen av såväl Hart som Ekelöf ur förbudet mot *non liquet* (domstolen har en skyldighet att döma trots att rättsregeln kan vara oklar etc.). Vid svåra fall aktualiseras betydelsen av den “gråa zonen” utanför regelns kärnområde (Hart) och kunskap om de värden, som ligger bakom regeln för att genomföra en teleologisk tolkning eller ändamålstolkning (Ekelöf). Dahlman, 2010, s. 32.

upp för etiska och sociala hänsyn. Värdet av ändamålsorienterad tolkning följer av syftet med avhandlingen, att försöka sammanföra den empiriska undersökningen med rättsområdet.[178] Vagheten hos kränkningsbegreppet, och dess tolkningsproblem, aktualiserar betydelsen av att en text kan suppleras av andra relevanta fakta, för att på det sättet nå de ändamål, som rättsregeln vilar på. Här kommer således betydelsen av rättssociologiska undersökningar in i bilden som ett medel för det grundläggande viktimologiska kunskapsintresset om det konkreta brottsofferstödet.[179] Givet mitt angreppssätt har det varit viktigt att använda mig av teoretiska verktyg, som visserligen är kompetenta men samtidigt behåller och respekterar motsättningar, konflikter och osäkerheten inom rättsområdet ersättning för brottsoffrens kränkning.[180] Hart används därför främst för att analysera rättsområdet men också som teori för att sammanföra det rättsliga med den sociala dimensionen.

2.2 Presentation av det rättsliga problemområdet

Nedan ska jag övergripande beskriva det rättsområde, med sina olika rättsregler, rättsprinciper och begrepp, som mitt avhandlingsämne vuxit fram ur. Syftet är inte att teckna en fullständig beskrivning av gällande rätt på området, utan att övergripande beskriva dess innehåll och dess särprägel, som är särskilt intressanta ur ett rättssociologiskt perspektiv. Genom att redovisa olika argument och antaganden, som utmärker rättsområdet, samt dess förhållande till ett specifikt sammanhang, ges grunden för att förstå de speciella problem och möjligheter, som utmärker rättsområdet, vilket är viktigt för den kommande analysen. Inledningsvis kan det därför vara lämpligt att återge några röster om det problematiska med dessa ersättningar. Roos skriver att ersättning för ideell skada är rättssociologiskt intressant, eftersom det är en post som skadelidande ofta är missnöjda med och att detta förmodligen beror på en tveksamhet inför beräkningssättet. ”Folk känner sig kränkta av att en skada inte ’värderats’ tillräckligt.”[181] Roos hänvisar även till problemet med ”ersättningsneuroser”, när ersättningsfrågan inte blir avgjord på rätt sätt och risken att personer blir ”fixerad vid ersättningsfrågan”. Roos nämner i sammanhanget särskilt brottskadelagen och Brottsskadenämndens praxis samt att ersättningen troligen ofta har en viktig funktion också för den skadelidandes omvärld. ”De närstående känner tillfredställelse när allting har ordnats upp, när den skadade har blivit fullt ersatt efter reglerna,

178 Peczenik, 1995, s. 125 ff, s. 374.

179 Grundvall, Wennerström & Borelius, 2012, s. 343 f., Granström, 2012, s. 297, Lindgren, Pettersson & Hägglund, 2008, s. 109 ff.

180 Koherenta och konsistenta system kan vara praktiska men förlora kontakten med den komplexa verkligheten, som Lars D. Eriksson noterat. Eriksson, 2010, s. 113.

181 Roos, 1990, s. 154.

när alla vägar är prövade."[182] Mårten Schultz har också analyserat kränkningsersättningen och kommit fram till att begreppet i grunden är felkonstruerat.[183] Håkan Andersson skriver att "(i)nom skadeståndsrätten kan man därmed tentativt formulera en "andlig" version av ett ökat intresse för de icke-ekonomiska aspekterna; sedan det skadeståndsrättsliga reformarbetet skapat ett (någorlunda) heltäckande system av ekonomisk kompensation vid personskada, har diskussionen och utredningarna inriktats på det ideella (SOU 1992:84, SOU 1995:33 och prop. 2000/01:68)."[184] Det är därför slående när Sandra Friberg i sin avhandling om kränkningsersättningen kommer fram till att det råder en ambivalent hållning "till vad det egentligen är som är *konstitutivt för en kränkning* - den otillåtna eller rättsstridiga gärningen, skadevållarens personliga ansvar eller den angripnes upplevelse av att bli kränkt - och vad som åsyftas med skadestånd för kränkning, *reparation* för en *skada* eller *sanktion* för en *gärning*.[185]

När en skada uppkommit, som tillfogats någon annan genom en handling eller annat förhållande, som någon på något sätt ansvarar för, kan skadeståndsskyldighet uppkomma för den ansvarige gentemot den drabbade. I praktiken innebär detta att jurister lyfter upp en frågeställning eller konflikt till ett rättsligt plan, där en redan existerande rättslig profession "tar över" frågan och bedömer de olika sakförhållandena och gärningarna utifrån ett visst rättsområde, som i detta fall är skadeståndsrätten.[186] Skadeståndet är en civilrättslig ersättningsform, som grovt förenklat skall försöka försätta den skadelidande i samma ställning som om skadan inte hade inträffat. Den dominerande delen utgörs av olika person- och sakskador. Därutöver förekommer ren förmögenhetsskada, vilken är negativt bestämd i förhållande till person- och sakskadorna. Utöver de olika formerna av ekonomisk skada finns det ideell skada, som även brukar definieras negativt; alltså ideell skada är en skada, som inte går att mäta ekonomiskt med hjälp av någon objektiv måttstock och ersätts i regel ej om det inte finns särskilt lagstöd.[187] Huvuddelen av ideell ersättning utgår i samband med annan personskada, men kränkning är ingen personskada även om den kan sägas ingå i "personlighetsrätten", som syftar till att skydda enskilda mot olagliga intrång i den personliga integriteten – det så kallade skyddsintresset.[188]

Den restriktiva hållningen gentemot ideell ersättning följer i huvudsak av att man sedan 1800-talet ofta utgår från en så kallad differenslära inom skadeståndsrätten, som innebär att man jämför den skadeståndslidandes ekonomiska ställning sådan den skulle ha varit, om ingen skada inträffat med den faktiska situationen, när skadan

182 Ibid, s. 142. Men också att i skadornas spår följer "missbruk av alkohol och av läkemedel, skilsmässor och självmord."
183 Schultz, 2008, s. 44.
184 Andersson, 2011-02-07 i InfoTorg Juridik.
185 Friberg, 2010, s. 916.
186 Hydén, 2001, s. 12 f.
187 Karlgren, 1943, s. 24. Friberg, 2010, s. 347.
188 Persson, 1995, s. 142 ff.

inträffat.[189] Skillnaden, differensen, utgör då själva skadan som skadeståndet ska återställa. De ideella ersättningarna särskiljs från de övriga på den grund att skadan inte ”efter vanlig ekonomisk måttstock” kan uppskattas i pengar.[190] Ett citat från Rodhe kan tjäna som illustrativt exempel: ”Ett skadestånd av denna karaktär, som icke kan fastställas med hjälp av någon allmänt erkänd metod för kvantitativ jämförelse mellan det behov som rönt intrång och det behov som tillfredsställdes, brukar betecknas såsom ideellt skadestånd eller ersättning för ideell skada”.[191] Skadestånd för ideella skador är därför redan i sin definition problematiska, utöver att de utgår vid flera vitt skilda skadesituationer.[192] I propositionen om ersättning för ideell skada heter det att ”(u)tmärkande för den ideella skadan är att den inte låter sig mätas i pengar på samma sätt som den ekonomiska skadan. Utgångspunkten i svensk rätt är att ersättning endast lämnas för ekonomisk skada.”[193] Ideell ersättning har överlag haft en begränsad betydelse och motiveras av ”sociala och humanitära skäl” och det har ansetts vara rättspolitiskt lämpligt att prioritera sådant, som åtminstone direkt eller indirekt kan ersättas med pengar.[194] Begreppet ideell skada och ideell ersättning, vari kränkningsersättningen ingår, definieras alltså negativt – en skade- och ersättningstyp som inte beaktas eller beaktas enligt särskilda regler. Ideellt skadestånd återfinns inom flera vitt skilda rättsområden som arbetsrätten, immaterialrätten och inom diskrimineringsrätten. En betydande andel av ideell ersättning återfinns dock i form av kränkningsersättning till brottsoffren utbetalad från Brottsoffermyndigheten som brottskadeersättning.

Den som utsätts för brott drabbas också ofta av skador av olika slag. Enligt skadeståndslagen (1972:207) är den som begått brottet, skadevållaren, normalt skyldig att ersätta sådana skador, såväl ekonomiska som vissa ideella skador (till exempel kränkningsersättning). Den som kränker någon genom brottslig gärning, skall alltså enligt huvudregeln ersätta brottsoffret den skada, som kränkningen innebär för denne. Förutsättningen för kränkningsersättning är enligt lagen kopplad till en brottslig gärning av viss typ. Den skadeståndsrättsliga ansvarsbestämmelsen för kränkningsersättning lyder enligt Skadeståndslagen 2:3 på följande sätt:

> Den som allvarligt kränker någon annan genom brott som innefattar ett angrepp mot dennes person, frihet, frid eller ära skall ersätta den skada som kränkningen innebär.[195]

189 Hellner & Radetzki, 2008, s. 356. Differensmodellen har förespråkats både som beräkningsmodell och som hjälp för själva definitionen av vad som är en skada. Friberg, 2010, s. 348.

190 Malmström & Agell, 1994, s. 284, Ekstedt, 1977, s. 38 f.

191 Rodhe, 1986, s. 214.

192 Persson, 1995, s. 187.

193 Prop. 2000/01:68, s. 17.

194 Hellner & Radetzki, 2008, s. 366 ff. Jmf SOU 1995:33 s. 415. Om betydelsen av sociala och humanitära synpunkter vid lagstiftarens utformning av brottsskadeersättningen och rättstillämpningen se prop. 1998/99:41 s. 16 f.

195 SFS 2001:732.

Möjligheterna till skadestånd för kränkning är alltså tydligt begränsade genom att det krävs ”allvarlig kränkning” genom viss typ av brott. Även om begränsningarna är betydande är ändå rättsområdet förhållandevis omfattande, vilket framgår av följande beskrivning: ”Bestämmelsen är begränsad till vissa brott, som angriper den skadelidandes personliga integritet och frihet, till exempel misshandel, rån, sexualbrott, olaga hot, ofredande och hemfridsbrott. Vidare omfattas vissa angrepp mot en annan persons ära, t.ex. ärekränkning och obefogat åtal. Även hets mot folkgrupp och olaga diskriminering kan medföra rätt till kränkningsersättning, om brottet innebär ärekränkning av en enskild person. Sådan ersättning kan även utgå vid brottsliga angrepp på egendom under förutsättning att de varit förenade med våld eller hot eller annars haft särskilt kränkande inslag.”[196] Kravet på brottslig gärning, som förutsättning för skadeståndsansvar, har beskrivits som en spärregel som medfört en stelhet då den begränsar rättstillämparens frihet.[197] Spärregeln ger samtidigt kränkningsersättningen en viss viktimologisk prägel och det har angetts viktimologiska skäl för att slopa den.[198]

Eftersom gärningsmannen i praktiken ofta saknar tillräckliga tillgångar eller till och med förblir okänd, finns möjligheten för brottsoffren att ändå få ut en offentligt finansierad brottskadeersättning genom brottskadelagen. Ersättningen till brottsoffren bestäms i huvudsak enligt skadeståndsrättsliga principer.[199] Brottskadeersättningen har vuxit fram stegvis. Det avgörande steget för en mer principiell och rättviseorienterad brottskadeersättning togs genom att ersättningen på slutet av 1970-talet sågs mer som grundad på en skälighetsbedömning och mindre utifrån den skadelidandes behov.[200]

I brottsskadelagen (1978:413), som reglerar den brottsskadeersättning som Brottsoffermyndigheten ger ut till brottsoffren, har dock ”ära” tagits bort som möjlig ingång till kränkningsersättningen:[201]

---

196 SOU 2010:87 s. 105. Kränkningsersättningen utgör en viktig del av skyddet för den personliga integriteten. Dess rättsobjekt kan sägas utgöras av en nyttighet, som blivit föremål för rättsligt skyddade intressen som ägs av enskilda rättssubjekt. ”Nyttigheternas värde såsom rättsobjekt är af olika slag. Värdet är ideellt, i den mån nyttigheten kan brukas för adliga behofs tillfredsställande, ekonomiskt, när den afser materiella behof…” Reuterskiöld, 1912, s. 296, jämför Roos, 1990, s. 161.

197 Persson, 1995, s. 140.

198 Friberg, 2010, s. 908 ff.

199 Prop. 1998/99:41 s. 9.

200 SOU 1977:36 s. 14 ff.

201 Denna skillnad mellan skadeståndslagen och brottsskadelagen skall dock utredas, Dir. 2010:84. “En översyn av brottsskadelagen”. Eftersom ersättningsordningen i brottsskadelagen (1978:413) i strikt mening inte utgör skadeståndslagstiftning kan begreppet ”ersättningsrätt” användas som gemensamt begrepp. Friberg skriver om “ideella ersättningsordningar”, Friberg, 2010, s. 343, Bengtsson & Strömbäck, 2011, s. 33, Roos, 1990, s. 21 ff. Orsaken är främst att ersättningen utgör statsmedel och rör det allmännas ansvar även om brottskadeersättningen har ”ett funktionellt samband med den utomobligatoriska skadeståndsrätten”. Hellner & Radetzki, 2008, s. 465. Av prop. 2000/01:68 s. 57 framgår att “(b)rottskadeersättning för kränkning genom brott skall betalas enligt väsentligen samma principer som skadestånd för sådan kränkning.” Se även prop. 1998/99:41 s. 9.

I fall då någon har allvarligt kränkt någon annan genom brott som innefattar ett angrepp mot dennes person, frihet eller frid betalas brottsskadeersättning för den skada som kränkningen innebär.[202]

202 SFS 2001:733.

Brottsskadeersättning med anledning av kränkning bestäms enligt 5 kap. 6 § första stycket skadeståndslagen:

> Skadestånd med anledning av kränkning bestäms efter vad som är skäligt med hänsyn till handlingens art och varaktighet. Därvid skall särskilt beaktas om handlingen:
> 1. haft förnedrande eller skändliga inslag,
> 2. varit ägnad att framkalla allvarlig rädsla för liv eller hälsa,
> 3. riktat sig mot någon med särskilda svårigheter att värja sin personliga integritet,
> 4. inneburit missbruk av ett beroende- eller förtroendeförhållande, eller
> 5. varit ägnad att väcka allmän uppmärksamhet.[203]

För att förstå *hur* och *när* kränkningsersättningen till brottsoffren utgår, måste man alltså läsa både brottsskadelagen och skadeståndslagen tillsammans.[204] En annan skillnad mellan brottsskadelagens och skadeståndslagens bestämmelser är att brottsskadelagen ger möjlighet till ”bevittnandeersättning” till barn, vilka bevittnat ett brott mot närstående, som är ägnat att skada dess trygghet och tillit. I praktiken har Brottsoffermyndighetens praxis, som presenteras i deras referatsamling, kommit att spela en viktig roll som rättskälla för vilka ersättningsnivåer som råder för olika brottstyper och används således av olika rättstillämpare inom rättsväsendet. Vanligt förekommande brottstyper, som återfinns i referatsamlingen, är till exempel sexualbrott, brott mot liv och hälsa (ofta misshandel), frihets- och fridsbrott och olika former av rån. Den brottsliga gärningen och situationen runt om kring den beskrivs kortfattat mot bakgrund av ett autentiskt fall, varpå följer det belopp, som Brottsoffermyndighetens brottsskadeenhet har fastställt. Utifrån brottsoffrets perspektiv är det ett komplext samspel mellan skadeståndsregler, brottsskadeersättning och olika försäkringar, som samspelar vid avgörandet om brottsoffren skall få någon ersättning för sina olika skador, och i så fall, vilken sorts ersättning.[205]

En vanlig missuppfattning är att Brottsoffermyndigheten betalar ut brottslingars skadestånd till brottsoffren men myndigheten betalar ut brottsskadeersättning på grundval av brottskadelagen, inte skadestånd. Brottsskadeersättningen grundar sig på samhällets vilja att erbjuda brottsoffren ett yttersta socialt skyddsnät i de fall,

---

203 SFS 2001: 732. Jfr Bengtsson & Strömbäck, 2011, s. 337 f.

204 Även om reglerna anses blivit klarare sedan lagändringen (prop. 2000/01:68), måste man alltså beakta reglerna i såväl 2:3 som 5:6 för att förstå ersättningen för kränkning. Bengtsson & Strömbäck, 2011, s. 332 f.

205 I Dir. 2010:84 beskriver man översiktligt situationen på följande sätt: “Skadeståndsreglerna samspelar med olika former av offentliga och privata försäkringar, som kan ge ersättning vid skador till följd av brott. Den som genom misshandel blir så skadad att han eller hon inte kan arbeta har t.ex. rätt till ersättning från den offentligt finansierade sjukförsäkringen. Skadevållarens skadeståndsskyldighet kan i vissa fall ersättas genom en ansvarsförsäkring. Även brottsoffrets hemförsäkring kan ge ersättning vid vissa typer av brottsskador. Reglerna om skadestånd och möjligheterna till försäkringsersättning är emellertid i praktiken inte tillräckliga för att säkerställa att den som lider skada till följd av brott verkligen får skadorna ersatta. Skadevållaren kan vara okänd eller sakna ekonomiska tillgångar, vilket omöjliggör att skadeståndet faktiskt betalas. Inskränkningar i försäkringsvillkoren leder i många fall till att brottsskador inte ersätts ur vare sig skadevållarens eller brottsoffrets försäkring.” Dir 2010:84 s. 2. En viktig fråga för utredning är divergenserna mellan av domstol utdömt skadestånd och Brottsoffermyndighetens beslut. Bengtsson & Strömbäck, 2011, s. 340.

där gärningsmannen förblir okänd eller saknar tillgångar att betala sitt skadestånd. Ersättningen har således tydliga inslag av distributiv rättvisa. Samtidigt som staten går in och tar över gärningsmannens ursprungliga ansvar gentemot brottsoffret, träder en retributiv dimension in, då brottets skador görs till en relation till staten genom statens rätt till regresskrav gentemot gärningsmannen och så vidare. Hur dessa olika relationer ser ut och vad de får för effekter för brottsoffren kommer att analyseras närmare längre fram. Vad man kan konstatera är att ersättningssystemet är påtagligt komplicerat och att det blivit en stående uppgift att förklara hur regelverket ser ut och hur det tillämpas för brottsoffer, riksdagsledamöter, journalister och andra.[206]

2.3 Fördjupning av begreppet kränkning

Kränkningsersättning kan ses som *rent* ideellt skadestånd, vilken till skillnad från ideella personskador, som exempelvis *lyte och men,* är ideellt i den meningen att den har ingen direkt koppling till det fysiska.[207] Man skiljer alltså på ideell ersättning för själva kränkningen och ersättning för fysiskt och psykiskt lidande. Den bärande tanken var att det skulle framgå tydligare att lidandet grundar sig på subjektiva upplevelser, medan kränkningen utgår från objektiva kriterier, när skadeståndslagen ändrades.[208] Den skada som ersätts har i tidigare lagregler betecknats ”lidande”, men detta begrepp har alltså utmönstrats, dels därför att psykiskt lidande också kan utgöra en personskada i lagens mening, dels eftersom det ansågs i alltför hög grad betona den kränktes personliga upplevelse. Istället ska man främst se till den typiska kränkningen genom den brottsliga handlingen.[209] Kränkningsersättningen förutsätter således inte att en medicinskt påvisbar psykisk personskada föreligger. I praktiken är det däremot vanligt att kränkningsersättning utgår till ett brottsoffer parallellt med ersättning för sveda- och värk, som utgör en personskada av ideell art, och som kan bestå i ångest, sömnsvårigheter med mera, vilket motsvarar i stort vad som menas med ett ”plåster på såret”-ersättning.[210] Enligt Brottsoffermyndighetens referatsamling utgörs skillnaden mellan ersättning för kränkning och för sveda och värk kortfattat av följande fyra aspekter:

1. Kränkningsersättningen förutsätter inte en personskada, vilket sveda- och värkersättningen gör.

206 Ross har särskilt betonat skadeståndsrättens olika brister och komplexitet. Roos, 1990, s. 303 ff. Ofta förs debatten i media, vilket kan försvåra att skadeståndsrättens och straffrättens komplexa samspel ges en rättvis bild. Se Lernestedt, 2010, s. 270.

207 Persson, 1995, s. 129 f.

208 Prop. 2000/01:68, s. 66.

209 Bengtsson & Strömbäck, 2011, s. 66.

210 Hellner & Radetzki, 2008, s. 391.

2. Kränkningsersättningen avser till allra största delen upplevelsen vid och karaktären av själva skadehändelsen (momentant), medan ersättning för personskada tar sikte på följdverkningarna efter skadehändelsen.
3. Kränkningsersättningen bestäms huvudsakligen på objektiva grunder, medan ersättning för personskada bestäms helt efter subjektiva förhållanden.
4. Kränkningen ersätts bara om den orsakats av brottslig gärning av visst slag, vilket inte krävs för en personskada.[211]

Om ersättningen för sveda och värk är fysiskt och psykiskt lidande av övergående natur (till exempel oro och sömnproblem), kan man förenklat säga att ersättningen för lyte eller annat stadigvarande men också är fysiskt och psykiskt lidande men av mer bestående natur (exempelvis ärr eller förlust av kroppsdel).

2.3.1 Historisk tillbakablick

Dagens kränkningsersättning har en relativt lång och komplicerad historia. Först fanns boten, som gav en möjlighet att bryta urartade blodshämnder, inte sällan med flera personer inblandade från olika släkter, genom ekonomisk förlikning.[212] Den hade därför en straffande och vedergällande funktion, där ekonomiska och mer symboliska icke-ekonomiska aspekter samsades och gick in i varandra. Glidningen mell-an straff och skadestånd bestod också i det faktum att boten ibland uteslutande gick till det offentliga i någon form, till de fall då boten helt eller delvis tillföll den enskilde målsäganden, liknande en skadeståndsrättslig gottgörelse eller upprättelse för den enskildes kränkning.[213] Tanken på ersättning för ideella skador har således gamla anor i landet och det fanns lytesbrott, som enbart tillföll målsäganden, redan i landskapslagarna. I 1734 års lag fanns också möjlighet till ersättning för bland annat sveda och värk.[214] Tidigare i historien spelade målsäganden en avgörande roll för definitionen av processen, dess innehåll och därmed också frågor om upprättelse, kompensation, vedergällning/hämnd eller förlikning.[215] Efterhand kom statens roll i rättskipningen att öka, vilket medförde att målsägandens ställning delvis försvagades och en mer självständig straffrättslig disciplin tog form.[216] Dagens brottmålsrättegång kan beskrivas som en tvåpartsprocess, där åklagaren står mot anklagad och syftet är att placera straffansvar och välja rätt straffpåföljd i proportionalitet till brottet.[217] Det enskilda åtalet – som tidigare var det absolut dominerande – har förlorat i betydelse, medan allt fler brottstyper faller under allmänt åtal. Nils Christie har reagerat på

211 Brottsoffermyndighetens referatsamling, 2009, s. 12.
212 SOU 1992:84 s, 49.
213 Se Friberg, 2010, s. 42ff för en detaljrikare beskrivning.
214 Nilsson , 1990, s. 110.
215 Lindstedt Cronberg, 2011, s. 54.
216 Lernestedt, 2011, s. 405 ff.
217 Träskman, 2011, s. 307.

utvecklingen och menar att staten och juristerna stjäl parternas konflikt på ett sätt, som inte är oproblematiskt, då de kan sägas äga den initialt.[218] Även kriminologen William Clifford uppmärksammade tidigt hur det moderna rättsväsendet glömt bort brottsoffrens situation, som en konsekvens av sitt engagemang för Australiens urbefolkning.[219] Hydén har på ett liknande sätt beskrivit hur parternas konflikt, genom att den (om)formuleras rättsligt, upphöjs till den rättsliga nivån, som underförstått är ovanför parternas huvuden. Samtidigt är detta rättens och statens styrka, förmågan att aktivt lösa ”verklighetsnivåns” konflikter utifrån i förväg etablerade regler på ett annat, normativt plan.[220]

Den nära kopplingen till straffrätten speglas också i att de allmänna reglerna om skadestånd tidigare ingick som ett eget kapitel i 1864 års strafflag, faktiskt ända fram till att vår nuvarande skadeståndslag trädde i kraft 1 juli 1972.[221] Före vår nuvarande skadeståndslag (1972:207) återfanns regler om kränkningsersättning i 1864 års strafflag, 6 kap 3 §:

> För lidande, som genom brott emot personliga friheten, eller genom falsk angivelse eller annan ärekränkande gärning, må anses vara någon tillskyndat, skall ock vedergällning givas.

I lagrummet återfinns de centrala rekvisit och begrepp, som vi ännu brottas med, när det kommer till kränkningsersättning: ”lidande”, som det hette före lagändringen 2001, men även ”kränkande” som ett led i ”ärekränkande gärning”. Där finns även kravet på brott av viss art, liksom vedergällning eller upprättelse, som berörs i propositionen till idag gällande bestämmelse.[222] Det kan vara nyttigt att ha sådant i åtanke, när kränkningsersättning ibland presenteras som vore det ett nytt fenomen. Vad som är nytt är en mer generös hållning gentemot begreppet i både lagstiftning, rättstillämpning och doktrin, vilket även kommit till uttryck i att den nationella tillämpningen av Europakonventionen har öppnat en väg runt kravet på lagstöd och brottslig gärning för att kränkningsersättningen skall kunna utgå, i syfte att erbjuda enskilda rätt till kränkningsersättning vid svensk domstol.[223]

Den ersättningsrättsliga bakgrunden rörande begreppet ”ideell” lokaliseras ofta till 1800-talet, stående i motsats till materiella skador, som olika sak- eller personskador,

---

218 Christie, 1977. Idag finns det goda skäl för att betona värdet av att ge ”konflikten tillbaka till parterna”. Lernestedt, 2011, s. 407. Se även Lindgren, 2001 s. 41.

219 Whiteley, 1998, s. 42.

220 Hydén & Hydén, 2011, s. 17.

221 Dag Victor beskriver hur skadeståndsskyldigheten vid brott sker genom en återkoppling till de straffrättsliga reglernas rättsfaktumsida och skadeståndsrätten är därför ”parasitär på straffrätten”. Victor, 1977, s. 247. Victor skriver även om ett övergripande ”återkopplingsfenomen” vilket är intressant..

222 Prop. 2000/01:68 s. 48. Friberg har gjort en djupare och betydligt mer detaljrikare analys av 1864 års strafflag och ersättning för kränkning, Friberg, 2010, s. 49f. Sandra Friberg skriver apropå SL 6:3 att vi här finner “en lätt igenkännbar föregångare till dagens regel om skadeståndsansvar vid kränkning genom brott, SkL 2:3.” Ibid, s. 49.

223 NJA 2005 s. 462.

vilka kan värderas i pengar.[224] Här kan man dock inflika en kommentar av språklig art. Det verkar som om ordet ”kränka”, som tidigare hade betydelsen försvaga eller fördärva, har fått en annan innebörd på senare tid. Numera tycks ordet syfta mer på att skända respektive såra.[225] En kränkning kan allmänt beskrivas som någon form av otillbörligt intrång i en skyddad zon, som är den enskilda tillförsäkrad.[226] Här är det viktigt att påpeka hur olika rättsliga begrepp i en given epok är formade av underliggande strukturer och att jurister tänker begränsat på ett vist sätt just nu. Ekelöf intresserade sig på 1940-talet för den ideella skadans natur och särskilt hur det ”själsliga lidande” som kränkningen kan ha medfört kan ersättas genom skadeståndet.[227] Ekelöf är skeptisk till om man alls kan tala om reparation på detta område, utan argumenterar istället, med stöd från Ihering, för att målet bör vara att ge den skadelidande upprättelse gentemot gärningsmannen.[228] Innan vi övergår till att studera ersättningstypens mål eller syfte kommer dess historiska framväxt beskrivas närmare.

Klart är alltså att man länge har erkänt själsligt lidande och kränkning som ersättningsgrundande företeelser, även om man först på senare tid gjort en tydligare differentiering mellan ideell och ekonomisk skada.[229] Bland de tydligaste ivrarna för skadeståndsrättslig sanktion, bortom en ekonomisk ersättning, framträder Ihering i sin bok ”Striden för rätten”, som även Ekelöf återknöt till, när han betonar den skadelidandes behov av upprättelse.[230] Nu kan det även vara befogat att särskilt lyfta fram den rättssociologiska kopplingen till ersättningen för kränkning och skadeståndsrätten, då den aktualiserades vid tillkomsten av skadeståndslagen.[231] Dåvarande justitieministern Lennart Geijer tillsatte en utredning som Hellner utförde med titeln ”Rättssociologisk undersökning av skadeståndsrätten”, SOU 1969:58, (som ännu är den enda SOU som redan i sin titel anger att det rör sig om en primärt rättssociologisk utredning). Utredningen innehöll en rad förslag till olika områden inom skadeståndsrätten, som borde undersökas med hjälp av rättssociologiska metoder, som exempelvis skadeståndsreglernas överensstämmelse med allmänt rättsmedvetande, dess medel för att påverka handlandet (preventionen) och om ersätt-ningen ger upprättelse utifrån de attityder, som finns hos olika berörda kategorier och hos allmänheten.[232]

Av tradition har förarbetena gett endast vaga riktlinjer för hur den ideella ersättningen ska bestämmas för kränkning i samband med brott. I propositionen till 1972 års skadeståndslag skriver departementschefen om frågan rörande skadeståndets storlek att lagen inte ”ger några anvisningar om vilka normer som skall ligga till grund för

224 Friberg, 2010, s. 49. Ekstedt finner rötterna i den tyska 1800-tals idealismen, Ekstedt, 1977, s. 39.
225 Bengtsson, 2007, s. 299.
226 SOU 1992:84 s. 189.
227 Eklöf, 1942, s. 110 f.
228 Ibid, s. 112.
229 Friberg, 2010, s. 41 ff.
230 Ihering, 1941, Ekelöf, 1942, s. 112.
231 Dufwa ser ”de sociologiska sammanhangen” som en av flera diskussionslinjer inom skadeståndsrättslig doktrin. Dufwa, 1993, s. 1831.
232 SOU 1969:58 s. 20 ff.

prövningen. I första hand blir det frågan om en skönsmässig uppskattning av graden av det lidande som har tillfogats den kränkte. Hänsyn bör visserligen tas till intensiteten i dennes subjektiva upplevelse av kränkningen, men man måste i första hand lägga förhärskande etiska och social normer till grund."[233] Man skrev även att det inte är "möjligt att lagfästa generella normer eller göra mera preciserade uttalanden om skadeståndets beräkning. Det bör i första hand ankomma på domstolarna att sörja för att rättstillämpningen anpassas till tidens krav."[234] Dessa formuleringar är intressanta, eftersom de öppnar upp för det rättssociologiska perspektivet om hur rättstillämparen, i brist på formella normer, kan tolka de "sociala" informella normerna vid rättstillämpningen. Vad som gör saken intressant är att tolkningsutrymmet så tydligt aviseras av lagstiftaren själv. Det så kallade ideella ersättningsområdet är vidare inte begränsat till personskadeområdet, där kränkningsersättningen till brottsoffren utgör den mest betydande ersättningstypen, utan det utgår ideell ersättning även inom en rad andra rättsområden som till exempel inom immaterialrättsregleringen. En annan form av skadestånd, som också kan sägas vara av ideell natur, är det så kallade allmänna skadeståndet inom arbetsrätten. För den icke-ekonomiska skada, som uppstår då någon brutit mot någon av de aktuella lagarna eller mot kollektivavtal, kan förpliktas utge allmänt skadestånd till den eller dem som kränkts genom lag- eller avtalsbrottet. Ersättning för exempelvis diskriminering och intrång i den personliga sfären är alltid av typen rent ideellt skadestånd.[235]

Enligt skadeståndslagen 5:1 från 1972 utgick ersättning för lidande i samband med brott enligt följande lydelse:

> Bestämmelserna i denna lag om skyldighet att ersätta personskada tillämpas också i fråga om lidande, som någon tillfogar annan genom brott mot den personliga friheten, genom annat ofredande, som innefattar brott, eller genom ärekränkning eller dylik brottslig gärning.

När man idag betecknar kränkningsersättningen som rent ideell ersättning, har det alltså sin bakgrund i att ersättningen frigjorts från övrig ideell personskada. Hur den processen gick till beskrivs nedan.

233 Prop. 1972:5 s. 572. I prop. 1997/98:105, om det allmännas skadeståndsansvar, beskriver man lidande som icke-ekonomisk skada på följande sätt: "Det finns inte några generellt giltiga normer att lägga till grund för prövningen. Det blir i huvudsak fråga om att göra en skönsmässig uppskattning av graden av lidande i varje enskilt fall. Därvid måste hänsyn tas till intensiteten i den skadelidandes subjektiva upplevelse av lidandet, men i första hand bör förhärskande etiska och sociala värderingar läggas till grund (jfr prop. 1972:5 s. 572)." Prop. 1997/98:105, s. 56. Jfr SOU 2010:87 s. 117 där formuleringen återkommer.

234 Prop. 1972:5 s. 572. Jfr SOU 1992:84 s. 133.

235 Göransson & Karlsson, 2004, s. 113.

2.3.2 ”Frigörelsen”

Under lång tid rådde oklarhet kring om ersättning för lidande kunde utgå samtidigt som ersättning för personskada i form av sveda och värk.[236] Man betraktade traditionellt inte själva lidandet eller kränkningen som en självständig skada oberoende av personskadan.[237] I ett uppmärksammat rättsfall, NJA 1986 s. 319, uppkom frågan om ersättning för lidande kunde utgå, så att säga på egen grund, trots att ingen personskada förelåg. Dåvarande ordföranden för Brottsskadenämnden, Erland Conradi, kritiserade HDs domslut och angav följande skäl:

> För min del utgår jag från att det själsliga lidandet till följd av en skadehändelse är en enhetlig företeelse. Att föreställa sig, att det skulle finnas ett abstrakt, i det blå svävande lidande, inte besudlat av olikartade medicinska symtom, som ingår i sveda och värk — ett lidandets das Ding an Sich så att säga — ter sig för mig ganska verklighetsfrämmande.[238]

Man kan säga att genombrottet för den nuvarande mer generösa hållningen, där ersättning för lidande/kränkning utgår på egen grund, öppnades upp i ett av Brottsskadenämndens principuttalande (RFS B:7 1986:5), där man visade hur begränsad möjligheten till ersättning för lidande är, eftersom möjligheten till att få ersättning för personskada enligt 5 kap. 1§ var så uttömmande att ”i stort sett kan det bara bli fråga om sådana företeelser som allmän sorg över det inträffade, förbittring eller grämelse, som inte givit upphov till skada medicinskt sett.”[239] Idag framstår det som förvånande att det i mitten av 1980-talet inte fanns någon möjlighet för brottsoffret att få brottskadeersättning för lidande, som inte utgick från dennes personskada.[240] Men sedan 1990 ger HD samma brottsoffer en rätt till ersättning för såväl lidande som sveda och värk (NJA 1990 s. 186).[241] Frigörelsen, eller separationen, som utgjorde fröet till dagen kränkningsersättning befäste snart sin position i praxis. Ett relevant prejudikat är NJA 1991 s. 766, där HD skriver att ”(s)yftet med regeln om ersättning för personligt lidande är att gottgöra den integritetskränkning som följer med de brott som avses med regeln. Ersättningen kan också utgöra kompensation för den oro och det obehag som kan bli följden av ett brottsligt angrepp på den personliga integriteten. Däremot är det inte avsett att ersättning enligt 1 kap 3 § skadeståndslagen skall lämnas för sådant psykiskt lidande som kan sägas utgöra ett led i ett akut sjukdomstillstånd och som därmed är hänförligt till personskada.

236 SOU 1992:84, s. 91.
237 Prop. 1977/78:126 s. 40.
238 Conradi, 1986, s. 453 f.
239 SOU 1992:84 s. 94.
240 Inom skadeståndsrätten fanns det sedan länge möjlighet till ersättning för lidande, som orsakats av att brottsoffrets personliga integritet kränkts men alltså inte genom brottskadelagen. ”Det finns dock knappast skäl att införa en allmän rätt till brottskadeersättning för lidande vid brott mot den personliga integriteten” skriver man i prop. 1987/88:92 s. 7. Man inför dock en möjlighet till ersättning också i fråga om lidande men med begränsningar (gällande ärekränkningsbrotten) i jämförelse med skadeståndslagen. Friberg, 2010, s. 420.
241 Se även NJA 1991 s. 83 och Bengtsson & Strömbäck, 2011, s. 333.

Sådant lidande ersätts nämligen som sveda och värk enligt bestämmelsen därom i 5 kap 1 § skadeståndslagen (jfr NJA 1990 s 186)." Ett annat prejudikat, som fört fram kränkningsersättningen som självständig ersättningsgrund, är NJA 1999 s. 441, där HD visar att det utmärkande i kränkningsersättningen är att den typiskt sett utgår från själva brottets allvarlighet och inte brottsoffrets personliga upplevelse:

> Även om detta inte utesluter att ersättning enligt 1 kap 3 § kan utgöra kompensation även för sådan oro och sådant obehag som kan bli följden av ett angrepp på den personliga integriteten, är det därför naturligt att sådan ersättning inte, på samma sätt som ersättning för sveda och värk, varierar med hänsyn till hur brotten påverkat enskilda brottsoffer. Vad som i första hand är avgörande är i stället en bedömning av de enskilda brottens karaktär och omständigheterna kring dessa med beaktande av förhärskande etiska och sociala värderingar.[242]

Efter ändringen i skadeståndslagen, som genomfördes 2002, utgår numera ersättning för den skada, som kränkningen av ett brott, som innefattar ett angrepp mot dennes person, frihet, frid eller ära, medför.[243] Orsaken till att man bytte från lidande till kränkning var en övergripande vilja att förenkla och förtydliga ersättningens funktion och att det rör sig om en ersättning, som skall vara objektiv utifrån samhällets grundläggande värderingar och normer (kränkning av människovärdet) och mindre personlig och subjektiv (lidandet hos den enskilde).[244] Skälet till att termen "lidande" togs bort var även att psykiskt lidande också kan utgöra personskada enligt 5 kap. 1 § skadeståndslagen. Ändringarna innebar att denna form av ideellt skadestånd nu fick en egen paragraf, vid sidan om bestämmelserna om person- och sakskada och ren förmögenhetsskada och därmed tydliggjordes ytterligare skillnaden mellan ekonomisk och ideell skada och mellan kränkningsersättning och personskada. Bakgrunden till ändringarna var, utöver de ovan redovisade rättsfallen, två utredningar av kommittén om ideell skada "Ersättning för kränkning genom brott" (SOU 1992:84) och slutbetänkandet "Ersättning för ideell skada vid personskada" (SOU 1995:33). Under 1980-talet hade den restriktiva hållningen gentemot ersättning för ideella skador, som ofta är brottsofferrelaterade, börjat uppmärksammats och kritiseras. Det föreföll märkligt att ett rikt och progressivt land, med omfattande offentligt finansierade stödåtgärder för olika utsatta samhällsgrupper, intog en så återhållsam linje. Startskottet bestod av alla de motioner, som behandlades i riksdagen under 1980-talet angående önskvärdheten i en höjning av skadeståndsbeloppens storlek vid ideell skada.[245] Den utveckling som därpå följde är nära knuten till framväxten

242 NJA 1999 s. 441. Jfr prop. 1972:5 s. 572. Tidigare hade HD i NJA 1997 s. 767 också preciserat skillnaden på följande sett: "Ersättningen för personligt lidande skall gottgöra den integritetskränkning som brottet inneburit. Ersättningen kan också utgöra en kompensation för den oro och det obehag som kan bli följden av ett brottsligt angrepp på den personliga integriteten. I sistnämnda hänseende är emellertid att märka att sådant psykiskt lidande som kan sägas utgöra ett led i ett akut sjukdomstillstånd och som därmed är hänförligt till personskada skall ersättas enligt 5 kap 1 § skadeståndslagen såsom sveda och värk och inte enligt 1 kap 3 § samma lag såsom kränkning."

243 Prop. 2000/01:68.

244 Ibid, s. 47ff.

245 SOU 1992:84 s. 37.

av brottsofferperspektivet inom rättsväsendet och samhället i stort och kommer att behandlas längre fram.

Begreppet ”skada” och ”kränkning” har, som framgått ovan, ett komplicerat inbördes förhållande. Enligt propositionen till den nuvarande lydelsen i skadeståndslagen avses med begreppet ”skada” väsentligen detsamma som den tidigare termen ”lidande” men med den skillnaden att i mindre mån skall den skadelidandes egen upplevelse i samband med brottet beaktas.[246] Kränkningsersättningen syftar till att ersätta den skada, som kränkningen *innebär*.[247] Egentligen är det skadan (tidigare lidandet), som ska ersättas och inte kränkningen i strikt mening men det anses ändå korrekt att tala om ersättning för kränkning.[248] Terminologin har kritiserats i doktrinen för att vara otydlig och för att inte vara koherent. Mårten Schultz har presenterat ett treledsresonemang, som utgår från handlingen (brottet), som kan medföra kränkningar, vilka i sin tur kan medföra skador.[249] Håkan Andersson har istället beskrivit det som att kränkningsbegreppet har en ”aktivsida” och en ”passivsida”, som kan användas både för beteckningar av faktorer på den skadelidandes (brottsoffrets) och skadevållarens (gärningsmannens) sida, vilket kan tolkas som en uppmjukning av dikotomin mellan gärning och skada.[250] Orsaken till att denna distinktion kom att uppmärksammas var ett rättsfall, där HD kom i stort att jämställa kränkningen med den brottsliga gärningen (NJA 2007 s. 540), vilket underminerar den inom skadeståndsrätten, så fundamentala orsaksbedömningen mellan handlande och skada. Schultz menade att HD gjorde ”skadeståndsbedömningen till en mental härdsmälta.”[251] Även när skadeståndet för kränkning ska bestämmas enligt nuvarande regel i skadeståndslagen, anger propositionen som tidigare att det får ”ankomma på rättstillämpningen att utifrån förhärskande etiska och sociala värderingar närmare precisera vilka hänsyn som skall tas vid skadeståndets bestämmande.”[252]

---

246 Syftet är också att undvika sammanblandning med ersättning som kan utgå för psykiskt lidande, då begreppet leder in tankarna på den subjektiva upplevelsen istället för kränkningens mer objektiva konnotationer. Friberg, 2010, s. 61 ff.

247 Prop. 2000/01:68, s. 49 och s. 66.

248 Ibid, s. 53.

249 Schultz, 2008, s. 33.

250 Ibid. s. 34.

251 Ibid. Bengtsson & Strömbäck formulerar sig något försiktigare “(v)ad som egentligen är en kränkning ställdes på sin spets i NJA 2007 s. 540, som gäller ersättningen till den som varit ovetande om den brottsliga gärningen.” Bengtsson & Strömbäck, 2011, s. 333. Fallet är intressant ur ett viktimologiskt perspektiv, eftersom brottsoffret, den sovande flickan, kan sägas vara ett som Nils Christie kallar för icke-idealiskt offer. Chrisite skriver ”det ovetande offret, det som viktimiseras utan att veta om det.” Christie, 2001, s. 53.

252 Prop. 2000/01:68 s. 53. “Vid bestämmandet av ersättningens storlek bör utgångspunkten därför främst vara den kränkande handlingens art och varaktighet. I avsaknad av tabeller gör domstolarna och nämnderna en skönsmässig värdering som utgår från etiska och sociala värderingar. De ser till den kränkning som typiskt sätt kan anses ha uppkommit till följd av kränkningen d.v.s. objektiva faktorer. Med tiden har vissa schabloner växt fram som ger domstolarna och nämnderna ledning vid bestämmande av hur stor ersättning för kränkning som bör lämnas. I visa fall tas hänsyn till mera subjektiva faktorer. Ju mer kränkande behandling, med nesliga grymma, hänsynslösa och oförskämda inslag – kanske med våld och otrevliga tillbehör – desto större blir kränkningen och därmed också ersättningen.” Randquist, 2010, s. 165.

Rättstillämparen ges sålunda i uppdrag att tolka det sociala tryck och den sociala kontexten vari ersättningen ska verka.

2.3.3 Vad är det som ska ersättas?

Ovan har kränkningsersättningens uppgift berörts mer övergripande och det finns därför ett behov av att titta närmare på frågan vad som egentligen avses med att ersätta en kränkning. Att det finns en grundläggande svårighet att värdera och därmed ersätta den skadelidande, är inget nytt eller kontroversiellt, eftersom denna insikt utgjort själva kärnan i varför ersättningen utgör undantaget gentemot den ersättning, som åtgår vid fysisk skada. I propositionen till nuvarande bestämmelsen i skadeståndslagen skriver man: ”Det ligger visserligen i sakens natur att själva kränkningen inte kan suddas ut genom ersättning i pengar. Ersättningen kan dock lindra verkningarna av kränkningen. Den kan bidra till att den skadelidande får upprättelse för den förnedrande och kränkande handlingen och därmed också bidra till att återställa självrespekten och självkänslan.”[253] Något som är slående, när man börjar titta närmare kring vad som anges vara kränkningsersättningens ”syfte”, är att det finns ett flertal formuleringar kring detta och ambitionsnivån varierar också kraftigt. Klart är dock att någon särskild preventiv effekt har man inte uttalat, ofta därför att denna typ av ersättning i regel förutsätter straffbart förfarande, där eventuella preventiva ambitioner således bör placeras.[254] Låt oss därför titta närmare på den andra huvudfunktionen, nämligen reparation.[255] Det tycks råda en viss oklarhet, som Sandra Friberg sammanfattat med att det är ”svårt att i propositionen till skadeståndslagen finna grunden till *varför* ersättning bör utgå och vilket *syfte* skadeståndet kan anses tjäna.”[256] Ändå anses skadeståndsrättens viktiga princip, om att den skadelidande skall ha full kompensation för sin skada, även gälla på dessa skador.[257]

Bland formuleringarna kring ersättningens syfte och funktion kan å ena sidan en ”behandlingsorienterad linje” noteras som lyfter fram den skadelidandes möjlighet att genom ersättningen få tillfälle till rekreation eller annan förströelse. Även tanken på att pengarna kan ge den skadelidande en möjlighet att förändra sin livssituation får anses tillhöra denna kategori. Den skadelidande kan då ”unna sig något som han eller hon annars inte skulle haft råd med, exempelvis en längre resa eller liknande, och därmed skingra tankarna på kränkningen.”[258] Detta ska i sin tur relateras till att osäkerheten kring hur skadan ska värderas också har motiverat att kränkningsersättningen ska ha andra reparativa syften. Dessa syften utgörs då av att

253 Prop. 2000/01:68 s. 48.
254 SOU 1992:84 s. 212.
255 Schultz, 2008, s. 57 ff.
256 Friberg, 2010, s. 56.
257 SOU 1992: 84 s. 213, prop. 1975:12 s. 111.
258 SOU 1992:84, s. 214.

”kompensa för olika känslor”[259] eller ”den momentana upplevelsen av det brottsliga angreppet” och de negativa känslor, som den skadelidande upplevt vid skadetillfället (brottet).[260] Syftet med ideellt skadestånd har till och med ansetts kunna vara att genom ”tröstepenning” åstadkomma ”angenäma känslor” hos den skadelidande eller ”plåster på såren”.[261] Å andra sidan finns det en linje som skulle kunna beskrivas som den rättsstatliga. Den tar sin utgångspunkt i att ge den kränkte upprättelse för den oförrätt, som brottet medfört. Ersättningen kan då betecknas som kompensation för kränkningen i mer allmänna termer och mindre som reparation för en individuell skada eller negativa känslor överlag. Upprättelse och gottgörelse kan också ses som en viss typ av reparation.[262] Att erhålla kränkningsersättningen blir då ett bevis i sig, inte bara inför den skadelidande, utan ”också för personer i omgivningen på att han eller hon har blivit förfördelad.”[263] Tanken ligger väl i linje med ”den kollektiva metoden” avseende hur nivån på ersättningen ska bestämmas, samt förarbetsuttalanden om ”att det vid bestämmande av kränkningsersättning måste beaktas om angreppet strider mot grundläggande samhällsvärderingar, t.ex. att alla människors värde är lika.”[264] Konsekvensen blir att upprättelsefunktionen betonas och till kränkningsersättningens ”syfte” läggs därför ibland ”att ersätta störningen i människovärdet.”[265] Men genom att den balanseras mot ersättningens möjlighet att bidra till självrespekten och självkänslan återställs, får inte perspektivet ett så repressivt eller vedergällande drag över sig, även om liknelsen med den medeltida boten ligger nära. Utöver de ovan gjorde anmärkningarna bör det klargöras att brottsskadeersättningen, trots sin anknytning till de skadeståndsrättsliga bestämmelserna (brottskadeersättning för kränkning bestäms med tillämpning av skadeståndslagen 5:6), har en något annan historia. Kriminalpolitiska och sociala överväganden rörande brottsoffrens behov har haft en annan betydelse vid tillkomsten och utvecklingen av brottskadeersättningen än vid övrig ersättningsrätt. Av Brottsoffermyndighetens referatsamling framgår att ”kränkningsersättningen avser till allra största delen upplevelsen vid och karaktären av själva skadehändelsen (momentalt), medan ersättning för personskada tar sikte på följdverkningarna efter skadehändelsen.”[266]

---

259 De känslor, som den skadevållande handlingen framkallat hos den skadelidande och som kränkningsersättningen är tänkt att kompensera, utgöras av rädsla, skam, förnedring eller liknande, som alltså inte tar sig sådant medicinskt uttryck att det föreligger en personskada. Schultz, 2008, s. 38, SOU 1992:84 s. 213, prop. 2000/01:68 s. 19.

260 Det efterföljande lidandet eller andra upplevelser och verkningar, som ett brottsoffer kan erfara (fysiska och psykiska påfrestningar som smärta eller sömnsvårigheter t.ex.), ersätts som ”vanlig” ideell personskada, vilken kan utgöras av ersättning för sveda och värk. Jfr Friberg, 2010, s. 372 f., SOU 1992:84 s. 214 ff.

261 Ekstedt, 1977, s. 95 ff. Jfr Friberg, 2010, s. 368.

262 Andersson, 1993, s. 324.

263 SOU 1992:84 s. 214.

264 Prop. 2000/01:68 s. 53. Betonas upprättelsetanken som ändamålsbestämning blir kunskap om värderingar hos skadelidande och andra viktig. Ekstedt, 1977, s. 118.

265 Schultz, 2008, s. 39. Nära ligger även tanken på rättvist vederlag i överensstämmelse med rättsmedvetandet. Ekstedt, 1977, s. 101.

266 Brottsoffermyndighetens referatsamling, 2009, s. 12.

Avslutningsvis ska skadeståndsrättens allmänna funktioner och beröringspunkter kortfattat återges för att visa på hur breda perspektiven är:[267] 1) Ersättning, där principen om full ersättning brukar betonas. 2) Prevention som brukar delas in i individuell och allmän men också ekonomisk och moralisk. Preventionens status är dock oklar. 3) Distribution och pulvrisering av kostnader för skador relaterade till olika försäkringslösningar som brottskadeersättningen kan sägas utgöra. Placering av kostnader är en central fråga. 4) Olika rättviseperspektiv relaterade till aktsamhet, ansvar men också upprättelse och tillfredställelse av rättskänslor. Därtill har Dufwa tagit med följande funktioner och aspekter: 5) Handlingsfrihetens gränser kontra den skadelidandes trygghet. 6) ”Ombudsmannen” som rör den uppmärksamhet och andra effekter som skadeståndsprocessen eller skadeståndshotet kan medföra. 7) Straffet, det faktum att skadestånd och straffrätten ur vissa, inte bara historiska, aspekter är besläktade. Dufwa skriver att funktionerna kan komma i inbördes konflikt, överlappa varandra och vara besvärliga att fånga. Dufwa tillägger ”(k)anske har de tillmätts allt för stor betydelse i diskussionen; kanske borde skadeståndsrätten behandlas mer som den är.”[268] Min ambition är att med den empiriska undersökningen och analysen just behandla kränkningsersättningen ”som den är”.

2.4 Ett brottsofferperspektiv på kränkningsersättningen

Sedan mitten av 1900-talet har brottsoffrens möjlighet att få sina skador ersatta successivt ökat genom olika rättsliga reformer.[269] Utifrån det så kallade rymlingsanslaget från 1948, som innebar att ersättning kunde betalas till den som orsakats person- eller sakskada av personer som rymt från kriminalvårdsanstalter, började ett brottsofferperspektiv långsamt att växa fram.[270] Det fortsatta reformarbetet ledde fram till 1971 års kungörelse (1971:505) om ersättning av allmänna medel för personskada på grund av brott, som delvis kan ses som en reaktion på den kraftiga ökningen av brottsligheten som uppmärksammades under 1960-talet.[271] Kungörelsen innebar i stort att den, som hade drabbats av personskada på grund av brott, kunde få viss ersättning av allmänna medel efter en behovs- och skälighetsprövning. Syftet med ersättningssystemet var främst att täcka ömmande sociala behov och ansökningarna prövades av regeringen, vilket befäste dess begränsade betydelse.[272] Själva begreppet ”brottsoffer” uppkom först på 1970-talet i det svenska språket och dess framväxt spe-

267 Dufwa, 1993, s. 1681 ff och Hellner & Radetzki, 2008, s. 39 ff.
268 Dufwa, 1993, s. 1681.
269 Friberg, 2010, s. 415 ff.
270 Egentligen är det för tidigt att tala om ett riktigt brottsofferperspektiv men man brukar utgå från rymlingsanslaget, när bakgrunden till vår nuvarande brottskadelag tecknas. Friberg, 2010, s. 415.
271 Sarnecki, 2009, s. 89ff.
272 SOU 1995:33, s. 415.

glade tidens samhällsrörelser av bland annat av feminism och den amerikanska medborgarrörelsen.[273] Offerdiskurs och identitetspolitik hade kommit och förde upp nya frågor på agendan. Brottsskadeersättningen ingår numera officiellt som en viktig del i rättsväsendets reparativa verksamhet. Samhällets samlade stöd till brottsoffer och deras situation syftar till att minska skadeverkningarna av brott och möjligheten till brottsskadeersättning utgör en viktig del i arbetet att uppnå detta syfte enligt justitiedepartementet.[274] Fokuseringen på kränkning kan till och med sägas ha kommit att utmärka den svenska brottsofferdiskursen, vilket medfört att ersättningsfrågorna också hamnat i fokus.[275]

Genombrottet för dagens brottsskadeersättning kom med SOU 1977:36 ”Ersättning för brottsskador”, där utredningen föreslog att behovsprövningen skulle slopas, så att ersättningen istället skulle bedömas enligt den övergripande skadeståndsrättsliga principen om full ersättning för liden skada.[276] Brottskadelagen (1978:413) trädde i kraft den 1 oktober 1978 men först tio år senare, år 1988, öppnade man upp för ersättning för lidande oberoende av personskada.[277] Principen om att korrigera den skada, som offret drabbats av, som brottsskadeersättningen antog, kanske inte passar med det mer renodlade kränkningsbegrepp, som lidandeersättningen utvecklades till.[278] Genom de olika osäkerhetsmoment, som är kopplade till en rent ideell ersättning om möjligheten att med monetära medel återställa en icke-ekonomisk skada, har härmed hamnat mitt i ett ersättningssystem, som beskrivs som behovsinriktat.[279]

För att tillvarata brottsoffrens intressen, rättigheter och behov samt handlägga landets brottsskadeärenden inrättades Brottsoffermyndigheten 1994. På myndigheten finns en nämnd, som avgör ärenden av principiell betydelse eller större vikt. Besluten kan inte överklagas men myndigheten är heller inte bunden av sina egna tidigare beslut eller domstolarnas avgöranden, så på detta sätt har man en stor möjlighet att utveckla sin praxis löpande. Det finns en risk för såväl över- som underkompensation, när det samlade ersättningssystemet för kränkningar är komplext.[280] Friheten ger enligt Hellner ”…myndigheten en ’egen profil’, som det heter med ett modernt uttryck. Å andra sidan kan de principer som utbildats ses som ett extremt uttryck för vad samhället anser böra beviljas den som lider personskada genom andras

273 Begreppet och det numera så breda forskningsfältet “viktimology” skapades vid slutet av 1950-talet av den amerikanska psykiatrikern Fredrik Werthram men redan under slutet av 1800-talet hade den franske juristen Bonneville påtalat vikten av brottsoffrens kompensation. I Sverige brukar psykologen Heinz Leymann anses vara den, som tidigt introducerade viktimologiska perspektiv som brottsoffer och vuxenmobbing inom arbetslivet. Sonander, 2008, s. 76 f.

274 Dir. 2010:84, s. 4.

275 Rytterbro, Rönneling & Tham, 2010, s. 106.

276 SOU 1977:36 s. 14ff. Grunden för skadeståndsrätten anges ofta till reparation av den skadelidandes situation, vid sidan av den mer omdiskuterade preventionen. Malmström & Agell, 1994, s. 281.

277 Prop. 1987/88:92, s. 6ff.

278 Schultz, 2008, s. 26.

279 Friberg, 2010, s. 424.

280 Ibid, s. 440.

handlande."[281] Efterhand är det kränkningsersättningen, och inte personskadan, som har kommit att utgöra den dominerande posten inom brottsskadeersättningen, vilket också tydligt framgår av Brottsoffermyndighetens referatsamling. Ungefär 70 procent av den sammanlagda brottsskadeersättningen utgjorde kränkningsersättning under år 2009, vilket motsvarar 84 000 000 kronor.[282] Brottsoffermyndighetens praxis spelar en viktig roll för domstolarnas och praktiserade juristers arbete liknande en komplexitetsreducerande norm över vilka ersättningsbelopp, som gäller vid olika brottstyper. HD anslöt sig relativt tidigt till myndighetens praxis (NJA 1997 s. 315). Diskrepanser mellan de belopp, som fastställts i domen och de belopp som utbetalas av myndigheten (det är andra bestämmelser i brottsskadelagen än i skadeståndslagen främst rörande jämkningsmöjligheten och självriksavdraget) blir ofta uppmärksammade och kritiserade i media.[283]

Brottsofferperspektivet är numera en del av folkrätten och de mänskliga fri- och rättigheterna. Enligt den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen) ges rätt till effektivt rättsmedel (artikel 13) för den som drabbas av en konventionsöverträdelse. Detta har medfört ett växande och komplext rättsområde, där medlemsstaternas skyldighet att tillhandahålla skadeståndssanktioner och gottgörelsemekanismer står i centrum för komplicerade rättsfrågor.[284] I Romstadgan för Internationella brottmålsdomstolens bestämmelser om gottgörelse till brottsoffer (art 75:1) talar man om gottgörelse utifrån fyra olika aspekter: 1) Restitution (återställande), 2) Kompensation (ersättning), 3) Rehabilitering (vård) och 4) Satisfaktion (upprättelse).[285] I relation till de svenska reglerna om kränkningsersättning är det främst "rehabilitering", som sticker ut, då kränkningsersättningen är en rent ideell ersättning utan koppling till medicinska skador. De övriga tre aspekterna är delvis överlappande och beroende av varandra. Möjligen kan kompensationsaspekten sägas vara den mest praktiskt och teoretiskt intressanta, eftersom den öppnar upp för den centrala frågan om skadebestämningen och värderingsunderlaget vid bedömningen.[286] De övriga aspekterna, bortsätt från rehabilitering, är av mer symbolisk karaktär, vilket är särskilt tydligt för upprättelsefunktionen. Europakonventionen har inte bara påverkat det materiella innehållet inom ersättningsrätten, utan även skadeståndsrätten har tagit intryck av konventionen, särskilt rörande synen på individen inom straffrättssystemet.[287] Sammantaget

281 Hellner & Radetzki, 2008, s. 475. Se även Bengtsson & Strömbäck, 2011, s. 340.

282 BrOMs verksamhetsberättelse 2009, s. 6.

283 Friberg, 2010, s. 431.

284 Europakonventionen talar i art. 41 om rätt till "skälig gottgörelse" vid brott mot konventionen eller dess protokoll.

285 Prop. 2001/02:88, s. 153.

286 I centrum för kränkningsbegreppet står frågan om vad objektet för skadan utgörs av, vilket har betydelse för värdebedömningen i ett differensschema. Persson, 1953, s. 32 ff. En annan möjlighet är att se kränkningsersättningen i helhet som en ersättning av mer symbolisk art utan de generella skadeståndsrättsliga begreppen som kausalitetskriterier och differensbegreppet (som alltså innefattar ett förlustrekvisit). Ibid, s. 135 ff.

287 Detta gäller på både offersidan och förövarsidan, den sistnämnda rör särskilt kravet på legalitet. Lernestedt, 2010, s. 69.

finns det således en tendens mot att betrakta brottsoffrens kränkningsersättning allt mer som en rättsstatlig ”rättighet” och Brottsoffermyndigheten har utvecklats till att både vara brottsoffrens ombudsman och den centrala rättsbildaren på området.[288]

2.5 Den straffrättsliga kopplingen

När de rättstillämpande myndigheterna ska bestämma kränkningsersättningen och bedöma frågan vilken skada som har uppkommit, får man även värdera den ansvarsutlösande gärningen, det vill säga själva brottets allvarlighet.[289] Här föreligger således en nära relation mellan straff och skadestånd, en relation som går djupare än den mer tekniska ”spärregeln”.[290] Men osäkerheten är desto större om hur den ser ut, hur den utvecklas och hur den borde vara.[291] Varför denna relation är central beror på att det fordrats lagstöd för ideellt skadestånd och brottsligt angrepp av visst slag för att kränkningsersättning skall aktualiseras.[292] Dessa bestämmelser om rätten till kränkningsersättning är även förbundna med rättsordningens grundvärden och dess syn på mänskliga fri- och rättigheter. En rättssociologisk fråga är hur denna relation ser ut och vilka drivkrafterna är bakom de förändringar, som möjliggör att nya rättsliga argument föds och nya aspekter vinner rättslig tyngd.[293] Relationen är även relevant utifrån det viktimologiska perspektivet, eftersom ersättningen i praktiken ofta riktar sig till brottsoffer och syftar till att återställa den skada, som brottet orsakat.

288 Friberg ser därför en glidning bort från den ursprungliga behovsaspekten, som återfanns hos lagstiftarens intentioner avseende brottsoffrens brottsskadeersättning. Friberg, 2011, s. 356.

289 NJA 2007 s. 540. Jfr prop. 1972:5 s. 572 och prop. 2000/01:68 s. 51.

290 Historiskt har olika rättskränkningar och rättsstridiga handlingar kallats för ”deliktshandlingar”, dvs handlingar som medför skadeståndsskyldighet, straffansvar eller bådadera. Jfr Reuterskiöld, 1912, s. 241.

291 Levin skriver om en diffus begreppsbildning och att inga egentliga avgränsningar har diskuterats, Levin, 1986, s. 9 ff. Dufwa menar att en betydande oklarhet länge rått om vilket håll tendensen går, om det överhuvudtaget finns någon, Dufwa, 1993, s. 1662. Hellner anser att en klargörande genomgång av området räknas till de viktigaste önskemålen för svensk ersättningsrätt, Hellner, 1976, s. 186. Kleineman menar att kravet på brott för kränkningsersättning framstår närmast stötande, Kleineman, 1987, s. 575. Han har även noterat utvecklingen mot straffskadestånd och ökad ersättning utifrån allmänmoralisk synvinkel, Kleineman, 2003, s. 324. Se även SOU 1992:84 där utvecklingen ”från försäkring till bot” diskuteras.

292 Hellner & Johansson, 2000, s. 371. För några år sedan frångick HD (NJA 2001 s. 65.) den gamla principen att det fordras lagstöd och den ideella ersättningen frigjordes därför från denna begränsning, se Radetzki, 2000/01, s. 928 ff.

293 Hydén har beskrivit varför livet och den kroppsliga integriteten är ett starkt skyddsvärt intresse bland rättsreglerna ur ett rättssociologiskt perspektiv. Hydén, 2002, s. 166. Här kan man fråga sig om inte dessa värden har ökat på senare tid genom framväxten av “postmaterialistiska” värderingar, som betonar integritet och individuella livsprojekt. Att somliga normer upphöjs till rättsregler berör även vad Hart har skrivit om det gemensamma innehållet i olika rättssystem. ”Anta, säger Hart, att rättssystemen består av regler, som möjliggör mänsklig överlevnad. Vissa grundläggande fakta rörande den mänskliga naturen och de omständigheter människorna lever i gör då regler av det nyss skisserade slaget till en nödvändighet.” Simmonds, 2008, s. 97.

Eftersom skadeståndsrätten och straffrätten är intimt sammanlänkade, vilket särskilt framträder, när man som här studerar kränkningsersättningen till brottsoffren, är det svårt att inte samtidigt belysa den straffrättsliga utvecklingen i vårt land under modern tid. Den systematiska kopplingen mellan straffet och skadeståndet går dock längre tillbaka i tiden än så och har vidare rötter. Även om det fanns en skillnad mellan ett privat och offentligt reaktionssystem, låg betoningen på det privata, där boten intog en central plats redan i den äldre romerska rätten. Även i andra gamla rättsordningar sammanföll det som idag utgör skadeståndsrätt med straffrätten.[294] När framväxten av ideell ersättning beskrivs, har man ofta hänvisat till hänsynstagandet till de skadeståndsskyldigas intresse samt att ersättningstypen tillkommit i äldre tid, då dess komplikationer inte så noga observerats.[295] En central tanke inom straffrättens påföljdlära var länge den individualpreventiva behandlingstanken. Individualpreventionen, som har beskrivits som en gren av behandlingstanken, byggde på en positiv människosyn och var tämligen sociologiskt orienterad.[296] 1956 når denna radikala riktning sin kulmen, när ett förslag till skyddslag presenteras och man föreslår att begreppet straff utmönstras.[297] Denna syn grundar sig på en uppfattning, där rätten skall vara fri från rättsstatliga värderingar, strikt vetenskaplig och rationell. Det är inte svårt att tänka sig att ideella skadestånd utifrån kränkningar av rättsordningens grundläggande värden inte passade in i den tankemodellen. Inom straffrätten har en av de verkligt genomgripande rättspolitiska förändringarna under de senaste decennierna utgjorts av ett närmande till en mer traditionell, så kallad nyklassicistisk, uppfattning med betoning på bland annat rättvis och proportionerlig reaktion på det straffvärde, som brottet representerar.[298] Sådana olika ”billighetshänsyn” innebar även en viss förskjutning från individual- till allmänprevention inom strafftänkandet.[299] Den så kallade behandlingstanken, som dessförinnan under flera årtionden dominerade den kriminalpolitiska arenan, medförde att proportionaliteten mellan brott och straff försvagandes och samtidigt riktades uppmärksamheten på vården och behandlingen av gärningsmannen. Under 1970-talet stod det klart att denna utveckling stod i strid med det allmänna rättsmedvetandet.[300] Även den uppmärksammade våldtäktsdebatten, som initierades av E-M Boëthius, satte fingret på den obalans,

294 Tamm, 1996, s. 180.

295 Ekstedt, 1977, s. 40.

296 Mathiesen har reflekterat över hur 1950-talets behandlingsoptimism efterhand förbytes till ”nothing works”, Mathiesen, 2011, s. 239 f.

297 Se Karl Schlyters betänkande SOU 1956:55. Jmf Lernestedt, 2003.

298 ”Arbetsgruppen rörande kriminalpolitik”, där bl.a. Sten Heckscher ingick, var en del av den ”nyklassiska rörelsen” och syftade till att väcka samhällsdebatten om den då aktuella straffrättsideologiska omdaningen. Resultatet blev Brå-rapporten 1977:7 ”Nytt straffsystem”, fängelsestraffkommittens betänkande SOU 1986:13-15 och prop. 1987/88:120. Jfr Sarnecki, 2009, s. 450.

299 SOU 1986:13, s. 22. Leif Lenke har kritiserat strafftänkandet inom nyklassicismen och i dess ställe presenterat en human rights-ideologi. Lenke, 1990, s. 32 ff.

300 SOU 1990:92 s. 132.

som rådde mellan samhällets stöd för gärningsmännen och offren.[301] Fortfarande är det stor skillnad mellan hur mycket resurser staten satsar på brottslingar respektive brottsoffer. Man kan beskriva utvecklingen så att fram till slutet av 1800-talet stod endast själva brottet i centrum för samhällets uppmärksamhet för att sedan även omfatta brottslingen. Det skulle dröja enda till slutet av 1900-talet tills även intresset riktades mot kriminalitetens offer.[302] Kritiken mot behandlingstanken och det nyvaknade intresset för brottsoffer bör också ses mot bakgrund av att brottsligheten har blivit ett allt större rättspolitiskt område, där politikerna kan visa handlingskraft och vilja. ”Brottet är vår tids stora spektakel och karneval” är ett annat sätt att beskriva den ökade aktiviteten, som kretsar kring straff, brott och vår ökade känsla av utsatthet och sårbarhet som potentiella offer.[303]

Skillnaden mellan den tidigare behandlingsorienterade straffrättsliga påföljdsläran och vår nuvarande kan kortfattat sägas bestå i att ord som ”kränkning” och ”proportionalitet” blivit centrala begrepp och rekvisit vid straffmätningen. När brottsbalken tillkom i början av 1960-talet skulle rätten enligt 1 kap 7 § BrB ”vid val av påföljd, med iakttagande av vad som kräves för att upprätthålla allmän laglydnad, fästa särskilt avseende vid att påföljden skall vara ägnad att främja den dömdes anpassning i samhället.”[304] Sedan 1988 har domstolarna ett nytt kapitel, BrB 29, att beakta vid straffmätning. Av BrB 29 kap. 1 § framgår att:

> Straff ska, med beaktande av intresset av en enhetlig rättstillämpning, bestämmas inom ramen för den tillämpliga straffskalan efter brottets eller den samlade brottslighetens straffvärde. Vid bedömningen av straffvärdet ska beaktas den skada, kränkning eller fara som gärningen inneburit, vad den tilltalade insett eller borde ha insett om detta samt de avsikter eller motiv som han eller hon haft. Det ska särskilt beaktas om gärningen inneburit ett allvarligt angrepp på någons liv eller hälsa eller trygghet till person.[305]

Skadeståndståndsbestämmelsen för kränkningsersättningen och domstolarnas straffmätning har således närmat sig varandra. Begreppet ”kränkning” intar en central plats, liksom skyddet för liv, hälsa och trygghet, samtidigt som det är viktigt att poängtera att straff och skadestånd har olika funktioner och ändamål. Båda utgör dock rättsverkningar (1:8 BrB) av någons otillbörliga handlande, där tillfogandet av lidande gentemot den ansvarige förenar de båda. Samhällets sammanlagda sanktions- och reaktionssystem mot brott är synnerligen omfattande och spänner över en lång rad professioner och komplexa överväganden. Om skadeståndet i huvudsak är reparativt och kompensatoriskt, är straffet främst repressivt.[306] Inom civilrätten står allmänt konfliktlösningen i centrum, vilket ofta medför ett framåtblickande

301 Nilsson, 2003, s. 26. Boëthius är ännu i dag aktiv inom brottsofferdebatten och har skrivit ett engagerande förord till boken ”Brottsoffer från teorin till praktik”, Lindgren m.fl. s. 5.
302 Ibid, s.57.
303 Ibid, s. 5.
304 SFS 1962:700.
305 SFS 2010:370.
306 ”Man menar att ett skadestånd kan fungera reperativt, vilket betyder att ersättningen återställer den ordning som rådde innan.” Baier & Svensson, 2009, s. 149.

perspektiv, medan straffrätten ser vedergällningen mer som ett självändamål, vilket snarare är ett bakåtblickande perspektiv.[307] Ändå klassificeras skadeståndet ibland som (civilrättslig) sanktion.[308] Straffrätten och brottmålsrättegången kan sägas ha andra funktioner än vedergällning: exempelvis menar Träskman att just konfliktlösningsfunktionen ökat inom brottmålsrättegången genom att brottsoffrens ställning ökat.[309]

2.6 ”En särskild typ av omtanke och kärlek”

Å ena sidan har kränkningsersättningen rötter i såväl medeltidens botsystem som i den romerska rätten. Å andra sidan är den omfattning på utbetalad kränkningsersättning, som till stor del utgörs av brottskadeersättningen, en helt ny situation. Det nya är också betoningen av att det rör sig om en kränkning som betraktas och behandlas som något objektivt knutet till brottsögonblicket. Tidigare utgick ersättning för lidande som någon tillfogats genom vissa definierade brottsliga gärningar. Gränsen till övrig personskada var oskarp, då lidande enligt vanligt språkbruk snarare beskriver de individuella (subjektiva) följdverkningarna av det brottsliga angreppet. Som resultat av ett komplicerat samspel mellan lagändringar, rättspraxis och samhällsklimatet har fokus kommit att flyttas över från skadan till gärningen. Samtidigt utgör grunden för hela den uppkomna situationen att det är den skadelidande, som här alltså utgörs av brottsoffer, har hamnat i centrum som en följd av en kombination mellan kriminalpolitiska strömningar och den svenska försäkringsmodellen. Det finns således en rad ”oheliga allianser”, som gör helhetsbilden svårtydd.

Länge fungerade kravet på viss brottslig gärning som ett slags ”tröskel”, som skulle passeras innan rätt till kränkningsersättning kunde bli aktuell. Denna regel har medfört en abstraktion av begreppen, som ibland gjort den rättsliga argumentationen mindre stringent.[310] En av bakgrundsfaktorerna till att ideella skador som huvudregel inte ersätts, är att svensk skadeståndsrätt varit starkt orienterad mot reparation, medan skadeståndets preventiva och symboliska verkan undertryckts, som vi sett ovan. Den ekonomiska kompensationen har stått i centrum och den vägledande principen

307 Wennberg, 2009, s. 12 ff. Straffrätten bygger främst på retributiv rättvisa, medan förmögenhetsrätten bygger på korrektiva eller intraktiva rättviseprinciper. Ett instrumentalistiskt synsätt på straff har främst kritiserats av Kant utifrån etiska aspekter och rättvisans krav på att ett brott medför ett lidande för brottslingen. Ibid, s. 15. Det svenska påföljdssystemet anses idag bygga på en “rättvisekonception” utgående från klander och vad gärningsmannen förtjänar för rättvis vedergällning (“just desuert”) givet gärningen. Friberg, 2010, s. 732.

308 Jareborg & Zila, 2010, s. 14. Jämför Bengtsson & Strömbäck, 2011, s. 335.

309 Träskman, 2011, s. 307.

310 Det har skett med hjälp av skapandet av ”likhetsrelationer och att rättstillämparen konstruerar en ekonomisk skada med hjälp av metamorfoser” för att uppnå ”en objektiv och värderingsfri beräkningsoperation.” Andersson, 2003, s. 18 ff. Så starkt kan alltså intresset för undvika subjektivism och värderingar sägas vara.

har varit full ersättning för skadan. Eftersom det ansetts att full ersättning inte kan uppnås för ideella skador, då det inte finns någon objektiv måttstock att bedöma skadan med, har ersättningarna haft problem med att passa in i den skadeståndsrättsliga typografin.[311] Man har framhållit att det vore rättspolitiskt olämpligt att prioritera ersättning för förlusten av något, som inte kan ersättas med pengar.[312] Detta har även resulterat i att schabloner och hjälptabeller utarbetade av nämnder inspirerade av försäkringsbranschen. Inom detta område kan man därför med fog tala om standardiserad normtillämpning.[313] Detta medförde att rättsordningens normer, som är utgångspunkten för ideell ersättning, blev otydliga. Den rättsliga argumentationen utgick ofta ifrån en ”oartikulerad värderingsgrund”, som medförde att de rättsliga lösningarna blev svårtolkade.[314] De olika nämnderna[315], vilka är en viktig rättskälla och rättstillämparen på området, speglar också vilken roll ersättningarna spelade för lagstiftaren och inom rättssystemet i stort. Fördelen med att schablonisera bedömningen av dessa skadetyper, ur ett skadelidandeperspektiv är att den skadelidande inte behöver styrka skadan, något som annars kan vara svårt vid ideella skador. Men den fördelen kan ur ett vidare perspektiv medverka till att värderings- och bedömningsfrågorna blir obesvarade. Tendensen kan beskrivas som ”ingen handlingsdirigering bara kompensation”.[316] Försäkringsidén, så som den svenska modellen kallas av Bill Dufwa, innebar att ansvaret sköts åt sidan och skadeståndet uppfattas blott som en fråga om pengars reparativa funktion. ”Man hamnar i en rationell värld. Men den är kylig. Det blir ett avstånd mellan reglerna och den vanliga människan och detta gäller särskilt som rationaliteten har framtvingat ett mycket komplicerat och svårtillgängligt system” skriver Dufwa.[317] Mot detta ställer han behovet av ”en reaktion, ombudsmannafunktion, utredning, insikt, klarhet, få sova på natten.” Samt att fastställa gränserna för handlingsfriheten och att klarlägga spelreglerna.[318] Han menar vidare att den starka kopplingen till försäkringsidén nu nått vägs ände på grund av europeiseringen, sämre ekonomi och att Sverige inte längre är ett litet homogent

311 Principen om full ersättning är en grundsats inom såväl svensk som internationell skadeståndsrätt men när det kommer till ideella ersättningar blir orden lätt meningslösa. Dufwa, 1993, s. 1789 ff. Jfr prop. 1975:12 s. 111.

312 Hellner & Johansson, 2001, s. 371.

313 Att nämnder vars beslut inte gick att överklaga spelade en så stor roll på området visade sig vara problematiskt utifrån Europakonventionen, då kränkningsersättning faller tillbaka på en ”civil rättighet” enligt art. 6. Se SOU 1995:33 s. 415f och Prop. 2000/01:68 s. 61.

314 Andersson, 2003, s. 23.

315 De ”ersättningsprövande organ” som nämns i SOU 1992:84 är domstol, JK, de olika försäkringsbolagen, Ansvarsförsäkringens personskadenämnd och Brottsskadenämnden. Se även Bengtsson & Strömbäck, 2011, s. 339.

316 SOU 1994:151 s. 223. Jmf ovan om straffrättstänkandet betydelse för skadeståndsrätten och kritiken av behandlingstanken

317 Dufwa, 1999, s. 75 ff. Dufwa menar att Ivar Strahl och dennes betonande av försäkringar (den som lidit skadan) och inte ansvarsfrågor kring hanteringen av den uppkomna situationen, är något unikt för oss i Norden. Dufwa, 2000, s. 109 ff.

318 Ibid.

land utan konflikter.[319] Den rättskultur Dufwa beskriver har även beskrivits i andra sammanhang, både rättsvetenskapligt utifrån en svensk kontext och mer allmänt ur en teoretiskt utvecklad rättssociologisk synvinkel.[320] Dufwa är troligen den, som tydligast aviserat de problem och begränsningar som finns, när rätten byråkratiseras.[321] Det är också intressant att Dufwa ser en fokusering på pengar i ett system, som velat främja tillfredställelse av de sociala och ekonomiska behoven hos skadelidande personer. I fallet med kränkningsersättningen ser man lätt att detta riskerar att skapa en destruktiv miljö, där fokus ligger på kvantifierbar ekonomisk reparation och mindre på kvalitativa aspekter som förståelse och upprättelse. I grunden berör också Dufwa det faktum att skadeståndsrätten bär på en inre spänning mellan det individuella och det kollektiva draget, liksom mellan den enskildes reparation/kompensation och mer generella samhällsfrågor. Det kollektiva i den svenska traditionen har dock delvis kommit att mjukas upp som en följd av den europeiska harmoniseringsprocessen. Hur långt den processen kommer att gå och vart den för oss är dock ännu en öppen fråga. Ibland kan reaktionerna bli särskilt differentierade, som när Dufwa skriver att kränkningsersättningen är ”en särskild typ av omtanke och kärlek”, eftersom den ger mer än vad som är nödvändigt för livsuppehället och därmed möjliggör förändringar av livssituationen hos brottsoffren.[322] Formuleringen kan relateras till, när Håkan Andersson istället skriver, apropå att HD fastställer hovrättens sänkning av en ersättning för sveda och värk på grund av sexuella övergrepp mot barn från 130 000 kr i tingsrätten till 30 000 kr, att:

319 Ibid. Jämför med Jacob W.F. Sundberg, som menar att insikten att lagen kan kränka rättigheten och ”att rättigheterna som en juridisk makt måste finnas till oberoende av det skydd som den lokala lagstiftningen kan erbjuda”, varit skrämmande och svår att acceptera för många. Sundberg, 2004, s. 91 ff.

320 Flera rättsvetare har kritiserat rättskulturen för att bortse från värnandet av enskildas fri- och rättigheter och rättens möjligheter till principiella och värdemässiga ställningstaganden. En tanke att ”systemetsvilkor” står i konflikt med och hotar ”livsvärlden” är en återkommande tanke hos flera rättssociologiska teoretiker. Se Carlsson, 1998, s. 19 ff för en rättssociologisk översikt.

321 Eftersom frågan om ideell skada överlag är en fråga, där det saknas tydliga normer för värderingen av skadan, är det intressant att Dufwa tydligt tagit ställning för det positiva i att ”mindre utförliga motiv får domaren att arbeta mera självständigt”. Dufwa, 2002, s. 86.

322 Dufwa, 2002, s. 77. Dufwas kritik riktas främst mot försäkringssystemet. Beskrivningen av systemet kan då vändas till en kritik av dess rationalitet och att denna inte tillgodoser vissa behov hos den enskilde, då ”försäkrings idén” har medfört att andra värden än ekonomisk reparation har trängts tillbaka och skapat en ”kylig” värld med avstånd till de berörda människorna. Ibid, s. 94. Beskrivningen av den moderna rätten som ett pragmatiskt och rationellt system, där värdemässiga och mänskliga behov har fått strycka på foten, är en beskrivning, som ofta återkommer inom rättssociologin. Den reflexiva rätten kan ses som ett svar på denna kritik.

> Juristen kan inte vara jultomte varje dag, och i juridiken - särskilt i civilrätten som behandlar individers relationer till varandra - har vi aldrig ett neutralt spel där mer ansvar och fler förpliktelser enbart medför en ökning av de positiva förtecknen för alla och envar. Eftersom mediedebatten i dessa frågor - även befolkad av folkliga jurister - har sådant stort genomslag ser jag som ett av syftena med rättsvetenskapliga rättsfallsanalyser, att söka utröna hur den inomrättsliga diskursen förmår hantera problemen.[323]

Andersson lyfter fram behovet av den inomrättsliga diskursen men här har jag försökt visa på hur problematiskt det blir att upprätthålla en skiljelinje mellan vad som är inomrättsligt och vad som är ett externt perspektiv, när man har att göra med kränkningsersättningen. Denna svårighet kan relateras till Harts teori om ”mjuk” rättspositivism, där även aspekter, som traditionellt är icke-rättsliga, görs rättsligt relevanta.

Utifrån Dufwas och Anderssons uttalanden framgår att dessa ersättningar öppnar upp för en rad teman, som ligger utanför de rent strikt ersättningsrättsliga. Hur ersättningen utformas och fungerar är en vidare fråga har det visat sig, som öppnar upp för en rad olika perspektiv. I detta stadium är det viktigaste att ta fasta på att dessa ersättningar omges av betydande osäkerhet. Av tradition har svensk rätt intagit en restriktiv hållning gentemot en möjlighet att erhålla ideell ersättning för enskilda.[324] Det har närmast varit en presumtion mot skadestånd, som inte är sak- eller personskada.[325] Enligt ett rättssociologiskt perspektiv på ersättningen framstår det att dessa omständigheter, att det råder oklarhet kring ersättningen överlag och att man intagit en restriktiv hållning, är sammanlänkade och försvårande för att ersättningen ska fungera som det är tänkt för brottsoffren.[326] Ur ett viktimologiskt perspektiv framstår det som om det finns en risk att oklarheterna medför att ersättningen inte ger en klar ”signal” till brottsoffren. Som framgått är syftet med ersättningen att bland annat att kompensera för känslor och upplevelser och då torde betydelsen av tydlighet och klarhet i vad som förmedlas genom rättstillämpningen vara centralt. Brottsskadeersättning kan ses som ett ”behovsinriktat system”, som grundar sig på en uppfattning om ”samhällsmedborgarnas inbördes solidaritet” men kunskapen om

---

323 Andersson, Pointlex 24/1 2006. HD har i NJA 2010 s. 671 skrivit att den frestelse som kan finnas för vissa målsägande att få skadestånd bör beaktas när dennes trovärdighet bedöms.

324 Uppfattningen att ersättning endast lämnas för ekonomisk skada har ansätts gälla för hela Norden. Nilsson, 1990, s. 108. Dufwa och Strömholm är två som på 1980-talet noterade att den återhållsamma inställningen till ideell skada framstod som ålderdomlig och märklig ur ett internationellt perspektiv. Dufwa, 1993, s. 1663.

325 Nilsson, 1990, s. 53. Reuterskiöld skriver ”Skadeståndsskyldighetens mått bestämmes af skadans storlek och beskaffenhet så, att skadeståndet kommer att utgöra en aequivalent till den inträffade skadan, vanligen i pengar. Skadestånd kan därför utgå, endast för så vidt skadan kan uppmätas och omsättas i en aequivalent. (…) Emellertid finnes intet principiellt hinder för att äfven ideell skada skall blifva föremål för skadestånd…” Reuterskiöld, 1912, s. 239.

326 Enligt Hellner råder överlag ett stor kunskapsbehov inom skadeståndsrätten om hur rättreglerna fungerar i verkligheten. Han konstaterar att empiriska undersökningar behövs, då “en undersökning av rättspraxis och lagregler ger mycket dåligt besked om hur skadeståndsreglerna faktiskt fungerar.” Hellner & Radetzki, 2008, s. 59.

hur regelverket fungerar och vad som förmedlas i verkligheten är dålig, som Hellner poängterat.[327]

Sammantaget finns det en paradox här; ett ersättningssystem som visserligen fokuserar på de skadelidandes behov men som fjärmat sig från skadeståndsrättens grundfrågor om ansvar och tydlighet på ett sätt som riskerar att motverka möjligheten att faktiskt ersätta brottsoffren. Eftersom ersättningen uttryckligen ska utgå ifrån och spegla både samhällets grundläggande värden och de rådande sociala och etiska värderingarna enligt lagens förarbeten, blir situationen besvärlig. Därtill har de rättspolitiska ambitionerna att ersätta olika kränkningar ökat. Nedan kommer jag att beskriva en rad exempel på när den traditionella restriktiva hållningen, som kravet på brottslig gärning, har börjat avta och ersättningsområdet har expanderat.

2.7 Nya rörelser inom rättsområdet

Mobbning är något som intresserat jurister ur ett rättsvetenskapligt perspektiv på senare tid.[328] Dufwa är kanske den rättsvetenskapsman som har engagerat sig mest i frågan och tillsammans med Rädda Barnen skrivit en rapport mot bakgrund av Skolansvarsutredningen om hur skyddet för eleverna kan skärpas. Men det var inte förrän 2003, då Bertil Bengtsson tillsattes av regeringen för att utreda rätten till skadestånd för mobbning, diskriminering och annan kränkande behandling inom skolan, som frågan fick bredare rättslig uppmärksamhet. Bakgrunden var ett allt större rättspolitiskt intresse för frågor, som rör olika kränkande behandlingar samt flera aktuella EG-direktiv, som behandlade rättsområdet. Skolansvarsutredningen presenterade i betänkandet SOU 2004:50 ”Skolans ansvar för kränkningar av elever” ett skärpt skadeståndsansvar vid kränkning orsakad av mobbning under skolgång. Det som väckte mest uppmärksamhet i media, och inte minst inom skolvärden, var förslaget om omvänd bevisbörda, då utbildningshuvudmannen blir skyldig att bevisa att alla rimliga åtgärder har vidtagits för att förhindra fortsatta kränkningar. Utredningen var även en konsekvens av att kränkningen som skadetyp jämställdes med sakskada, personskada och ren förmögenhetsskada, när skadeståndslagen ändrades 2001, vilket medförde att kränkningen fick en annan principiell betydelse än tidigare. Ändringen innebar att ”den som allvarligt kränker någon annan genom brott, som innefattar ett angrepp mot dennes person, frihet, frid eller ära”, kan åläggas ett skadeståndsansvar för kränkningen. Tidigare var det således endast vissa särskilt angivna typer av brott, som kunde föranleda skadestånd för kränkning. Genom skolansvarsutredningen var tiden mogen för att ta ett steg och öppna upp för ett

327 Friberg, 2010, s. 424. Jfr prop. 1977/78:126 s. 9.

328 Se exempelvis Schultz, 2000/01 s. 912 ff och Andersson, Pointlex, 2001-12-03 ang. NJA 2001 s.755 om kommunens skadeståndsansvar gentemot en grundskoleelev, som drabbades av mobbning i skolan.

skadeståndsansvar för kränkning oavsett brott. Dufwa skriver att detta är ”förhoppningsvis början på slutet på en fullständig frigörelse från ett det straffrättsliga tänkandet”, som enligt honom är en märklig och internationellt sett ovanlig koppling mellan kränkningsersättning och brott, som fungerat begränsande för svensk rätt att utge ersättning för skada orsakad av kränkning och olika angrepp på personlighetsskyddet.[329] Skolansvarsutredningen frångår även skadeståndslagens begränsning enligt 2 kap. 3 § skadeståndslagen, där det framgår att kränkningen måste vara ”allvarlig” och fastställer att det istället räcker med att kränkningen varit ”av någon betydelse”.[330] Mobbningen som rättsligt fenomen satte således fokus på en symbolfråga inom ersättningsrätten, som bröt med undantagskonstruktionen.

Ett annat kanske mer uppmärksammat exempel på när den restriktiva hållningen bryts är brottsskadeersättning till barn som ”bevittnar ett brott som är ägnat att skada tryggheten och tilliten hos barnet i dess förhållande till en närstående person” – så kallad bevittnandeersättning.[331] Exemplet med barn, som bevittnat ett sådant brott, är intressant utifrån mitt perspektiv, eftersom den nya paragrafen i Brottsskadelagen innebär att lagstiftaren frångått kravet på brott för rätten till brottsskadeersättning; det är ju inte ett brott (ännu) att barn bevittnar det som definieras i lagtexten.[332] Denna utvidgning av rätten till brottsskadeersättning bör ses i ljuset av det tidigare beskrivna frånsteget från kravet på grov kränkning och brott för rätten till kränkningsersättning för mobbade elever i skolan, vilket Dufwa såg som en positiv frigörelse.

Utvecklingen av diskrimineringsersättningen utgör, vid sidan av de ovan nämnda områdena, en intressant utvidgning av grunden för ersättning av ideell skada. Det började talas om krav på högre skadeståndsbelopp för diskriminering som en följd av att EU-rätten krävde att de är effektiva, proportionerliga och avskräckande i början av 2000-talet.[333] Då man betänker de ideella ersättningarnas tidigare roll i rättsystemet och att den officiella sanningen länge var att diskriminering knappt fanns och ännu mindre var en fråga som krävde lagstiftning, ser man den historiska vändningen tydligt.[334] Samtidigt med denna utveckling har alltså lagstiftaren intagit en mer positiv inställning till att höja nivåerna i de ideella skadestånden.[335] Europeiseringen har inneburit att kränkningsersättningen delvis måste spela en mer framträdande och överskridande roll.[336] Utvecklingen har medfört ett förstärkt rättssociologiskt perspektiv på ersättningen, när dess roll har ökat och hänsyn ska tas till flera aspekter,

329 Dufwa, 2005, s. 352.

330 Ibid.

331 Ett sådant barn skall ha rätt till ersättning från staten, se prop. 2005/06:166, s. 22. Sedan HD i en dom (NJA 2005 s. 712) inte gav ett barn, som bevittnat hur den ene föräldern upprepat misshandlat och hotat den andre föräldern, rätt till brottsofferersättning aktualiserades frågan ytterligare.

332 Se NJA 2005 s. 712. Lernestedt, 2011, s. 427.

333 SOU 2005:56, s. 565 ff.

334 Se SOU 1968:68.

335 Prop. 2002/03:65 s. 160. Eftersom diskrimineringslagarna tangerar samma ersättning, som den som utgår ifrån skadeståndslagen, har dessa teoretiska och praktiska spörsmål också berörts, se ibid, s. 346.

336 Ibid, s. 158.

som tidigare ansågs inte vara relevanta. Främst är det betydelsen av att grunden till ersättningen faller tillbaka på EG-direktiv och de aspekter det medför på ersättningens funktioner. Till exempel har en ökad medvetenhet om att likabehandling är en fråga om mänskliga fri- och rättigheter talat för höjda skadeståndsnivåer vid diskriminering.[337] Detta har lagstiftaren tagit fasta på och slår till och med fast att de rättspolitiska frågorna kring diskriminering och kränkning ”är en av de viktigaste samhällsfrågorna överhuvudtaget”[338] Därtill har brottsofferfrågorna också kommit att knytas till ett MR-perspektiv.[339] Det talas också uttryckligen om att kränkningsersättningen måste beaktas utifrån om angreppet strider mot grundläggande samhällsvärderingar, som att alla människors värde är lika.[340] Här är det tydligt hur olika värdeladdade satser har ökat i betydelse som en följd av att rättsområdet har blivit rättspolitiskt hetare.

När rättsväsendet skulle motverka diskriminering och ersätta de diskriminerade med ideell ersättning, uppstod jämförelseproblem vid mötet mellan diskrimineringsrätt och skadeståndsrätt. Ett uppmärksammat mål, som dåvarande Homo drev gällde ett lesbiskt par, som blev avvisade från en krog av en anställd, sedan de utvecklat ömhetsbevis i form av kyssar. Homo yrkade på 120 000 kr i skadestånd för diskriminering. När målet väl hamnat hos HD, uppkom frågan hur man skulle förhålla sig till det faktum att praxis för skadeståndsnivåerna vid brott som mordförsök och våldtäkt ligger mellan 100 000 kr och 75 000 kr. HD fastslog att skälig diskrimineringsersättningen i det aktuella fallet var 15 000 kr.[341] Håkan Andersson tar i sin analys av rättsfallet fasta på att ”en lagstiftning med delvis attitydförändrande syfte kan föranleda avvikelser från den ’traditionella’ skadeståndsrättens inställning till både bevisfrågor och beloppsvärdering vid ideell ersättning.”[342] Eftersom diskrimineringsersättningen har en uttalad preventiv funktion att förhindra ett framtida handlande genom avskräckande skadestånd, kan man fråga sig, om detta syfte uppnåddes genom den dramatiska sänkning, som HD gjorde i detta mål om skadestånd för diskriminering på grund av sexuell läggning.

---

337 Ibid, s. 159.

338 Ett effektivt skydd för mänskliga fri- och rättigheter är således centralt, ibid, s. 61.

339 FN och Europarådet har drivit på utvecklingen. På Brottsoffermyndighetens hemsida skriver man ”De mänskliga rättigheterna inbegriper bl. a rätten att inte utsättas för grym, omänsklig eller förnedrande behandling. Att drabbas av brott innebär många gånger att någons rätt till liv, frihet och/eller personlig säkerhet har kränkts. Dessa rättigheter tillhör de grundläggande mänskliga rättigheterna som omfattar alla människor utan åtskillnad. Därför är de mänskliga rättigheterna av stor betydelse ur ett brottsofferperspektiv. Det finns flera aspekter på hur de mänskliga rättigheterna berör brottsoffer.”

340 Prop. 2000/01:68 s. 53. Särskilt om människovärde, se ibid, s. 48. Jämför SOU 2004:55 s. 63, där diskriminering tydligt görs till en fråga om mänskliga fri- och rättigheter. Man talar i sammanhanget om vikten av ”rättsordningens grundläggande värden” samt ”de förhärskande etiska och sociala värderingarna” liksom de ”värderingar som ligger till grund för samhällsordningen”, ibid, s. 52 och prop. 2004/05:147, s. 46. ”Antidiskrimineringslagstiftningen är ett yttryck för det fria, demokratiska samhället och de värderingar, som ligger till grund för samhällsordningen”, SOU 2004:55, s. 208.

341 NJA 2006 s. 170.

342 Se Håkan Anderssons ingående analys av rättsfallet, Pointlex 2006-04-24.

Samtidigt ville HD inte urvattna de ersättningsnivåer, som gäller för de brottsoffer, som råkat ut för mordförsök eller våldtäkt. Detta argument blev explicit formulerat två år efter den ovan nämnda domen i ett fall, som rörde krogdiskriminering, där juridikstudenter systematiskt försökt att driva fall utifrån att de samlat bevis kring förekomsten av diskriminering vid krogköer. Ombudsmannen mot etnisk diskriminering yrkade att krogen skulle dömas att betala 75 000 kr till de fyra studenterna men eftersom diskrimineringen uppkommit i samband med en undersökning, var det osäkert om de diskriminerade verkligen gått miste om något genom att de nekats tillträde till krogen. HD skriver vidare "risken för att allmänhetens stöd för lagstiftningen kan motverkas, om den kommer att uppfattas som ett medel för någon enskild att genom ett planmässigt och systematiskt förfarande berika sig, en risk som blir särskilt påtaglig om ersättningen utgår med belopp, som överstiger vad som i och för sig kan anses utgöra skälig kompensation för den förnedring, som kränkningen fört med sig. Det finns vidare anledning att framhålla, att det på ett mer principiellt plan är olämpligt att någon planerat och avsiktligt kan göra förtjänst på annans av samhället oönskade handlingar."[343] För att reda ut dessa skadeståndsrättsliga spörsmål kring ersättning för kränkningen, fick Bertil Bengtsson i uppdrag av Justitiedepartementet att skriva en promemoria, då Diskrimineringskommitténs förslag inneburit en betydande utvidgning av rätten till skadestånd för olika former av diskriminering. Ett av de viktiga förslagen var att en ny ersättning införs med namnet "diskrimineringsersättning" för att undvika en jämförelse med kränkningsersättningen till brottsoffren, samtidigt som diskrimineringsersättningens preventiva funktion skall betonas.[344]

Som ett resultat av att ersättningsnivåerna för brottsoffrens kränkningsersättning efterhand ökat och det rättspolitiska behovet av kränkningsersättning för andra skador, som inte är kopplade till brottsoffrens situation, har betydelsen av jämförelser och skillnader ökat.[345] Bakom denna problematik ligger insikten om att inte bara personer som får kränkningsersättningen utan även allmänheten, relaterar beloppet till vad man vet om beloppsnivåer för andra kränkningar. Här uppstår därför ett "pedagogiskt problem" för lagstiftaren och rättstillämparen att förklara aktuella skillnader och likheter inom rättsområdet. Det senaste exemplet utgörs av de skadeståndskrav, som uppkommer i samband med överträdelser av Europakonventionen. Frågan har uppkommit hur dessa kränkningsersättningar, och i synnerhet deras nivåer, förhåller sig till kränkningsersättningar för olika brottstyper. I SOU 2010:87 "Skadestånd och Europakonventionen" skriver man följande om att det är kränkningsersättningen till brottsoffren, som utgör normen för ersättningen vid konventionskränkningar:

343 NJA 2008 s. 915.

344 Ds 2007:10, s. 14. Allmänpreventionen som rättsligt begrepp är intressant ur ett rättssociologiskt normperspektiv, eftersom tanken bygger på att straff och skadeståndsansvar kan fungera normförstärkande av önskvärt och tillbörligt agerande. Allmänpreventionen anses också förutsätta att medborgarna har rättslig kännedom, så att olika konsekvenser av handlandet framgår klart på förhand. Här har straffrätten en "fördel" med sin legalitetsgrundsats, medan skadeståndsrätten dras med friare bedömningar. Se Friberg, 2010, s. 92 ff.

345 SOU 1992:84, s. 15 f.

> Som redogjorts för ovan kan de mycket allvarliga integritetskränkningar som sexualbrott och brott mot liv och hälsa utgör även betraktas som ingrepp i konventionsskyddade rättigheter. Detta utgör ett tungt vägande argument för att ersättningsnivåerna vid överträdelser av Europakonventionen inte bör avvika för mycket från gällande praxis rörande kränkning. (...) Det är emellertid varken rimligt eller försvarbart att en kränkning av rätten till privatliv i artikel 8 bestående exempelvis i en olagligt genomförd husrannsakan bör föranleda högre ersättning än de mycket allvarliga integritetskränkningar som misshandels- och sexualbrotten utgör (jfr 3 kap. respektive 6 kap. brottsbalken). (...) Utgångspunkten vid tillämpning av lagregeln bör således vara att ersättningen i första hand bestäms utifrån och i förhållande till de belopp som utgår såsom kränkningsersättning i liknande situationer enligt 5 kap. 6 § skadeståndslagen. Den praxis som i rättstillämpningen är av intresse i sammanhanget är främst avgöranden från Högsta domstolen och hovrätterna, men även Brottsoffermyndighetens praxis.[346]

Man skriver alltså att beloppen vid kränkningar av konventionsöverträdelser bör ligga i nivå med brottsoffrens kränkningsersättning. Men det intressanta är de resonemang, som förs om relationen mellan de olika ersättningssystemen. Eftersom den rent ideella ersättningen är så värdemättad och rättsligt självrefererande till inomrättsliga grunder för beskrivningen av det ”skadegörande faktumet”, blir sådana beskrivningar både viktiga och besvärliga. Det besvärliga består i att Europakonventionen träder in i den nationella rätten, vilket får konsekvenser för civilrätten. I fallet med brottsoffrens kränkningsersättning har den därutöver straffrättsliga kopplingar, som jag beskrivit ovan, vilket ytterligare komplicerar bilden.

För att återgå till utredningen om det allmännas ansvar enligt Europakonventionen, framkommer där flera intressanta formuleringar, som det finns anledning till att här återge. Frågan gäller alltså om ett konventionsrättsligt synsätt kan förenas med den inhemska rättens syn på kränkningsersättning. Själva problemet rör de jämförelseproblem, som lätt uppkommer och det faktum att det finns skilda måttstockar inom angränsande rättsområden, som påverkar bedömningen. Man pressas kort och gott från två håll, det ena är den restriktiva synen på ideell ersättning överlag i svensk rätt och å andra sidan Europakonventionens krav.[347] Om svensk domstol dömer ut ”för låga belopp” kan det, skriver man, resultera i att klaganden tillerkänns klagorätt inför Europadomstolen i egenskap av ”victim” och att domstolen dömer ut ytterligare skadestånd vid konstaterad kränkning av konventionen. Det finns även risk för att Europadomstolen inte heller skulle uppfatta skadeståndet som ett effektivt rättsmedel enligt artikel 13.[348] Man gör sedan en intressant koppling till allmänhetens acceptans av ersättningsnivåerna: ”Om ideella skador för konventionsöverträdelser ersätts med väsentligt högre belopp än vad som utgår vid flera av de allvarliga integritetskränkningar som kränkningsersättningen syftar till att kompensera, kan reglerna uppfattas som svårförståeliga och ologiska. Det kan i sin tur medföra en minskad acceptans bland allmänheten för systemet i dess helhet.”[349] Det skulle, skriver man, alltså kunna uppfattas som stötande att ersättning för olika konventionskränkningar

346 SOU 2010:87 s. 413.
347 Ibid, s. 411.
348 Ibid, s. 412.
349 Ibid.

(som exempelvis en överträdelse av rätten till rättegång inom skälig tid) bestämdes till de kränkningsbelopp, som gäller vid allvarliga straffrättsliga kränkningar av den personliga integriteten.[350] Liknande proportionalitetsresonemang förde HD, som vi såg ovan. Man konstaterar att även om en kränkning av en konventionsrättighet visserligen har en annan karaktär än en vanlig kränkning på grund av en brottslig handling, har ersättningen liknande syften. ”En gemensam beröringspunkt mellan det ideella skadestånd som Europadomstolen dömer ut och de svenska reglerna om kränkning består i att liknande sorters negativa upplevelser och känslor kompenseras i båda fallen. Som exempel kan nämnas rädsla, förnedring, skam, maktlöshet eller motsvarande negativa känslor.”[351]

Det faktum att Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna har blivit gällande rätt i Sverige, har inneburit närmast en kulturrevolution på området kring ersättningar av ideella skador. Därutöver har det utarbetats en rad konventioner, resolutioner, deklarationer och rekommendationer från FN, Europarådet och EU, som rör brottsoffrens situation och medborgares rätt och möjlighet att få skadeståndsrättslig upprättelse av staten. Nedan ska ett rättsfall belysas, där skadeståndsfrågan stod i centrum för denna utveckling.

2.7.1 Gottgörelse vid konventionskränkning

Europakonventionen har spelat en viktig roll för skadeståndsrättens utveckling i Sverige under senare år. Temat är rättssociologiskt intressant eftersom den nationella rättstillämparen har tolkat konventionen ”i ljuset av den allmänna utvecklingen och rådande samhällsförhållanden.”[352] Den sedan länge diskuterade preventiva funktionen hos skadeståndsrätten kan tas som exempel på hur rättsområdet har utvecklats över tid.[353] Preventionen, att med skadeståndsreglerna förebygga framtida skador både individuellt och på gruppnivå, handlar om handlingsdirigering i någon mening och har därför en ambition bortom att rent tekniskt reparera faktiska skador, vilket öppnar för frågor om rättens roll i samhället. Vid utformandet av den moderna svenska skadeståndsrätten trängdes dock preventionens betydelse tillbaka. Istället dominerade åsikten att regleringen borde ges en mer pragmatisk och begränsad utformning

350 Ibid. Centrum för rättvisa har särskilt uppmärksammat skadeståndsnivåerna vid konventionskränkningar.

351 Ibid, s. 403.

352 Kleineman, 2011, s. 632.

353 Bladini, 1996, s. 55 ff. En viktig funktion hos skadeståndet har sedan länge ansetts vara att det verkar prevenerande mot framtida skador genom att avskräcka från handlande, som medför skadeståndsskyldighet och uppmuntra försiktighet. Den inom skadeståndsrätten centrala culpareglen, att ett vårdslöst handlande åtföljs av skadeståndsskyldighet, antas ofta medverka till en prevenerande dimension genom ett understrykande av att sådant handlande ogillas. Jfr SOU 1969:58, s. 29.

med inslag av försäkringslösningar, som Dufwa beskrivit.[354] Denna hållning kan antas ha varit en reaktion mot föregångare, som var mer positivt inställda till preventionens betydelse inom skadeståndsrätten. När betydelsen av kränkningsersättningen växer fram ur ett brottsofferperspektiv och Europakonventionens ökade nationella genomslag, blir hållningen problematisk, inte minst eftersom kränkningsersättningen enligt förarbetena ska spegla de sociala normerna och samhällets avståndstagande gentemot den ansvarsutlösande handlingen (brottet), – något som gör att preventionen närmast blir en del av kompensationen.[355] Denna aspekt har vi anledning att återkomma till längre fram, när den empiriska undersökningen ska analyseras men först ska vi titta närmare på ett rättsfall, som rör frågan om effektiva rättsmedel och enskildas gottgörelse vid kränkningar.

Flera viktiga genombrott för kränkningsersättningen inom svensk skadeståndsrätt är följden av att HD utvidgat grunden för under vilka omständigheter som rent ideell ersättning överhuvudtaget kan utgå. Ett av de viktigare rättsfallen under senare tid är NJA 2005 s. 462, det så kallade Lundgren-målet. Rättsfallet innebar i korthet att Europakonventionen bröt igenom skadeståndslagens krav på visst brott och gav enskilda en rätt till rent ideell ersättning vid svensk domstol, när Europakonventions fri- och rättigheter inte respekterats i Sverige. Nedan följer en kortare beskrivning av fallet och dess bakgrund.

Rätten till ren ideell ersättning på grund av att ett mål inte avgjorts inom skälig tid var en nyhet, som Europakonventionen förde med sig och som bröt med den nationella rättens principer.[356] Plötsligt framstod den svenska undantagsstämpeln på de ideella ersättningarna som ett principiellt och praktiskt problem. Debatten, som sedan fördes mellan juristerna, visar på att frågan berör grundläggande frågor om såväl rättens interna koherens som dess rättspolitiska, externa roll. Öppningen, eller ”revolutionen av svensk skadeståndsrätt”, som en advokat utryckte saken, för Europakonventionen kom år 2002, då HD slog fast genom en hissprövning till Stockholms tingsrätt att en person, som åberopar Europakonventionen som stöd för skadestånd, har rätt att få denna talan åtminstone materiellt prövad vid svensk domstol.[357] Det så kallade Holm-målet, (NJA 2003 s. 217), rörde en skatteutredning, som pågick under tolv år och frågan var om ersättning enligt art 6 i Europakonventionen om rätt till en rättvis rättegång och art 13 om rätt till ett effektivt rättsmedel i samma konvention var tillämpbara. Staten genom JK menade då att det är Europadomstolen, som utdömer kränkningsersättning i dessa fall och svensk domstol håller sig till svensk skadeståndsrätt med sin avvisande hållning till denna

354 Strömbäck, 2000, s. 1179. Olika kollektiva försäkringslösningar ansågs vid denna tid vara mera ändamålsenliga ur ett samhällsperspektiv och skulle därmed på sikt konkurrera ut skadeståndsrätten, som hade högre trösklar ur den skadedrabbades perspektiv. Carl Martin Roos kan ses som exempel, Roos, 1990, s. 115 ff.

355 Prop. 2000/01:68 s. 53.

356 Danelius, 2001, s. 183, Crafoord, 2005, s. 14 ff, Crafoord, 2009, s. 1062.

357 NJA 2003 s. 217. Målet kallas ofta för Holm-målet. Det intressanta var alltså att både tingsrätten och hovrätten hade avvisat Holms talan om skadeståndsanspråk grundat på Europakonventionens art 6 men att HD nu återförvisade målet för vidare materiell prövning.

typ av skadestånd. Men sedan Europadomstolens dom, Kudla mot Polen från den 26 oktober 2000, gäller en subsidiaritetsprincip, som ger vid handen att det är de nationella rättssystemen, som skall efterleva Europakonventionen och medborgarna ska inte behöva föra sina mål till Strasbourg. Målet fick därför stor uppmärksamhet, även om turerna i fallet är många och svåra att reda ut. Eftersom fallet gällde statens eventuella kränkningar av den enskildes mänskliga rättigheter diskuterades rättsfrågan livligt. Enligt advokat Jan Södergren ”intresserar sig det politiska etablissemanget mer än vad som är normalt och hälsosamt i ett demokratiskt samhälle” och anger en förklaring: ”Det är uppenbart att den rättsliga frågan är mycket kontroversiell och att rätten till skadestånd inte är önskvärd från politiskt håll.”[358] Från rättsvetenskapligt håll hördes varnande röster ”(o)ch även om den ’politiskt korrekta’ responsen på ytplanet ofta kan bestå i ett bejakande av ersättning, är det inte nödvändigt att detta svar också sammanfaller med vad som är ’etiskt riktigt’ eller ’rättsligt rätt’. Skadeståndsrätten lär till och med fungera bättre som värdemätare om olika svar kan ges på olika frågor. Lösningen att skadeståndsrätten skulle bli ett processmaskineri, som göder en industri av lycksökande ideella skadeståndskrävande (respektive deras ombud) är inte att föredra. Lämna det till Ally McBeal och hennes kollegor!” konstaterar Håkan Andersson.[359]

Någonting viktigt stod på spel, den svenska skadeståndsrätten stod i öppen konflikt med Europakonventionen och den europeiska rättsgemenskapen, framgick, när dåvarande JK Göran Lambertz skrev en artikel i JT och ställde frågan om det möjligen är så att den begränsade rätten till ersättning för kränkning står i strid med konventionen? I så fall har staten ett ansvar för detta och det blir en fråga om skadeståndsansvar för staten enligt konventionen.[360] Lambertz konstaterade att av målet framgick det att man fick väcka talan om skadestånd grundat på Europakonventionen i svensk domstol ”(m)en den viktigaste materiella frågan har vi inte fått något svar på ännu, det vill säga om man i Sverige kan få skadestånd direkt på grundval av Europakonventionens bestämmelser.”[361] Som en konsekvens av den svenska rättens avvisande hållning till ersättning för kränkning, uppstår situationen att den svenska skadeståndströskeln är betydligt högre än konventionströskeln, när det gäller ersättning för kränkning. Den kanske till och med strider mot Europakonventionens krav på effektiva rättsmedel enligt artikel 13.[362] Lambertz ansåg att lagstiftaren förr eller senare bör anpassa svensk skadeståndsrätt till Europakonventionen och att i längden bör nog också våra skadeståndsbelopp komma i nivå med Europadomstolens.[363] Han spådde även ett ökat närmande till Europakonventionen samt att kränkningsersättningar ges större betydelse i framtiden. ”Man kan fråga sig om den svenske lagstiftarens något njugga hållning till ersättning för kränkningar kan upprättas i längden”

358 Södergren, 2004/05, s. 762.
359 Andersson, Pointlex, 2003-06-26.
360 Lambertz, 2004/05, s. 7.
361 Ibid, s. 8.
362 Även advokat Clarence Crafoord har fört fram denna ståndpunkt i en artikel med den talande rubriken ”Mot genombrott eller sammanbrott?”. Crafoord, 2005, s. 13 ff.
363 Ibid, s. 9.

frågade sig Lambertz.[364] Att Lambertz gick ut och skrev om dessa känsliga frågor i det HD mål, där han var ombud, fick advokat Södergren att reagera kraftigt ”(h) är någonstans har en gräns passerats.”[365] Under debatten har det enligt advokaten Södergren ”mörklagts, förbisetts och lagts ut dimridåer av sällan skådat slag. I vissa fall har argumentationen varit direkt motsägelsefull.”[366] Särskilt ståndpunkten att utdömande av skadestånd är exklusivt förbehållet Europakonventionen fick skarp kritik.[367]

I Lundgren-målet (NJA 2005 s. 462), som var en följd av det ovan nämnda Holm-målet, fastställde HD att Europakonventionen ger rätt till ren ideell ersättning direkt i svensk domstol, om staten kränker en persons rätt till domstolsförhandling inom skälig tid.[368] Målet fick i likhet med Holm-målet stor uppmärksamhet. Håkan Andersson ger en bild av hur en jurist kan reagera: ”Europakonventionens mänskliga rättigheter är faktiskt realiteter även för oss svenskar. Faktiskt! För oss!! Trots att vi bor i världens bästa land!!! Det som initialt vid ratificeringen måhända framstod som en formalitet – att den demokratiska svenska staten ska respektera de mänskliga fri- och rättigheterna – har med åren visat sig medföra direkt materiella verkningar.”[369] Beloppet på skadeståndet, 100 000 kr, gör att ”man således kan konstatera att summorna för dylik kränkningsersättning inte direkt är några drömvinster” konstaterar dock Andersson.[370] Från advokathåll hördes kritik mot hur HD och staten genom JK hanterat fallet och det talades om att statens invändningar i målet är en skam och att det var med darr på ribban som HD nådde vad anständigheten krävde.

Ett rättsfall från mitten av januari 2006 sågs som en konsekvens av att Europakonventionen sedan Lundgren-målet kan ge rätt till kränkningsersättning oberoende av ”undantagsregeln” i svensk skadeståndsrätt.[371] Svea hovrätt fastställde då för första gången kränkningsersättning för brott mot Europakonventionens artikel 8, som ger rätt till skydd för familjelivet. I strid med lagen hade polisen beslutat efter misstänkta övergrepp från fadern att barnen skulle genomgå en gynekologisk undersökning. Kruxet var att rätt till kränkningsersättning enligt skadeståndslagen saknas i fall som detta, där skada uppkommit till följd av fel eller försummelse av offentlig myndighet utan samband med integritetskränkande brott av enskild, se 1 kap. 3 § skadeståndslagen i dess lydelse före den 1 januari 2002 och därefter 2 kap. 3 § samma lag. Men mot bakgrund av Lundgren-fallet slog alltså Svea hovrätt fast, att Europakonventionen kränkts och att en tvångsmässig läkarundersökning av barnen gav upphov till känslor av vanmakt, ängslan, och oro. Kränkningsersättningen fast-

364 Ibid, s. 18, 10. SOU 1997:194.
365 Södergren, 2004/05, s. 764.
366 Ibid.
367 Ibid.
368 HD byggde sin dom delvis utifrån ett tidigare rättsfall från Europadomstolen, ”Zullo mot Italien”.
369 Andersson, Pointlex, 2005-06-21.
370 Ibid, s. 8.
371 Med ”undantagsregeln” åsyftas en sammanvägd beskrivning av den restriktiva hållning, som funnits gentemot rent ideell ersättning i svensk rätt. Jag har tidigare beskrivit denna ”regel” eller ”konstruktion” ur olika aspekter. Se Dahlstrand, 2007, s. 51 ff.

slogs till 50 000 kr till vardera av de tre barnen. Rättsfallet fastställdes sedan av HD (NJA 2007 s. 584) och därmed fastställdes en mer generell rätt till gottgörelse vid händelse av överträdelse av Europakonventionen, som alltså byggde på det viktiga principavgörandet i NJA 2005 s. 426. HD fastställde att var och ett av barnen "skäligen tillerkänns" 50 000 kr vardera och 20 000 kr till vardera föräldern.

Lundgren-målet var en logisk konsekvens av subsidiaritetsprincipen, som säger att enskilda har rätt till effektiva rättsmedel vid konventionskränkningar och att det är de nationella domstolarnas sak att verka för införandet av Europakonventionens fri- och rättigheter.[372] En rätt till rent ideell ersättning har således införts mot bakgrund av att Sverige annars riskerar att bryta mot Europakonventionen efter Europadomstolens tolkning av olika artiklar. Kravet på brottslig gärning, spärregeln eller tröskeln för rent ideellt skadestånd, har därför återigen blivit problematisk mot bakgrund av statens strävanden att ge ett inhemskt och effektivt skydd för de mänskliga fri- och rättigheterna. Att spärregeln eller tröskeln blir problematisk utifrån ett principiellt resonemang har dock uppmärksammats långt innan Europakonventionen var gällande rätt i landet. "Som en utgångspunkt för ett normskyddsbaserat ansvar framträder kopplingen till kravet på brottslig gärning som alltför begränsat" skriver exempelvis Kleineman redan i sin avhandling.[373] Normskyddsläran ses ofta som ett komplement till adekvansbedömningen. Vid svårbedömda fall rörande ideell ersättning för kränkning eller personskada av psykisk natur kan frågan om rättsregelns skyddsändamål vara avgörande. Skadan består då i ett åsidosättande av en rättsligt definierad skyddsnorm (ofta definierad i förhållande till brottet).[374] Lärans utveckling och tillämpning är intressant, eftersom den visar på samspelet mellan rättstillämparens och doktrinens verksamhet, där rättspolitiska överväganden om det rättsligt definierade intresse, som är skyddat, ställs i centrum.[375]

Utifrån det faktum att Europakonventionen ger rätt till effektiva nationella rättsmedel till privata rättssubjekt och därmed gör den gamla restriktiva hållningen omöjlig, spekulerar Södergren om även juridiska personer kan få rätt till rent ideell ersättning.[376] Huruvida denna utvidgning av ersättningen är trolig eller önskvärd faller utanför mitt ämne men det är intressant att notera, hur en försvagad undantagsstämpel får jurister att se nya möjligheter för rättslig argumentation. Södergren skriver att det nu "kommit en så kallad ketchupeffekt" och att "(d)enna rättsutveckling för med sig en del konsekvenser, som 'traditionalister' kanske inte räknat med."[377]

Vad Lundgren-målet innebar var främst att den traditionella restriktiva attityden till rätten att ge enskilda rätt till rent ideell ersättning uttryckligen formulerades, samtidigt som den överträdes och därmed öppnade upp rättsområdet kring rent ideella

372 NJA 2009 s. 463.
373 Kleineman, 1987, s. 575. Kravet på brott framstår i vissa fall "som närmast stötande", ibid.
374 I svensk rätt anses JustR Nordenson ha infört normskyddsläran i praxis (NJA 1976 s. 458). Hellner & Radetzki, 2008, s. 211. Se även Andersson, 1993.
375 Ibid. Läran torde vara besläktad med den teleologiska lagtolkningsmetoden.
376 Södergren, 2005, s. 28 f.
377 Södergren argumenterar för att detta är en konsekvens av NJA 2005 s. 462, Södergren, 2005/06, s. 741 ff.

ersättningar till enskilda, som kränkts mot bakgrund av gällande lagstiftning.[378] Sammantaget beskriver rättsfallet en intressant rättsutveckling till följd av kraven på effektiva nationella rättsmedel. Kränkningsersättningen hade nu framträtt som en viktig skadeståndssanktion och därmed blivit en del av det EU-rättsliga systemet för normkontroll, vilket gett ersättningstypen en helt ny rättspolitisk dimension.[379] Clarence Crafoord skriver följande i efterdyningarna av NJA 2005 s. 462 och NJA 2007 s. 584: ”Därigenom finns alltså numera ett verkningsfullt rättsmedel för enskilda som drabbats av fri- och rättighetskränkningar. Därför hör denna utvidgning av det allmännas skadeståndsansvar till de mest betydelsefulla förändringarna av svensk skadeståndsrätt på decennier.”[380] Som en konsekvens ökade också kunskapsbehovet av vad en kränkningsersättning egentligen innebar och när den kan utgå.[381] En annan konsekvens är betänkandet SOU 2010:87 ”Skadestånd och Europakonventionen” som, Johan Hirschfeldt presenterat, där han föreslår att en ny lagreglering införs i skadeståndslagen, vilken ger rätt till kränkningsersättning vid konventionskränkningar.[382] Även om Lundgren-fallet och dess relaterade frågor rör statens skadeståndsansvar för att leva upp till sina internationella åtaganden utifrån subsidiaritets- och effektivitetsprincipen, menar jag att fallet är rättssociologiskt intressant för att se förändringsrörelser inom kränkningsersättningen. En konsekvens av Europarättens skadeståndsrättsliga effekter kan alltså vara att handlingsdirigerande och preventiva funktioner kommer att spela en ökad roll. Ur ett viktimologiskt perspektiv är rättsfallet också viktigt, eftersom det pekar på problematiken med försenad rättvisa ur den skadelidandes ögon. Därmed har deras mänskliga rättigheter kränkts, vilket ger upphov till civilrättsligt ansvar för statens försummelse. Ur ett brottsofferperspektiv brukar ”rättskedjeperspektivet” betonas, vilket rör vikten av att de rättsvårdande myndigheterna inte förvärrar situationen för brottsoffren och målsägande genom att exempelvis dröja med sina beslut.[383] Rättens saktmodighet är ett generellt problem, vilket inte minst drabbar brottsoffren och deras krav på att få sitt ärende behandlat inom rimlig tid. Kunskapen om att rättvisa och upprättelse är färskvara är en gammal rättslig insikt, som brukar formuleras ”Justice delayed is justice denied.” Detta leder över till rättviseperspektivet i förhållande till frågor om upprättelse och kompensation, vilket vi skall beröra i nästa kapitel.

378 “Traditionellt har svensk rätt intagit en restriktiv attityd till möjligheten att utdöma ett rent ideellt skadestånd på grund av gärningar som innefattat en kränkning av någon annans rättigheter eller intressen.” s. 497 f. NJA 2005 s. 462.

379 Rättslig överprövning av olika beslut har kommit att bli en viktig “kvalitetskontroll” av den offentliga styrningen. Jmf Hirschfeldt & Pettersson, 1997, s. 308 ff.

380 Crafoord, 2011, s. 20.

381 Cameron, 2006, s. 553 ff om det ökade kunskapsbehovet efter domen.

382 SOU 2010:87. Hirschfeldt, 2011, s. 7 ff.

383 Lindgren, Petterssson, Hägglund, 2008, s. 52.

2.8 Ersättning som rättvisa

Den rättighetsbaserade, deontologiska, skadeståndsrätten beskrevs ovan i och med Europakonventionens inträde. En stor del av den kränkningsrättsliga problematiken rör frågor hur någon kan kompenseras och hur en icke rättfärdigad obalans kan återställas. Detta är också den kompensatoriska rättvisans grundproblematik. Rättvisa kan ses som ett övergripande mål för sociala institutioner i samhället ”rättvisa är den främsta dygden för samhällets institutioner, precis som sanningen är den främsta dygden för ett tankesystem”.[384] ”Justice” är ett dubbelbottnat begrepp, som både används om rättvisa generellt och om rättvisa utifrån den gällande rätten. Inom etnometodologiskt inspirerad rättssociologi har bland annat begreppet används som ett meningsfullt begrepp i relation till en praxis och hur handlingar organiseras. Att begreppets innebörd beror på den situation där olika handlingar organiseras, gör rättvisan till en fråga om ett ordningsfenomen, där rättvisa ses som ett fenomen, som konstitueras genom skapande av ordning.[385] Rättvisa är dock ofta mer ett perspektiv än ett kriterium: Claes Sandgren formulerar det ”(t)eorier om rättvisa (korrektiv, kommutativ, distributiv rättvisa osv.) kan ge stöd åt argumentationen men inte ett klart utslag”, medan Christian Dahlman skriver “(e)n god rättsordning är en rättsordning som ordnar samhällslivet på ett rättvist sätt” och Bo Wennström liknar begreppet “rättvisa” vid “pudelns kärna” för den juridiska verksamheten.[386]

Rättvisan ingår, helt oberoende av vilken vetenskapsteoretisk ståndpunkt man intar till begreppet, som ett närvarande element i det sociala livet och därmed som en faktor vid den rättssociologiska förståelsen om under vilka premisser, som en lag eller rättsligt beslut bedöms.[387] Det finns en grundläggande spänning mellan relativism och nihilism och sökandet och argumenterandet för det förnuftiga och sanna. Rättsfrågor aktualiserar ofta frågan om möjligheten att nå kunskap om vad förnuftet, vetandet och insikterna säger oss och hur detta innehåll förhåller sig till det rättsliga stoffet.[388] Sedan Aristoteles införde distinktionen mellan den distributiva och korrektiva (av Thomas av Aquino även kallad för den kommutativa och ibland benämnd som kompensatorisk) formen av rättvisa, har de olika kategorierna av rättvisa uppfattats som två i grunden separata företeelser. Distributiv rättvisa gäller, förenklat sett, hur resurser skall fördelas och förutsätter normalt intressekonflikter mellan individer och grupper gentemot ett kollektiv. Den korrektiva och kompensatoriska rättvisan

384 Rawls, 1999, s. 25.

385 Maynard & Manzo, 1997, s. 209 ff.

386 Sandgren, 2009, s. 189, Dahlman, 2010, s. 79, Wennström, 2002, s. 120. Själv har jag försökt illustrera brottsoffrens kränkningsersättning ur ett rättviseperspektiv med hjälp av en översiktlig modell, se Dahlstrand, 20011, s. 362.

387 Enligt Rawls är rättvisa och skälighet något, som är tydligt sammanhörande med procedurer och arrangemang, som representerar en lämplig jämvikt mellan stridande anspråk. Rawls, 1999, s. 41. Kukathas & Petti, 1992, s. 81.

388 Stolpe, 2008. Jfr Strahl, 2005, s. 160.

avser hur ersättning för ett visst handlande skall bestämmas och rör i princip enbart relationen mellan två parter.[389]

I det mellanmänskliga umgänget kan någon begå orättvisa gärningar eller skada någon annan och den som då ofrivilligt blivit föremål för sådan orättvisa eller skada skall enligt den korrektiva och kompensatoriska rättvisan ersättas och kompenseras för detta, samtidigt som den som begått handlingen skall straffas. I praktiken, har det hävdats, föregår den kompensatoriska rättvisan den distributiva, eftersom en strukturell orättvisa påverkar hur de mellanmänskliga handlingarna värderas och eventuellt korrigeras utifrån rättvisehänsyn.[390] Att ersätta en skada rör alltså förhållandet kring personers inbördes mellanhavanden enligt en rättvis proportionalitet. Aristoteles menar att rättvis ersättning utmärks av att vara det som är ”mitt emellan det som är för mycket och det som är för litet (...) Det rätta i korrektiv mening måste då vara det som är mitt emellan förlust och vinst.”[391] För Aristoteles är dock det skäliga ännu viktigare än en form av rättvisa, eftersom det rätta beror på omständigheterna och inte på att följa en regel.[392] Alltså aktualiserar detta skönsmässiga beslut, där olika rättviseprinciper måste balanseras för att uppnå det materiellt riktiga beslutet.

Aspekten att en strukturell orättvisa mellan grupper påverkar värderingen av den kompensatoriska och retributiva rättvisan på individnivån, är en kriminalpolitisk insikt, som av tradition talat för en återhållsam vedergällning. Det är inte självklart att den distributiva rättvisa ses som en relevant aspekt av lagstiftningens uppgifter. För till exempel Hugo Grotius var det bara den kommutativa rättvisan, som lagstiftningen behövde beakta utifrån naturliga och förvärvade rättigheter.[393] Inom skadeståndsrätten är även den distributiva rättvisan relevant, eftersom den reser frågan om den rättvisa fördelningen av en förlust mellan skadevållare och skadelidande.[394] Kritiken mot den traditionella definitionen av rättvisa att ge var och en vad han eller hon förtjänar, kritiserades redan av David Hume, då uppfattningen utgår från ”att det finns sådant som rätt och egendom oberoende av och före rättvisan, och att de skulle

389 Hellner skriver ”(de)n korrektiva rättvisan aktualiseras inom förmögenhetsrätten särskilt i skadeståndsreglerna” och skadestånd ses då som en rättvis reaktion mot handlande, som är otillåtet. Hellner, 2001, s. 52.

390 Aristotelisk rättvisediskussion tillämpad på svenska skadeståndsrättsliga spörsmål återfinns exempelvis hos Schultz, 2007, s. 154 ff. Även Dufwa brukar lyfta fram rättvisefrågor i sina skadeståndsrättsliga framställningar. Dufwa, 1993, s. 1719 ff.

391 Aristoteles, 1993, s. 134. En annan devis, som kan sägas utgöra grunden för rättsordningen, är suum cuique (åt envar sitt), som Alvar Nelson ser som en symbol för att leva hederligt, icke skada annan och ge åt envar vad honom tillkommer. Jareborg & Zila, 2010, s. 13, Baier & Svensson, 2009 s. 12.

392 Det skäliga är enligt Aristoteles ”…bättre än en form av rättvisa, trots att det inte är bättre än det rätta i allmänhet, utan bara är bättre än de misstag som kan uppstå på grund av generaliseringar. Det skäliga är mao. av samma art som det rätta, fast det representerar en korrigering av lagen i den mån denna är bristfällig på grund av sin generella avfattning. Detta är också anledningen till att allting inte finns utsatt i lagen, emedan det är omöjligt att stifta lagar för vissa saker.” Aristoteles, 1993, s. 152 f.

393 Bjarup, 2000, s. 49.

394 Hellner, 2001, s. 54.

ha funnits även om det aldrig hade fallit människor in att utöva en sådan dygd."[395] Hart har beskrivit grunddragen i relationen mellan rättvisan och ersättning:

> From distribution in this wide sense, we must distinguish compensation for injury done by one person to another. Here the connection between what is just and the central precept of justice 'Treat like cases alike and different cases differently' is certainly less direct. (…) The connection between the justice and injustice of the compensation for injury, and the principle 'Treat like cases alike and different cases differently', lies in the fact that outside the law there is a moral conviction that those with whom the law is concerned have a right to mutual forbearance from certain kinds of harmful conduct. Such a structure of reciprocal rights and obligations proscribing at least the grosser sorts of harm, constitutes the basis, though not the whole, of the morality of every social group.[396]

Brottsoffrens kränkningsersättning utgår ofta i form av statligt finansierad brottsskadeersättning; lagstiftaren har valt att ge rättstillämparen en vidare möjlighet att jämka ersättningen i jämförelse med hur skadeståndslagen är utformad, vilket kan tolkas utifrån rättviseskäl och kriminalpolitiska hänsyn liknande vad Hart beskriver ovan.

Varför man överlag, kanske särskilt inom samhällsvetenskaperna, har problem med den retributiva rättvisan är att den står nära hämndtanken och förtjänstteorin. Referenser till rättviseresonemang kan uppfattas som problematiska i vetenskapliga sammanhang. Håkan Andersson fångar situationen från juristens synvinkel: "Även om vi har lärt oss att sätta ord som 'rättvisa' inom citationstecken förhåller vi oss ständigt till spörsmål om materiellt rimliga och skäliga lösningar, samtidigt som vi vill undfly löslighet och rent subjektivt tyckande – dvs vi tillber, återigen inom citationstecken, vad man i brist på bättre uttryck måste kalla 'rättssäkerhet'."[397] Rättviseteorier är ofta formalistiska, vilket betyder att de inte tar hänsyn till någon pragmatisk konsekvensvärdering. För exempelvis Kant var straffet något "gott i sig, även om det inte skulle få några vidare följder."[398] Inom nutida rättsfilosofi har Jeffrie G. Murphy argumenterat för att hämndtanken inom det retributiva rättviseparadigmet utgår från offrets perspektiv på ett annat sätt än till exempel olika framåtblickade preventiva straffläror.[399] Hämndgirighet kan ses som en strävan efter rättvisa men också till individens självrespekt, där proportionalitets- och förtjänstprincipen utgör traditionens kärna.[400] Robert C. Solomon har på ett liknande sätt pläderat för att kränkningar fordrar att rättssystemet kan erbjuda ett adekvat reaktionsmönster, där offrets hämnd är central.[401]

---

395 Hume, 2005, s. 95 f. Att Hume grundade rätten i vanorna och känslorna är något som jag kommer att återkomma till längre fram. Peczenik & Reidhav, 2006, s. 74.

396 Hart, 1997, s. 163 f.

397 Andersson, 2006, s. 82.

398 Kant, 2004, s. 88.

399 Enligt Murphy har offret rätt till sitt hämndbegär och han är därför kritisk till den reparativa rättvisan. Murphy, 2005. Murphy är pro-hämnd, ser hämnd som rättvist och skriver om förlåtelsens gränser. Barton, 1999.

400 Ofta knyts principerna till gammaltestamentliga "Lex Talionis".

401 Solomon, 1995.

Ofta används begreppet formell rättvisa i motsats till den materiella, där den formella sidan står för en straffrättslig logik (jämför den retributiva rättvisan) och den materiella (jämför den distributiva rättvisan) för ett hänsynstagande av sociala och etiska värden.[402] Lernestedt har på ett tydligt sätt visat på kopplingen mellan straffrätt och en idé om formell rättvisa: ”Om någon specifik del av rättsordningen vill nära en extra stark förhoppning om neutral, rättvis och lika behandling av människor så är denna del säkerligen straffrätten, med dess exceptionella möjligheter till statligt och ritualiserat våld: åtminstone i detta hänseende kan straffrättens partikularitet knappast ifrågasättas.”[403] Samtidigt föreligger, som Eckhoff visat, ett intressant utbyte mellan rättvisan, regler och kompensation:

> On the one hand, conceptions of justice are frequently coloured by traditional and legal rules of compensation which exist in the society concerned. On the other hand, justice can serve as normative raw material for new rules and as a basis for interpretation and evaluation of existing rules. Because of their elasticity, ideas of justice can easily be adapted to new social conditions and contribute to a reshaping of compensation systems.[404]

Den stabiliserande funktionen hos rätten, liksom värdet av förutsägbarhet, har uppmärksammats av många, Ross jämför exempelvis lagarna med reglerna för schackspelet.[405] Denna funktion tar sig uttryck i att rätten anger ramarna för den sociala samlevnaden och exempelvis vilka konsekvenser, som kan uppkomma vid överträdelser av rättsreglerna samt vilka organ, som har kompetensen att ingripa genom tvångsmakt. Men den stabiliserande funktionen är i praktiken beroende av en symbolisk dito, till exempel straffet eller skadeståndet, som en reaktion på ett rättsvidrigt handlande. Syftet med rättsordningen kan ses som att stabilisera förväntningar och tillhandahålla någorlunda förutsägbara spelregler för samhällslivet. Om ersättningen ska fungera som ersättning blir det svårt att bortse från att dessa ersättningsfrågor ligger nära rättviseaspekten, ofta förstått som proportionaliteten mellan ersättningsnivåerna. Med en sådan förståelse ligger man nära vad Klami beskrivit som rättens *transformation* från värderingar till normativitet.[406] Men vad betyder det då att lagstiftaren hävdar att det saknas normer vid bestämmande av kränkningsersättningen, om man anser att betydelsen att motsvara omgivningens förväntningar utgör en av normens essenser?[407]

Betydelsen av att identifiera principerna bakom de rättsregler, som gäller, framträder också tydligt, när man studerar kränkningsersättningen. Eftersom ersättningen utgår från att skyddsobjektet är den enskilda individens autonomi och integritet, utgår den från vissa föreställningar om vilka värderingar och ideal, som är viktiga. Aristoteles rättvisebegrepp är också dygdebaserat, vilket betyder att frågan om vem

402 Lernestedt, 2005, s. 22 ff.
403 Strukturell kritik, att straffrätten inte är så neutral och rättvis ”siktar därmed rätt mot hjärtat av straffrättsverksamhetens självbild och självförtroende…”. Lernestedt, 2010, s. 60.
404 Eckhoff, 1974, s. 142.
405 Ross, 1959. Jämför Peczenik, 1995, s. 89 f., Deflem, 2009, s. 52.
406 Klami, 1989, s. 11 ff., Baier &Svensson, 2008, s. 50.
407 Ibid, s. 63 ff. Persson, 1995, s. 182.

som förtjänar något blir viktig och de värderingarna går i regel tillbaka på olika beteenden och vad de representerar för normativt innehåll. ”Rättvisa blir då ”att få vad man förtjänar” och det är en rättviseuppfattning, som påminner om den jämkningsmöjlighet, som finns vad gäller brottsoffrens kränkningsersättning.[408] Samtidigt finns tanken hos lagstiftaren att man måste respektera människovärdet (”människa som människa”) liknande Kants pliktetik.[409] Preventionstanken och kriminalpolitiska överväganden kan i sin tur inbegripa konsekvensetiska resonemang i likhet med Benthams utilitarism, vilken ofta förknippas med rättspositivismen, som är en monistisk teori. Naturrättsliga teorier, som i fallet med John Finnis, kan utgöra en pluralistisk värdeteori, som aktualiserar balansering och sammanvägningar.[410] Kopplingen till kränkningsersättningen – särskilt dess inkommensurabilitetsproblematik – är att utilitarismen utgår från en gemensam och kvantifierbar måttstock, att alla värden är kommensurabla, exempelvis pengar. Enligt Finnis är olika värden just olika och därmed inkommensurabla men de är sinsemellan objektivt eller ”uppenbart värdefulla” goda ting. Dessa värden är liv, kunskap, lek, estetik, vänskap, det praktiska förnuftet och föreställningar om världen och dess mening.[411]

Brottsoffrens rättigheter är en del av de mänskliga rättigheterna. Det kan exempelvis röra sig om rätt till gottgörelse och tillgång till rättvisa genom en rättvis rättegång.[412] Enligt Europadomstolens rättsfall Kontrová v. Slovakien från 2007 har rätten till ett effektivt rättsmedel (art. 13) ansetts omfatta rätten till statlig kränkningsersättning “non-pecuniary damage” vid kränkning av skyddet för privat- och familjelivet (art. 8 och 2). Rättviseuppfattningar ligger också i sin tur i praktiken bakom de skilda fri- och rättigheter, som rättsstaten har till uppgift att garantera medborgarna. Rättighetsdiskursen har kommit att bli ett av de utmärkande dragen får vår tid, vilket gör fenomenet intressant ur ett rättssociologiskt perspektiv. Genom en sådan beskrivning integreras rättvisediskursen och fri- och rättigheter både som en horisontell och som en vertikal aspekt i förhållande till den formella rätten.[413] Som en konsekvens av att en konflikt lyfts upp till den rättsliga nivån, ökar förutsägbarheten och i den meningen den formella rättvisan men det materiella utfallet kanske inte speglar vad frågan egentligen handlar om. Konflikten kan i sämsta fall kvarstå, även om den formella rätten har haft sin gång. I syfte att lyfta fram och göra

408 Här finns en viktig skillnad mellan skadestånd för kränkning och kränkningsersättning som brottskadeersättning. Den senare kan sättas ned eller falla bort “om det är skäligt med hänsyn till att den skadelidande eller, om skadan har lett till döden, den avlidne genom sitt uppträdande i samband med brottet eller på annat liknande sätt uppsåtligen eller av oaktsamhet har ökat skaderisken.” Se brottskadelagen § 9 st. 2. Bakom skillnaden ligger kriminalpolitiska överväganden och synen på brottsskadeersättningens sociala funktion. Friberg, 2010, s. 428.

409 “Utmärkande för de brott som grundar rätt till sådan ersättning, som avses i 1 kap. 3 §, är att de innefattar ett angrepp på den skadelidandes personliga integritet, här närmast dennes privatliv och människovärde.” Prop. 2000/01:68, s. 48.

410 Finnis förkastar, i likhet med Rawls, den utilitaristiska idén om lust- eller välfärdsmaximering. Harris, 1997, s. 15.

411 Simmonds, 2008, s. 76 f.

412 Wergens, 2011, s. 165 ff.

413 Reza Banakar har beskrivit den kontextuella relationen mellan rätten, rättigheter och rättvisa i senmoderniteten. Banakar, 2010, s. 37.

”rättvisa” åt både offrets och gärningspersonens reaktion och situation har därför den reparativa rättvisan utvecklats under senare år.

Den reparativa rättvisan står i opposition till det traditionella rättssystemets sätt att arbeta och då särskilt den retributiva rättvisemodellen, som dominerar inom traditionell straffrätt. Istället vill man lyfta fram medlingens betydelse genom att både se brottsoffrens behov och gärningspersonens ansvar.[414] För mitt ämne är den reparativa rättvisan intressant, eftersom den fokuserar på rättens roll att reparera de skador, som brott medför genom en fördjupad förståelse av konfliktens och de skilda intressenas problematik.[415] Men även inom den reparativa rättvisan, och då främst vid medling, uppkommer frågan om ekonomisk eller annan form av gottgörelse och vad som är skälig sådan givet parterna och situationen i övrigt.[416] Ett välutvecklat rättsväsende som vårt medför lätt en ”standardiserad rättvisa”, som varken verkar ur brottsoffrets perspektiv eller att sanningen kommer fram. Inom den reparativa viktimologin anses ibland just att svaren på frågorna ”varför?” eller ”hur?” är viktigare än att den skyldiga blir straffad, eftersom sanningen också bär på en form av upprättelse. Denna möjlighet för offret att bearbeta vad som hänt utgår dock från ett nyttoperspektiv och sanningen är inget mål i sig.[417]

En tydlig spänning finns således mellan den formella och materiella rättvisan, när det gäller ersättning för ideella skador. Man kan till och med anta att svårigheten att förena dessa ersättningar med den formella rättvisans krav på likabehandling, förutsägbarhet och opartiskhet delvis har motiverat dess begränsade betydelse. Inom rättstillämpning knyts den formella rättvisan till stor del till frågan om det rättsliga avgörandet utgår från rättskällorna.[418] Men vid den ideella ersättningsproblematiken står bristen på normer i centrum, vilket underminerar den formella rättvisans ideal. Problemet är att avseende den materiella rättvisan är det, åtminstone utifrån inkommensurabilitetsproblematiken, lika svårt. Enligt den materiella rättvisans krav på avvägd rimlighet och ändamålsenlighet i enskilda fall är det lika svårt, eftersom vi även här saknar hållpunkter för att göra bedömningen. I praktiken är även ersättningen för olika ideella skador kraftigt schabloniserad, vilket också försvårar en materiell bedömning i det enskilda fallet. Vad som dock framkommer är att betydelsen av sammanvägningar och avvägningar här är av största betydelse och att detta aktualiserar rättskällevärderingar och tolkning.

414 SOU 2007: 26. Barton, 2003. Ofta relateras den reparativa rättvisan till ett intresse av att se världen ur brottsoffrens perspektiv. Card, 2002.

415 Diesen, 2011, s. 313. Nära den reparativa rättvisan ligger också den av Diesen i Sverige introducerade terapeutiska juridiken. Denna skola intresserar sig för samhällsvetenskaplig kunskap för att studera hur lagregler och rättslig praktik påverkar det fysiska och psykiska välbefinnandet hos de som blir föremål för rättstillämpningen. Ibid, s. 312.

416 Tanken är att parterna, tillsammans med medlaren, genom ett avtal bestämmer vad som är skälig gottgörelse. Prop. 2001/02:126, s. 49.

417 Zehr, 1990.

418 Wennström, 2002, s. 70 ff.

2.9 Sammanfattning

I avhandlingen diskuteras flera aspekter som är generella för kränkningsersättning och ideell ersättning men det specifika studieobjektet utgörs av den ersättning för kränkning som ingår i brottsskadeersättningen. Bristen på normer vid värderingen av den ideella skadan har fört mig till rättssociologins rötter och till frågan om utfyllande rättskällors betydelse vid rättstillämpning. Därmed har funktions- och ändamålsresonemang berörts och rättssociologiska förklaringar har getts utrymme för att bedöma vilka mål som är primära respektive ultimära för rättsområdet. En central teoretisk figur utgår från Harts kombination av analytisk rättsvetenskap och deskriptiv sociologi.

Kränkningsersättningen har ökat i betydelse liksom brottsofferperspektivet och utvecklingslinjen kan beskrivas som en rörelse från självhämnden till boten och vidare mot skadestånd och kollektiva försäkringslösning. Är det botens återkomst som vi nu ser? Det rättssociologiska kunskapsbehov, som både Hellner och Roos tidigt pläderade för, kan också sägas ha ökat – dels beroende på de ökade brottsofferambitionerna inom ersättningsrätten men också fri- och rättighetsskyddets ökade betydelse inom skadeståndsrätten under senare år vilket sammantaget ökar komplexiteten och pluralismen inom rättsområdet. Avhandlingen kan ses som ett svar på detta kunskapsbehov men den har samtidigt mer långtgående teoretiska ambitioner än att relatera en empirisk studie till en ersättningsproblematik. I nästa kapitel kommer de teoretiska aspekterna att diskutera.

KAPITEL 3

Mellan det rättsvetenskapliga och samhällsvetenskapliga fältet

3.1 Inledning om olika dikotomier

I det följande kapitlet kommer teoretiska diskussioner att föras i gränslandet mellan rättssociologi och rättsvetenskap. En utgångspunkt för kapitlet är att separationen mellan ekonomisk och icke-ekonomisk skada inte är given utan möjlig att problematisera. Justitierådet Ulf K. Nordenson menar att gränsen mellan dessa båda skadetyper många gånger är flytande och att ”(d)et skulle vara verklighetsfrämmande att försöka upprätthålla en klar distinktion mellan skada av ekonomisk art och ideell skada.”[419] Roos ser frågan från ett annat håll och menar att ”(f)rån ekonomisk synpunkt sett är det ingen skillnad på ekonomiska och ideella skadestånd.”[420] Roos tar fasta på finansieringsfrågan ur ett skadelidarperspektiv; han ser ersättningen som ett pris på skadan, där det främst är beräkningssätten som skiftar, ”vilka man sedan kallar för ekonomiska resp. ideella är kanske mindre intressant.”[421] Roos hållning kan förstås som utryck för en vilja att se ersättning som en del av ett pragmatiskt behovsorienterat system i polemik mot en äldre, mer straffrättsligt förankrad skadestånd-

419 Nordenson, 1984, s. 400.
420 Roos, 1990, s. 35.
421 Ibid, s. 154.

srätt. Ur ett historiskt perspektiv är rättsstridighet, om än i olika skepnader, istället en viktig grund för den handlandes ansvar. En invändning mot rättstridighetsläran, som särskilt Lundstedt drev, är att den innebär ett cirkelresonemang.[422] Även om läran i grunden bygger på en deontologisk etik, kombineras den med en skälighetsprövning utifrån handlingens farlighet ur ett samhällsnyttoperspektiv. Trots detta konsekvensetiska drag är rättsstridighetsläran i grunden något, som ligger nära den kommutativa rättvisan.[423] I centrum står då den orätta gärningen, medan ersättningens inverkan på samhället liksom empirisk kunskap om de skadelidandes situation har underordnad betydelse. Däremot aktualiseras kunskap om vilka gärningar, som bedöms vara förkastliga i linje med vad Henrik Tham har beskrivit som ett skifte från social ingenjörskonst till moralisk dito.[424]

Den binära variabeln mellan ekonomiskt och icke-ekonomiskt är i en ytlig mening ”naturlig” men vid närmare undersökning framstår den som konstruerad. Gränsdragningen är inte given utan det är snarare en representation eller avbildning, som ger upphov till parallella begrepp, vilka riskerar att glida ifrån varandra över tid. Dikotomier som de mellan materiellt och ideellt är ett ofta återkommande tema inom teoretiska konstruktioner. Detta gäller särskilt inom rättssystemet, där fiktioner och paradoxer spelar en betydande roll för dess utveckling och för att rätten ska kunna vara sammanhållande.[425] Skadeståndsrätten är uppdelad mellan en materiell och en ideell del, där de materiella skadorna går att uppskatta ekonomiskt, medan de ideella kan sägas definieras negativt, som icke-ekonomisk skada. Som konstaterats många gånger är de ideella ersättningarna, eller så kallad icke-ekonomisk skada, av en speciell natur, som aktualiserar en rad ontologiska problem, vilka i sin tur leder till andra praktiska och teoretiska problem. Exempelvis när ersättningarna skall fastställas, när dess funktion ska beskrivas eller när gränsdragningen gentemot ekonomisk skada ska göras. De särskiljs ofta från övriga skadeståndsersättningar på den grund, att skadan inte ”efter vanlig ekonomisk måttstock” kan uppskattas i pengar.[426] Nils Nygaard beskriver problemet med att definiera vad som faktiskt ersätts, när den ideella personskadan ersätts monetärt, som att mäta avstånd med ett litermått.[427] Även lagstiftaren får problem, när frågan om kränkningsersättningens relation till skadan ställs på sin spets: ”Det är sålunda ’skadan’ som ersätts och alltså – i strängt logisk mening – inte ’kränkningen’. Att lagen har utformats på det sättet är av skäl som närmast är av systematisk art. Det torde dock på det hela taget sakna betydelse för den sakliga bedömningen. Lagen anger att det är den skada, som kränkningen ’innebär’, som skall ersättas. Det får därför anses korrekt att tala om en ersättning för själva kränkningen.”[428] Formuleringen har förbryllat, då man på andra ställen i

422 Karlgren, 1943, s. 46.
423 Simmonds, 2008, s. 79.
424 Tham, 2011, s. 45, Rytterbro, Rönneling & Tham, 2010, s. 112. Man kan säkert också relatera denna utveckling till en allmänt apolitisk samtid, vilken präglas av avideologisering.
425 Torpman, 2002, s. 143 ff.
426 Malmström, 1997, s. 310.
427 Nygaard, 2007, s. 92.
428 Prop. 2000/01:68, s. 66.

propositionen och i praxis likställt skadan och kränkningen i anslutning till brottet på ett sätt, som gör att själva ”regelöverträdelsen” utgör skadan/kränkningen.[429]

Exemplet ovan visar hur ersättning för ren ideell skada har fått en förändrad roll inom rättssystemet och att ersättningen därmed betyder något annat än tidigare. Det har skett en praxisförskjutning, som öppnat rättsområdets gränser. Hur är detta möjligt mot bakgrund av den restriktiva syn, som funnits på dessa skador och dess ersättning? Det har ansetts funnits en oskriven regel i skadeståndsrätten, som begränsar rätten till skadestånd till ekonomisk skada.[430] Enligt min mening finns det flera förklaringar till detta, som kan sägas röra spänningen mellan rättsystemets inre koherens och traditionernas successiva förändring. En rad olika faktorer har berörts i det tidigare kapitlet rörande brottsofferperspektivet och andra rättspolitiska rörelser. Eftersom ideell ersättning kännetecknas av skälighetsöverväganden och etisk avvägning kan innebära att tidigare inte så relevanta hänsyn vinner ökad juridisk relevans, visar de ideella ersättningarna på rättens öppna karaktär gentemot sin kontext.[431] Men det kan uppstå problem för rättsdogmatikern, när denne ska hantera sådana vaga begrepp som ”skälighet” eller ett mänskligt socialt behov som ”trygghet” inom socialrätten och liknande ramlagstiftning, vilket tidigare uppmärksammats inom rättssociologin.[432] Detta kan även sägas gälla för civilrättsliga generalklausuler och, som Hydén har beskrivit, medför dessa rättsområden att olika rättsliga perspektiv och metodval också kan mötas.[433] Därför kan vagheten hota den interna rättsliga professionens gränser och premisser, särskilt gäller detta rättsdogmatiken som har till syfte att främja systematiken. Att ideell ersättning är en fråga, som rör rättssystemets ideologi eller självuppfattning, framgår om man begrundar att teorier om verkligheten torde påverka hur man värderar dessa skador. Här har vi då å ena sidan uppfattningen att endast den verklighet, som kan placeras i tid och rum finns.[434] Men utifrån senare teorier är verklighetsbegreppet synnerligen obestämt, så om varje verklighetsuppfattning är metafysisk och även subjektiv i den meningen att den är

429 Friberg, 2010, s. 358, Schultz, 2008, s. 33.

430 Som exempel kan följande formulering från HD tjäna: ”Traditionellt har svensk rätt intagit en restriktiv attityd till möjligheten att utdöma ett rent ideellt skadestånd på grund av gärningar som innefattat en kränkning av någon annans rättigheter eller intressen.” NJA 2005 s. 462.

431 Bengtsson, 1984, s. 81, Pezcenik, 1995, s. 502 om den öppna etiska avsägningen. Jmf Hägerströms om den subjektiva ”vanerätten”, Hägerström, 1917, s. 7.

432 Åström, 1988, s. 38. Utifrån den rättsrealistiska metoden att fastställa gällande rätt kan man således studera och kategorisera praxis för att finna de rättsliga normerna ex post, vilka kan ställas i relation till lagtexten. Men för att nå kunskap om den sociala dimensionen, som rätten reglerar får man använda sociologiska metoder som t ex intervjuer eller enkäter. Här får man också beakta att begreppet ”gällande rätt” är vagt och värdeöppet, vilket problematiserar all rättstillämpning, Peczenik, 1995, s. 127, Hart beskriver rättens språk- och tolkningsberoende som “(t)he open tuxture of law”, Hart, 1997, s.

433 Hydén, 2002, s. 67 ff.

434 Alltså den skandinaviska rättsrealismen, Perczenik, 1995, s. 395. Jmf även dennes tolkning av Karl Poppers verklighetslära bestående av tre olika ”världar”; utifrån den kan olika skadestånd hänföras till olika världar, Ibid, s. 667.

formad av subjektet, borde detta få betydelse för argumentet att ideell skada är undantaget gentemot ”objektiva” fysiska eller ekonomiska skador.[435]

Man kan också säga att lagstiftaren och HD har utökat rättsområdet till ett fält, som tidigare inte var lika rättsligt, eftersom den ideella skadan i allmänhet inte passat de juridiska idealen och reglerna för diskursen. Således kan rättssystemet påvisa ökade rättsliga befogenheter som en följd av att den ”andre” synliggjorts och genom att definiera det som är partiellt, demonstrerar rättssystemet sin handlingsförmåga inom ett område, som med Habermas ord i högsta grad får sägas tillhöra ”livsvärlden”.[436] Hydén ser en generell svaghet hos juristerna att förmå hantera en typ av lagstiftning liknande den som kränkningsersättningen utgör. ”Juristerna har svårigheter att handskas med den moderna rätten som inte tillhandahåller några hållpunkter att hänga upp rättsdogmatiken på. Man kan helt enkelt säga att det föreligger en brist på normativ orientering i de frågor som rätten konfronteras med. Detta ställer krav på ett nytt rättsvetenskapligt paradigm, ett paradigm som förmår att föra normativa (och principiella) resonemang utan att ha den färdiga normen som utgångspunkt” skriver Hydén.[437] Här bör dock poängteras att begreppet ”ramlag” har haft skiftande innebörd beroende på rättsområde. Inom civilrätten med dess olika generalklausuler och rättsgrundsatser syftar ramlag blott på att lagen, enligt Hellner, huvudsakligen upptar föga preciserade regler, vilka får sitt innehåll genom domstolspraxis eller på annat sätt.[438] Hydéns definition är mer materiell till sin natur och säger något positivt om regeltypen, nämligen att den uppställer mål och ger riktlinjer.[439] Min reflektion är dock att betydelsen av att rättspolitiska, kanske främst kriminalpolitiska, mål och riktlinjer förts in i skadeståndslagen genom brottsofferperspektivet på kränkningsersättningen, medfört att skillnaden mellan de båda beskrivningar minskat. I korthet utgörs dessa av att kränkningsersättningen utgör en reaktion och ett svar på hur samhället värderar allvarligheten i den ansvarsutlösande handlingen (brottet). Det kan tolkas som ett ”kommunitaristiskt” inslag, som är främmande för den moderna

435 Ibid, s. 397.

436 Även Teubner har fokuserat på denna konflikt inom rätten. Som subsystem tränger rätten in i domäner, där den kanske inte hör hemma och riskerar att skada kommunikationen. Habermas, 1998, s. 43 ff. Även Foucault har skrivit intressant om hur rätten disciplinerar det mänskliga själslivet, vilket med viss hjälp kan överföras till hur rätten genom ersättningen sätter ett pris på brottsoffrens upplevelser, exempelvis vid sexuella övergrepp. I Foucaults arbeten spelar diskursanalysen och tanken på olika konstruktioner en central roll men som Sarnecki skriver kan det leda ”till frågan ifall den traditionella forskningen om brottslighetens kraktär, omfattning och orsaker (andra än som lagstiftarens konstruktioner) över huvud taget är meningsfull?”. Sarnecki, 2009, s. 208 f.

437 Hydén, 2002, s. 208.

438 Hellner, 2006, s. 44. Jfr prop. 1972:5 s. 424, där skadeståndslagens ramlagskaraktär berörs redan i förarbetet till lagen. Skadeståndslagen var till stor del en kodifikation av vad som redan hade utmejslats i praxis. Jan Kleineman definierar Skadeståndslagen som ramlag, Kleineman, 1987, s. 131, s. 572.

439 DsC 1984:12.

skadeståndsrätten men har å andra sidan sin tydliga förlaga i den medeltida boten.[440] Både skadeståndet och straffet är sanktioner, som uttrycker samhällets ogillande på ett oönskat handlande, men skadeståndet och boten medför inte samma grad av stigma eller personligt fördömande som straffet och straffprocessen.[441] Därför har det också framförts kriminologiska argument för att ersätta fängelsestraff med ekonomiska sanktioner som reaktionssystem vid brott för att minimera lagöverträdelser och dess konsekvenser.[442]

Enligt min mening rör dessa frågor även rättssystemets legitimitet, då denna är uppbyggd kring vissa värden, mål och principer, vilka kan motivera rättsregler och domstolsavgöranden. Om man däremot strikt utgår ifrån effektiviteten i ett slutet rättssystem, kan betydelsen av ren ideell skada antas vara begränsad, eftersom den externa legitimiteten inte då aktualiseras liksom återkopplingen till rättsområdets praktiska verkan. Utifrån en given rättslig ideologi utgör ideell ersättning i allmänhet och ren ideell ersättning i synnerhet ett problematiskt inslag i rättssystemet. Men utvecklingen har inneburit att just ideell skada i allmänhet (kopplad till personskada) och ren ideell skada (utan någon fysisk, medicinsk eller ekonomiskt aspekt) i synnerhet nu har snarast en motsatt funktion, genom att ersättningarna berör centrala rättspolitiska frågor, som engagerar lagstiftaren och andra aktörer. En förklaring till den restriktiva attityden kan vara en rättspositivistisk rättskultur i kombination med mer tekniskt inriktat ersättningssystem och, som påpekats tidigare, behöver steget från rättspositivism till en närmast instrumentell hållning inte vara långt.[443] Samtidigt aktualiserar denna aspekt andra för rättsområdet betydelsefulla omständigheter såsom regeringsformens undanskymda plats och den avvaktande hållningen gentemot införlivandet av mänskliga fri- och rättigheter. Enligt min mening är det svårt att bortse ifrån europeiseringen och uppbrottet från en hegemonisk uppfattning om rätten, när man ska förstå de rena ideella skadeståndens ökade betydelse.[444] När ”de rättspolitiska frågorna om diskriminering och kränkning är en av de viktigaste samhällsfrågorna överhuvudtaget” enligt lagstiftaren, ökar intresset av

440 Friberg, 2010, s. 76 f. I SOU 1992:84 är man inne på liknande tankegångar, då man summariskt beskriver skadeståndets utveckling på följande sätt: Från hämnd till bot, från bot till skadestånd, från skadestånd till försäkring, från försäkring till bot?”, s. 49 ff. Även Schultz berör och kritiserar den kollektivistiska beräkningsmetoden som en främmande fågel i den individualistiska skadeståndsrätten och avslutar: “Kränkningsinstitutet är närmast ett offentligrättsligt institut i en civilrättslig skrud.” Schultz, 2008, s. 42.

441 Ekelöf, 1942. Hellner & Radetzki, 2008, s. 61. Tydligast kanske kopplingen är hos ärekränkningsbrotten. Ibid, s. 62.

442 Leif Lenke likställer böter och straff på ett vis, som för tanken till boten: ”Ur kontrollpolitisk synpunkt skulle målet därmed bli att försöka försätta alla individer i ett sådant läge att de var i stånd att betala kännbara böter. Då skulle man uppnå ett system där straffet får sina rätta proportioner i den sociala kontrollen. Straffets fördelar är då att det är snabbt och billigt och dessutom saknar de förnedrande och destruktiva inslag som t ex fängelsestraffen innehåller.” Lenke, 1990, s. 38.

443 Ibid, jmf Sandgren, 1995-96, s. 1053.

444 Det har också flera gånger framförts att de tydliga försäkringsaspekterna och nämndernas stora roll inom rättsområdet är problematisk vid europeiseringen. Jmf frågan om det sätt som brottsofferersättningen tidigare avgjordes är förenligt med Europakonventionen, se SOU 1995:33, s. 415, prop. 2000/01:68, s. 6.

att undersöka, vilken roll den ersättning har, som ska skydda och ersätta enskilda, när deras olika fri- och rättigheter inte respekteras. [445] Hur undantagsstämpeln förhåller sig till värnandet av rättsstatens värden och effektiva rättsmedel för de mänskliga fri- och rättigheterna är en praktisk fråga, som blivit allt mer relevant. Genom att förstå hur undantagsstämpeln förhåller sig till de förändrade förhållandena, kan man se de rena ideella skadestånden som en indikator på andra drivkrafter än de, som vill upprätthålla ett objektivt och formellt rättssystem, som konstruerar de ideella skadorna som just undantag.

3.1.1 Värdet av det ideella eller det ideella värdet

Rättsväsendet kan betraktas som ett komplext samspel mellan olika aktörers val och intressen och hur dessa ger upphov till olika betydelseförskjutningar.[446] Genom att lyfta fram relationen till mänskliga fri- och rättigheter, samt rättsordningens grundläggande värden vid studiet av de ideella skadorna, visar man på det dialektiska samspelet mellan olika rättsområden och hur rättssystemet producerar nya betydelser utifrån sina beståndsdelar. Hur ren ideell skada får en ökad rättslig betydelse, sker i en dialektisk process, där materialiseringen av skadorna och ersättningen ökar den rättsliga betydelsen och konkretiseringen av mänskliga fri- och rättigheter inom rättssystemet. Dessa ökar i sin tur den materiella ”betydelsen” av kränkningsersättningen. Man kan både tala om ett pluralistiskt drag, då komplexiteten ökar, när rättsområdet inte längre kan ses för sig men också en ”förtätning”, då möjligheterna för sammanhängande och självrefererande motivering kan antas ök, när kopplingen till rättssystemets grundläggande värden lyfts fram. Att rättssystemet bör beakta mänskliga fri- och rättigheter för att vara legitimt och få legitimitet kan ses mot bakgrund av att det tidigare kunde ifrågasättas, om det överhuvudtaget fanns något ”böra” utifrån rättssystemet. Således kunde Axel Hägerström hävda att det inte finns några rättssyddsanspråk för den enskilde att göra gällande och att den enskilde inte kan utöva någon rättslig påverkan gentemot staten. [447] Men idag anses det till och med vara meningsfullt att tala om rättsliga förpliktelser eller rättigheter, även om en

445 Prop. 2002/03:65, s. 157

446 Det dialektiska samspelet mellan rättsområden är särskilt relevant för att djupare förstå ersättning för ren ideell skada, jmf Dalberg-Larsen, 1998, s. 107.

447 Hägerström, 1917, s. 164. Men idag kan situationen sägas vara den mottsatta, då p.g.a. folkrätten en stat inte är lika suverän att utfärda giltiga lagar. Olivecrona skrev exempelvis “legal duty cannot be defined by reference to any fact”. Olivecrona, 1953, s. 8. För Hägerström, som jag tolkar honom, var kränkningar per definition ett uttryck för sedvanerätten och vanerätten, vilket utifrån hans terminologi var ett föga smickrande epitet. Detta följer ur uppfattningen av att den moraliska normen i ett handlingssystem är utan sanningsvärde, då denna tillhör ”börats” osinnliga värld. Vidare står det klar att Hägeström inte har mycket till övers för sådana ersättningar, som staten betalar till enskilda, då det inte finns några rättsskyddsanspråk att göra gällande inför staten och den enskilde kan överhuvudtaget inte utöva någon påverkan på staten genom dennes ”förmåga” att använda sig av lagen. Hägerström, 1917, s. 138. Lundstedt å sin sida konstaterar kort att en rättighet inte kan kränkas, då inga rättigheter finns, Lundstedt, 1938, s. 38.

viss rättsordning inte upprätthåller dem. Betydelsen av rättspluralism kan antas vara att den externa kritiken av rättssystemet befästs och öppnar upp för emancipatoriska tendenser, som uttrycks till exempel i ett realiserat medborgarperspektiv på rätten.[448]

Att det numera är den mer objektiva ”kränkningen” och inte det subjektiva ”lidandet”, som utgör rekvisitet för ren ideell skada enligt SkL 5:6, är en språklig skillnad, som rör ersättningens skyddsintresse och anger därför en annan betydelse för ersättningen.[449] Den numera omfattande diskrimineringslagstiftningen har medfört ett ökat fokus på det rena ideella skadeståndet som ersättning för kränkning, vilket egentligen är en radikal tanke precis som brottsofferperspektivet i grunden är.[450] Tar man den rättspolitiska retoriken och de rättsliga ambitionerna, som motiverar de rena ideella skadorna, på allvar och försöker förstå hur de fungerar och vad de betyder, inbegriper det aspekter, som går utöver själva frågan om den konkreta ersättningen. Betydelsen hos rent ideellt skadestånd kan därför innebära att den materiella rätten inte förlorar i betydelse, vilket förespråkare för teorin om den reflexiva rätten hävdat, utan istället att rättsområdet är ett exempel på det substantiella i rätten.[451] Utifrån förändrade systemförutsättningar kan man tala om att poängen med den alternativa jurisprudensen har försvagats, då individens rättsliga ”behov” gentemot systemet inte rimligen kan tolkas oberoende av mänskliga fri- och rättigheter och i praktiken betydelsen av rent ideellt skadestånd. Utvecklingen innebär därför även en annan förutsättning för att diskutera behovsrationalitet och frågan om den gällande rätten kan utgöra grund för att tolka fram några ”positiva alternativ”.[452] Det torde därför vara svårare att genom ideologikritiska analyser lägga grunden för några radikalt annorlunda handlingsstrategier inom rättsområdet.

---

448 Jmf betydelsen av kognitiva förväntningar då rättssystemet förändrar sin tolkning av ett visst förhållande, som ligger till grund för det, Torpman, 2002, s. 165. Den rättsliga polycentrin, i meningen differentiering i fråga om rättkällor och normcentra, ges i denna mening en konkret betydelse, jmf Gustafsson, 2002, s. 148 ff om Zahle. Det råder idag en konsensus kring uppfattningen att den tiden är förbi, då det fanns ett nationelt normgivningscentrum. Jmf Hydén som skriver ”det tycks föreligga en viss enighet i denna diskussion om uppfattningen att det inte finns någon väg tillbaka till den formaliserade rätten för regleringen av den moderna rättens problem och inte heller anses den materiella, ändamålsstyrda, rätten ha någon framtid”, om debatten om alternativa rättsformer Hydén, 2002, s. 209. Även Kjell-Åke Modéer har noterat att ”(d)e revirgränser och den fiktiva syn på rättens centrum och periferi, som den moderne juristen skapade mellan den materiella rätten och juridikens metaämnen, håller successivt på att försvinna.” Han tillägger att efterkrigstidens rättskultur har präglats av pragmatiska, positivistiska, realistiska och monolistiska uttolkningar av rätten. Modéer, 2002, s. 7 f.

449 Prop. 2000/01:68, s. 66.

450 Böter till staten har således ersatts med skadestånd och genom terminologin har rent ideellt skadestånd börjat vara allmänt skadestånd, medan ekonomiskt skadestånd framstår som problematiskt, se prop. 2002/03:65, s. 157ff, lagrådet efterlyser vidare utredning kring frågorna, ibid, s. 346, jmf Göransson & Karlsson, 2004, s. 113. En sammanhållen diskrimineringslagstiftning, se dir. 2002:11.

451 Hydén har beskrivit hur den reflexiva rätten riskerar att medverka till att den normrationella och moraliska dimensionen riskeras, när olika interneverande system, pragmatiska lämplighetsprövningar och olika systemkrav träder in. Hydén, 2002, s. 199.

452 Hydén, 2002, s. 237.

En som har hävdat konflikten mellan systemets och dess rättsideologi eller ”rättsideella intressen” gentemot människors strävanden samt realistiska och nyttiga synpunkter är Lundstedt.[453] Men beskrivningen av systemet kan också vändas till en kritik av dess rationalitet och att denna inte tillgodoser vissa behov hos den enskilde, då ”försäkringsidén” har medfört att andra värden än ekonomisk reparation har trängts tillbaka och skapat en ”kylig” värld, som skapar ett avstånd till de berörda människorna, enligt Dufwa.[454] Därför har rent ideellt skadestånd enligt min mening en symbolisk roll för lagstiftaren i synnerhet och rättsystemet i allmänhet, då den faktiskt kan påverka uppfattningen av rättssystemet för den enskilde. Men detta innebär samtidigt att det uppkommer en fråga om vilken ideologi eller vilka läror, som bör användas vid analysen och argumentationen, som rör ersättningarna. Rimligen är den inte utilitaristisk, då den kan motivera att en handling kränker den enskilde och ändå kan vara etisk god, om dess konsekvenser gynnar de flesta. Möjligen är preferensutilitarism en lösning men frågan är hur preferenserna skall vägas mot varandra. Istället kan det vara naturligt att olika rättviseläror formar analysen kring ersättningen. Om uppgiften tas på allvar, skulle det troligen få konsekvenser för vår syn på brottsskadenämndens roll och argumenten för schablonisering av ersättningen. Kring rättsområdet råder en spänning mellan flera olika ideologier och läror, som kan stå i skarp konflikt med varandra.

Denna motsättning rör även begreppshierarkin och favoriseringen av objektivt och ekonomiskt på bekostnad av subjektivt och ideellt, eller det ”andra” gentemot ”enhetssträvandet” inom rättssystemet, som favoriserar vissa begrepp eller rationaliteter. Den objektiva och ekonomiska analysen av skadorna har varit så dominerande i Sverige att syftet att ”fastställa ansvar” blivit svagt och underordnat funktionerna av schabloniserad ekonomisk ersättning.[455] Utifrån den kontexten förstår man att ideella skador i allmänhet inte har kunnat prioriteras och att det har saknats en allmän princip om att ideell skada kan vara ersättningsgill. Om ren ideell ersättning har en klart begränsad innebörd motiverad blott av ”sociala och humanitära skäl”, kan det vara rättspolitiskt lämpligt att prioritera sådant, som direkt eller indirekt kan ersättas med pengar framför ideell ersättning.[456] Men om kränkningsersättningen är en ”civilrättighet”, som är nära knuten till rättssystemets grundläggande värden och normer, innebär detta att ”undantagsstämpeln” kring ersättningarna blir mer problematisk.[457] De tankar, som till exempel var vägledande i grupptalanutredningen om att avsaknad av ersättningsregler och effektiva rättsmedel mot kränkningar är en brist i skyddet för allmänna intressen och grundläggande fri- och rättigheter, kan medföra en annan syn på de rena ideella skadorna och hur de ska hanteras utifrån de förhärskande sociala och etiska normerna.[458] Men det kollektivistiska systemtänkande, som framkommer i utredningen, kan tänkas stå i konflikt med den individualism, vilket

453 Lundstedt, 1944, s. 560 ff.
454 Dufwa, 2002 s. 94.
455 Jfr Hellner & Radetzki, 2008, s. 25 ff.
456 Ibid, s. 366 ff, 390 ff. jmf SOU 1995:33 s. 415.
457 Ibid.
458 SOU 1994:151, del B, s. 528.

kan vara förklaringen till varför synen på brottsoffer och kränkningar av mänskliga fri- och rättigheter ökar vikten av ren ideell ersättning. Ändå tror jag att utredningens tankar kan vara intressanta, då de visar på betydelsen av handlingsdirigering och påverkansfunktioner, som går utöver den individuella ekonomiska reparationen. Tanken i utredningen är att det är ändamålen bakom de materiella rättsreglerna, som ska slå igenom i samhället och inte att processekonomiska överväganden ska få styra förverkligandet av dem.[459] Utvecklingen av kränkningsersättningen kan sägas har inneburit ett ökat fokus på regelöverträdelsen, straffvärdet och andra mer ”objektiva” faktorer och mindre på den skadelidande (jämför bot-liknelsen).[460]

Ersättningen kan möjliggöra en pågående praxisförskjutning, liknande den som lagstiftaren tänkt sig, och därmed skapa en grund eller infrastruktur för värdemässiga ställningstaganden utifrån rättens värdemässiga innehåll.[461] När man studerar kränkningsersättningen och kombinerar den med frågan om vad innebörden är av att rättstillämpningen sker i enlighet med regeln, som möjliggör ersättningen, uppstår ett problem, som liknar Wittgensteins privatspråksargument (denna aspekt kommer att diskuteras utförligare i kapitel 6). Eftersom regelns tillämpning enligt lagstiftaren måste beledsagas av en ”privat” tolkning hos rättstillämparen av hur skadevärdet och andra omkringliggande frågor ska besvaras, kan inte regeln själv bestämma vad som utgör en korrekt tillämpning av den. Det är således inte tolkningen, som förbinder regeln med tillämpningen, utan snarare den befintliga praktiken. Genom att sätta fokus på det etablerade handlingssättet och rättstillämparens praxis, öppnar man upp för betydelsen av Harts sekundära regler (igenkänningsregeln), som kommer att beskrivas mer i detalj längre fram. Här konkretiseras också den tidigare nämnda ramlagskaraktären hos skadeståndslagen överlag – det är inte ett kontroversiellt påstående att hävda att denna karaktär framstår än tydligare vid bedömningen av just kränkningsersättningen. Det är därför intressant att närma sig den mest omfattande praxis på området – Brottsoffermyndighetens referatsamling – och driva den fortsatta metodologiska utvecklingen i relation till den källan. Denna aspekt återkommer i metodkapitlet men det är viktigt att redan här se kopplingen till den empiriska undersökningen av brottsoffrens och allmänhetens uppfattningar i relation till rådande praxis mot bakgrund av den mer teoretiska diskussionen om rättsområdets särart. Sammantaget medför den ovan redovisade teoretiska analysen att rätten betraktas som en dynamisk social praktik.

Diskussionen om botens närvaro kan också ses som exempel på att de tankefigurer, som refererades till inledningsvis, inte är så potenta. En undersökning av de rena ideella skadestånden leder också lätt till en diskussion om så kallad ”punative damage”, vilket visar på spänningen mellan den enskilda individens och rättssystemets intressen.[462] Individens fri- och rättigheter bör enligt min mening betraktas som den

459 Ibid, s. 75. Svårigheter att beräkna en individuell skada på det sätt, som är normalt enligt ersättningsprinciperna, skall inte innebära att rättskräkningar inte sanktioneras, ibid, s. 537.

460 Friberg, 2010, s. 827, SOU 1992: 84 s. 61.

461 Wilhelmsson, 2001.

462 ”Det kan inte läggas på enskilda individer att ensamma bestämma över rättsanspråk grundade på kränkningar av dessa intressen” heter det i SOU 1994:151, del B, s. 203.

objektiva utgångspunkten, medan rättssystemet utifrån en rättspluralistisk tolkning är något subjektivt, som konstrueras utifrån betraktarens kontext och diskursen i övrigt. Därför finns det heller ingen objektiv ideologi eller rationalitet, som logiskt följer av rättssystemet, utan flera. Detta kan ses i ljuset av att en dominerande uppfattning kan antas ha varit den motsatta, vilket troligen har betydelse för synen på relationen mellan individen och rättssystemet.[463] Den konkreta skillnaden är att det numera finns en mer objektiv grund, då de rena ideella skadestånden utgår ifrån en ”skada” relaterad till materiell rätt i form av att integritetsskyddet ingår i de mänskliga fri- och rättigheterna. Vad som däremot fortfarande är rättspolitiskt mer eller mindre godtyckligt och subjektivt, är på vilken nivå ersättningen ligger.[464] Men i praktiken medför bland annat europeiseringen att det faktiska handlingsutrymmet torde vara mer begränsat än tidigare, vilket är en rättspolitisk omständighet av praktisk betydelse.[465]

Om nu vikten av klander ökar och detta har någon form av relation till rättsliga och moraliska principer, är det önskvärt att öka kunskapen om dessa principer eller värden för att öka förståelsen av både rättsområdet och dess kontext.[466] Utifrån de ovan nämnda faktorerna kan man skönja en tendens, som i korthet innebär att preventionen har ökat i betydelse för de rena ideella skadestånden, när dess rätts- och kriminalpolitiska betydelse ökar.[467] Då utgångspunkten har varit reparation (”full ersättning för liden skada”), är frågan hur man samtidigt kunnat diskutera önskvärda ersättningsnivåer under en längre tid. En relevant uppgift kan därför vara att kritisk analysera denna princip. Man kan sedan fråga sig om en princip, som uppenbart inte är anpassad för de ideella skadorna, i allmänhet är lämplig vid utgångspunkt för hur de rena ideella skadorna ska ersättas; man bör kanske ha olika ersättningsprinciper för olika skador.[468] Olika skador ger upphov till delvis olika frågor om ersättningens funktion och att skadeståndsrätten kan fungera bättre som ”värdemätare” om detta uppmärksammas. Här kan man, återigen utifrån olika rättspluralistiska teorier, anta en intressant men komplicerad interaktion mellan synen på skadans karaktär och ersättningens roll. Ur ett viktimologiskt perspektiv är ovanstående också en fråga om att stärka och garantera brottsoffren som en fråga om mänskliga rättigheter. Där ingår också att staterna regelbundet bör ompröva befintlig lagstiftning och praxis för att säkerställa en lyhördhet för växlande behov utifrån olika deklarationer, resolutioner och rekommendationer. Genom att brottsoffrens rättigheter får statusen av mänskliga fri- och rättigheter, lyfts grundläggande rättsprinciper om rätten till rättvisa genom rättsväsendet avseende ersättning och kompensation.[469]

---

463 Se Hellner om att Hägerström inskränker sig till effektiviteten i sin syn på rätten giltighet, Hellner, 1994, s. 28. Jmf Peczenik, 1995, s. 395.

464 SOU 1995:33, s. 15.

465 NJA 2007 s. 584. Bengtsson & Strömbäck, 2011, s. 333.

466 Jmf vikten av ändamålsrationalitet, begreppsrationalitet och systemrationalitet, även om gränserna inte är helt skarpa, Agell, 2002, s. 251.

467 Sisula-Tulokas, 2001, s. 32.

468 Jmf Andersson, 26/6 2003. Jmf Wilhelmsson, 2001.

469 Klette, 2004, s. 45 ff.

Man kan fråga sig om den konventionella synen på varför ideell ersättning bör begränsas – svårigheten att värdera och ersätta skadan – är lika lämplig om ersättningen, på grund av dess koppling till rättens värderingsgrund, snarare får en symbolisk funktion av korrektiv rättvisa.[470] Man kan därför anta att det råder osäkerhet och delade meningar om hur de primära och ultimära målen förhåller sig till varandra vid ren ideell ersättning.[471] Det är tydligt att det utslagsgivande för rättsområdet, alltså de ultimära målen, ytterst är värnandet av mänskliga fri- och rättigheter samt rättssystemets människosyn/värde i stort, eftersom de rena ideella skadestånden kan ses som garanti för rättsregler och dess underliggande värden. Om den rena ideella ersättningen därför inte endast är en objektiv ekonomisk kompensation, är det ett mindre problem att den inte kan bestämmas exakt, eller att det inte finns någon absolut sanning, utan det är en följd av att ersättningen är ideell.[472] Därför bör den exakta ekonomiska ersättningen istället ses som ett primärt mål, som ett medel underordnat ersättningens funktion i rättssystemet.[473] Argumentet för undantagsstämpeln kanske grundar sig på en felaktig uppfattning av vilka mål, som är medel och vilka som är mål i sig själva. Hur man ser på dessa frågor beror på vilken syn man har på rollen mellan rättssystemets interna effektivitet och dess legitimitet men också på konflikten mellan formell och substantiell rättssäkerhet. Begränsningen av att ersätta rent ideella skador kan utgå från legala skäl, som exempelvis förutsägbarhet men det kan också vara legala skäl, i meningen värnandet av rättsstatsideal, som får dem att spela en mer framskjuten roll. Effektiviteten, förutsägbarhet och rättssäkerhet delvis får bedömas i ljuset av hur legitimt ett rättsligt utfall är och hur väl rättvisekravet då uppfylls, eftersom de förra får substantiellt och inte enbart formellt värde genom de senare i en rättsstat, som värnar mänskliga fri- och rättigheter.

Mot bakgrund av tolkningen av de rena ideella skadestånden blir det också viktigt att försöka artikulera de relevanta värderingsfrågorna kring ersättningssystemet för att djupare förstå dess funktion och öka den formella effektiviteten likväl som den substantiella legitimiteten.[474] Resonemangen här liknar delvis de som Wilhelmsson har presenterat inom ramen för en nordisk ansvarsrätt för det senmoderna samhället, vilket även aktualiserar tvärvetenskapliga perspektiv.[475] När Ross och andra nedtonat skillnaden mellan ekonomisk och ideell skada, har de i regel haft pragmatiska hänsyn rörande de skadelidandes behov för ögonen. Risken med ett sådant perspektiv är att man förlorar precisionen avseende skadans karaktär och uppkomst. Om det typiska för den ideella skadan är dess närhet till själva normöverträdelsen som sådan, repre-

470 SOU 1973:51, s. 256. Här kan man återigen aktualisera frågan om funktionen hos ”punative damage” eller straffskadestånd, jmf beskrivningen ”från försäkring till bot”, SOU 1992:84.

471 Hellner, 2001, s. 91.

472 SOU 1995:33 s. 15.

473 Jmf Schultz, 2003-04, s. 657 ff om avsaknaden av ultimära mål och diskussion om normativa frågor och grundläggande värderingar samt skadeståndsrättens legitimitet.

474 Andersson, 2000/01, s. 906, Glavå, 2003, s. 144 om att genom kommunikation kring värden vårda rättskonstruktioner och således kompensera dess brist på tillit eller ontologisk trygghet, troligen relevant även för de ideella skadorna.

475 Wilhelmsson, 2001.

senterar den något speciellt. I en rättskultur, där dess ”system-vetenskapliga karaktär” nertonas samtidigt som de allmänna lärorna och rättsprinciper lyfts fram genom avnationalisering, legalstrategier eller ”små berättelser”, får det ideella ett annat värde än förut. De ”systemnedbrytande” tendenserna, som möjligen tillåter de ideella skadorna att expandera, fungerar också fraggmentariserande på rättens värdemässiga och normativa möjligheter.[476]

3.2 Olika nivåer

Det finns ett intressant parti i promemorian ”Skadeståndsfrågor vid kränkning” (Ds 2007:10), där Bertil Bengtsson skriver om problematiken kring jämförelserna med brottsoffrens skadestånd, som man skulle kunna problematisera. Bengtsson skriver: ”Kravet på att sådant skadestånd skall bestämmas till särskilt höga belopp vid diskriminering kan synas stämma mindre väl med den särskilda hänsyn till brottsoffren, som i övrigt präglar svensk skadeståndslagstiftning. Från deras synpunkt – och för den stora allmänheten – måste det ofta framstå som överraskande eller rentav stötande, om kränkningsersättningen genom ett allvarligt brott skulle värderas lägre än en kränkning genom diskriminering, särskilt när denna inte alls är kriminaliserad.”[477] Detta är ett exempel på resonemang, som blir förhållandevis ogrundade utan en rättssociologisk underbyggnad. Återigen aktualiseras Roos och Hellners påpekanden om att det saknas rättssociologisk kunskap inom ersättningsområdet. Det finns också ett behov av att analysera vilka intressen, som skyddas genom ersättningen samt vad som faktiskt utgör en kränkning skadeståndsrättsligt.[478] Detta förhållande tydliggörs än mer i det avsnitt, där Bertil Bengtsson diskuterar en terminologisk förändring genom inrättandet av en diskrimineringsersättning: ”Frågan om den diskuterade reformen är lämplig bygger naturligtvis till en del på värderingar, framför allt vilken vikt man tillmäter diskrimineringsersättningens preventiva funktion i förhållande till den reparativa och upprättande funktion som skadeståndet till brottsoffer obestridligen har.”[479]

Vad Bertil Bengtsson tar fasta på är lagens formella syfte eller funktion. Men han tar också fasta på att frågan om hur de olika syftena och funktionerna bör förhålla sig till varandra beror på bedömarens värderingar. Genom att inte grunda beskrivningen och värderingen av ersättningens effekter på empirisk kunskap om lagens

476 Jämför Wilhelmsson, 2003, s. 32 ff.
477 Ds 2007:10, s. 84.
478 Bengtsson, 1990, s. 101ff. Jmf SOU 1969:58.
479 Ds 2007:10, s. 88.

verkliga effekter för brottsoffren, blir resonemanget av inomsystematisk natur.[480] Ur Bengtssons framställning ovan kan man utläsa följande tre nivåer, från det konkreta till det abstrakta:

Nivå I: Denna nivå utgörs av hur rättsreglerna verkar i ”verkligheten”, alltså huruvida skadeståndet faktiskt har den reparativa och upprättande funktionen eller kanske andra funktioner. Detta kan undersökas empiriskt som en del av ett rättssociologiskt projekt.

Nivå II: Denna nivå utgörs av hur rättsreglerna är systematiserade och vad de uttrycker materiellt. Man kan rättsdogmatiskt fastställa gällande rätt genom konventionell juridisk metod som att studera olika rättskällor som förarbeten, rättsfall och lagtext.

Nivå III: Denna nivå utgörs av vad Bengtsson beskriver som värderingar, ”de lege ferenda”, som kan ingå i en rättspolitisk analys, olika former av normativ kritik och värderande överväganden.

De nivåer som Bengtsson berör i sin framställning är den mellersta (nivå II) om hur det faktiska regelverket är utformat och den sista (nivå III), som rör rekommendationer och överväganden kring hur regelverket kan utformas. När jurister beskriver hur regelverket ser ut och hur det kan förbättras, rör man sig vanligen mellan de lege lata och de lege ferenda, vilket är den traditionella beskrivningen av vilka alternativ, som står till buds. Men som Hellner och Roos konstaterat är det högst oklart hur verkligheten motsvarar reglernas innehåll och dess avsedda verkningar. Man vet helt enkelt mycket litet om hur ersättningssystemet fungerar.[481] Nivå I tillhör varat och III tillhör börats värld men att nivå II består av en blandning av varat och börat, eftersom det juridiska språket ofta utgörs av imperativ och utrycks normativt, trots att det kunskapsmässiga underlaget för uttalandet saknas. Vid rättsliga framställningar och rättstillämpning anser jag att dessa tre nivåer ofta integreras och blandas. Utmärkande är då att av de olika uttalanden om nivå I, som då görs, endast i en mycket begränsad del har evidensstöd.[482] Bengtsson skriver att skadeståndet ”obestridligen” har en viss funktion (reparativt och upprättande) men detta uttalande måste tolkas som att han återger vilket syfte de aktuella skadeståndsreglerna har, givet rättskällorna, och inte som ett utlåtande över dess verkningar hos skadeståndslidande, som fått ersättning för sin skada, eftersom han rimligen inte vet något om detta. Den slutsatsen förut-

480 Mathiesen har övergripande beskrivit problematiken kring hur lagar” verkar” utifrån deras manifesta funktioner. Viktiga och grundläggande utgångspunkter är att rätten *alltid verkar tillsammans* med andra faktorer, rätten fungerar som en *komponent* i en sammansatt social helhet, att det finns ett visst moment av *motivation,* då en lag verkar genom människors tankeprocess (medvetet eller omedvetet), vilket betyder att begreppet ‘verkan’ inom rättssociologin inte överensstämmer med vad som man inom naturvetenskapen menar med detta begrepp. Mathiesen, 2005, s. 30 f.

481 Hellner & Radetzki, 2008, s. 59.

482 Min beskrivning och analys i denna del påminner om den som Hedenius gjorde mellan normativa ”äkta” rättsatser och deskriptiva ”oäkta rättsatser” men jag menar att denna gränsdragning i praktiken är mycket glidande. En sats meningsinnehåll beror på dess sakförhållande men kunskapen om dessa sakförhållanden kan vila på oklart kunskapsunderlag eller på en glidning mellan det normativa och det deskriptiva.

sätter att läsaren tolkar texten rätt utifrån sin erfarenhet hur liknande texter brukar utformas. Bengtsson skriver också, att för såväl brottsoffer som allmänheten ”måste det ofta framstå överraskande eller rentav stötande”, när brottsoffrens kränkningsersättning vid grova brott understiger den kränkning, som diskrimineringsfallen kan generera. Troligen har Bengtsson rätt i sin beskrivning men det finns ändå en olycklig glidning mellan det deskriptiva, normativa och det som är antaget om en verklighet, som ligger utanför rättskällorna.

Vad som framförts ovan är egentligen inte annat än en reflektion över rättsdogmatikens förankring i rättskällorna samt hur den syftar till att systematisera regelverket från ett inifrånperspektiv.[483] Håkan Andersson har utvecklat en liknande modell i syfte att presentera skyddsändamålslärans metod samt medvetandegöra de värderingar, som ingår i argumentationen, när enskilda rättsfrågor behandlas.[484] Skyddsändamålsläran är intressant ur ett rättssociologiskt perspektiv, eftersom den utgår från rättsnormsstridigheten i den skadegrundande handlingen.[485] Enligt läran syftar rättsnormerna till att skydda vissa intressen och ur skyddet av intressena följer skadeståndet utifrån en ändamålstolkning av skyddsintressena. För Andersson står den praktiska verksamheten i fokus med dess värderingar och den juridiska argumentationen. På första nivån finns varat kring olika fakta- och sakförhållanden i ”den reala verkligheten”, på den andra nivån återfinns den praktiska metoden att utifrån begreppen föra den juridiska argumentationen relaterade till ”den rättsliga verkligheten” bestående av börats värld. Andersson betonar medvetenheten om att olika beskrivningar av rätten är perspektivberoende för annars ”är risken stor att han fastslår att rätten är på visst sätt, istället för att betona att teorin är hans strukturering av rätten.”[486] I fallet med kränkningsersättningen ska dess bestämmande göras utifrån en skönsmässig bedömning, baserad på de förhärskande etiska och soc-iala värderingarna i samhället, vilket betonar den reala verklighetens betydelse för förståelsen av begreppen och argumentationen. Det betyder också att det vid den praktiska lösningen av rättsfrågan ska återfinns värderingar, som härrör både från den rättsliga och reala verkligheten. Skyddsändamålsläran är också intressant, eftersom den lyfter fram relationen mellan övergripande teorier, differentierade frågeställning-ar och metodperspektiv liksom ett ”teleologiskt anslag”.[487] Ett sådant anslag innebär en öppenhet i fråga om argument och värderingar liksom ändamålssynpunkter. Även om den teleologiska metoden är relevant för förståelsen av rättsområdet i relation till dess samhällsfunktion, finns det anledning notera hur Ekelöf såg på denna funktion. Ekelöf såg främst till den handlingsdirigerande effekten på medborgarna, ofta företrädd genom deras fruktan för sanktionen.[488] Han intar en liknande hållning som Lundstedt, vilket betyder att rätten ses som styrningsmekanism, som kan påverka samhällsmoralen och liknande. De blundar då delvis för värdet och möjligheten av att rättstillämparen istället formar sig efter den befintliga samhällsmo-

483 Sandgren, 2009, s. 118.
484 Andersson, 1993, s. 176 ff.
485 Ibid, s. 39.
486 Ibid, s. 182.
487 Ibid, s. 198 f.
488 Ekelöf, 1942, s. 30 f, Andersson, 1993, s. 192 ff.

ralen. En annan problematisk omständighet utgörs av att det är svårt att finna något klart ”kärn-område” rörande ideella ersättningar eller kränkningsersättning, som kan tillämpas på de svåra fallen; omvänt är det problematiskt att tillämpa de allmänna ändamålen inom skadeståndsrätten på de ”säregna” ideella ersättningarna just eftersom de är så annorlunda.[489]

Problemet är inte att olika aktörer nödvändigtvis lägger olika betydelser i vad som är ”reparativt” eller vad som är en ”upprättande funktion”, utan att när man, som Bengtsson här gör, inte skiljer mellan fastställandet av vad som gäller (funktionen) enligt rättskällorna och vad som är utfallet, när rättsreglerna tillämpas i praktiken. Vilket problem denna distinktion utgör, beror på hur man uppfattar rättens roll och vilken betydelse andra kunskapskällor har för vad man kan argumentera för i en rättslig kontext. Man kan formulera det som en fråga om mandat och språkliga representationer och mindre som skilda kategorier av samma värld.[490] Jag tror att det är viktigt att närmare studera den språkliga dräkt i vilken rättsliga imperativ är formulerade, som ett led i att förstå vetenskapliga och rättsliga skillnader, när det kommer till kausalitet och bevis. Om man inte är medveten om skillnaden mellan nivå I och II och den språkliga glidning, som lätt görs, när man beskriver verkligheten, kan mer avancerade arbeten om epistemologi och ontologi gå förlorade. Även om rättsligt beslutfattande handlar om selektion av kunskap, menar jag att jurister i sin språkanvändning använder beskrivningar av verkligheten, som antingen riskerar att bli helt ytliga och naiva beskrivningar av regelnivån, trots att det finns en verklighet ”bak-om”, som reglerna syftar till, eller så gör de sig skyldiga till en omedveten glidning mellan regelnivån och verklighetsnivån. Denna oklara glidning, alternativt naiva syn på regelnivån, riskerar att som i exemplet ovan motverka regelns funktion eller syfte, när den skadelidande, som erhåller den ersättning som ”obestridligen” har till funktion att fungera reparativt och upprättande, *faktiskt inte* fungerar så.[491] Denna aspekt undersökas närmare empiriskt i avhandlingen och ambitionen är att sätta den i relation till hur man inom rättskällorna beskriver, hur det är tänkt att ersättningen ska fungera, dess funktion/syfte liksom att detta kan problematiseras ur ett kunskapsteoretiskt perspektiv. Rättstillämparen bör ha kunskap om vad det är som ersätts med skadeståndsreglerna, på vilka grunder samt förhålla sig till denna kunskap. Jag menar att redan när rättsfrågan ska avgöras, alltså vad det är som ersätts och hur, öppnas det upp för sakfrågor genom rättens språkliga avbildningar av det som ska regleras i ”verkligheten”. Samtidigt är det inte möjligt att på grundval av empirisk kunskap om ersättningssystemets effekter dra slutsatser om hur det bör förhålla sig med dess normativa innehåll.[492] När Ekstedt diskuterar ändamålet med att den skadelidande erhåller ersättning vid ideell skada, nämner han upprättelsen. Han noterar samtidigt att upprättelse är en värderingsfråga, som görs av skadelidande eller av utomstående bedömare.[493]

489 Ibid, s. 195 ff.
490 Wahlberg, 2010, s. 26.
491 Exempelvis vid s.k. dubbel viktimisering, när ett brottsoffer upplever rättsväsendets behandling av dennes upplevelser som en ny skada, utöver själva brottet .
492 von Eyben, 1988, s. 642.
493 Ekstedt, 1977, s. 118.

3.3 Skönsmässiga bedömningar och förhärskande värderingar

Om man ska få kunskap om hur den skönsmässiga bedömningen med dess hänsyn till förhärskande etiska och sociala värderingar fungerar, innebär det att rättssociologiska frågeställningar och rättspluralistiska inslag är relevanta som en följd av att en intern rättsdogmatisk undersökning inte kan ”fånga” dessa aspekter bortom ett formellt tänkande och synen på tillämparen som en ”subsumtionsautomat”.[494] Rättspluralistiska aspekter kan här vara lämpliga för att öka förståelsen om rättsområdet på grund av dess oklara gränser och att dess aspekter sträcker sig utöver det rättsliga. Det behövs dock både ett internt och ett externt perspektiv, även om gränsdragningen är oklar. Exempelvis kan kunskapen om rättens kommunikativa funktion vara användbar för att förstå hur rättsområdet har en betydelse för lagstiftaren att påverka det allmänna rättsmedvetandet; återigen aktualiseras aspekten med ”punative damage” och det skönsmässiga vid bedömningen.[495] Trots denna ”proceduralisering” kring rättsområdet är det interna perspektivet berättigat av den anledningen att rättsområdet kännetecknas av en ökad materialisering, där rätten ges en roll att materiellt bestämma den sociala utvecklingen.[496]

Samtidigt som behovet av empirisk kunskap om den sociala kontext vari ersättningen verkar lyfts fram, har det funnits en skepsis mot att faktiskt undersöka saken. Aspekter som allmänt rättsmedvetande och liknande har uppfattats problematiska, inte bara som undersökningsobjekt, utan även hur fenomenet ska relateras till rättsområdet. Däremot finns det en rad påståenden och antaganden gjorda utan att dessa bygger på tidigare gjorda undersökningar. Exempelvis har det antagits att den skadelidandes rätt till ideell ersättning är särskilt djupt rotad i den allmänna rättsuppfattningen.[497] Frågan visar sig också vara intimt förknippad med problematiken att värdera de ideella skadorna; Friberg skriver ”(p)roblemet med ideella skadestånd är emellertid att det är svårt att säga vad som är ’skadans verkliga belopp’ – ideella, eller icke-ekonomiska skadestånd är per definition ’beloppslösa’ – varför det finns gott om utrymme att gömma sig bakom reparationsinriktade argument som inte kan vederläggas.”[498] Den oklara situationen kan nog också bero på att preventionsfrågan blivit ”hängande i luften” och utgjort en osäkerhetsfaktor för bedömningarna. ”Vilken betydelse rätten har för att prägla moraliska åskådningar i länder av vår typ är synnerligen svårt att empiriskt belägga. Uttalanden härom utgör mer tro än vetande” är ett belysande citat.[499] Dessa citat visar tydligt vilka svårigheter som finns och det

494 Jmf med att Hellner konstaterar att undersökning av praxis och lagregler ger mycket dåligt besked om hur skadeståndsreglerna faktiskt fungerar, Hellner & Radetzki, 2008, s. 59 f.

495 Här bör kanske främst Habermas nämnas, då han framhåller rätten som en kommunikativ etik.

496 Carlsson, 1998, s. 39 ff.

497 SOU 1957:36 s. 43.

498 Friberg, 2010, s. 452.

499 Stjernquist & Widerberg, 1989, s. 20.

har troligen fått konsekvenser för hur jurister och forskare närmat sig rättsområdet. Boaventura de Sousa Santos har, på liknande sätt, intresserat sig för en förskjutning från ”modern vetenskap till postmodern kunskap”. Hans poäng är att, eftersom rätten saknar en egen kunskapsteoretisk och metodologisk grund, påverkas rätten om den moderna positivismen som kunskapsteoretiskt paradigm tappar sin tidigare auktoritet. Resultatet av modernismens prägel på rätten blev att det osäkra, det icke-fysiska, eller som här det icke-ekonomiska utmönstrades som ”common sense” och i den egenskapen något icke-rättsligt. Men nu ser vi åter, enligt Santos, hur rätten och vetenskapen intresserar sig för just sådant som den allmänna rättskänslan men också en tendens mot en relativisering av sanningen, som öppnar upp för en funktionell pragmatism, som alltså tar hänsyn till sociala behov utan underordning av någon ”stor berättelse” av emancipation.[500] Konsekvensen skulle då kunna vara att rätten populariseras eller vulgariseras, när den närmar sig vardagskunskapen, vilket skulle öppna upp för en expansion av ideella ersättningar.

Några som ihärdigt dragit en lans för empiriska studier inom ersättningsrättens område är Roos och Hellner. Roos skrev om behovet av ”ersättningsrättsligt-sociologiska metoder” och nämnde särskilt skador på grund av brott.[501] Idag har fokus på de skadelidandes situation kommit att kombineras med ett mer vitalt rättsstatstänkande. Det gör det tydligare att det är rättskulturen som är den kritiska punkten för de rena ideella ersättningarna. Ersättningarna kan ses som länken mellan djupstrukturens mänskliga fri- och rättigheter via rättskulturnivån, som bestämmer hur skadorna och ersättningarna konstrueras i den konkreta rättsliga diskursen. Att försöka artikulera interaktionen mellan de olika nivåerna och förstå hur föränderlig den rättsliga argumentationen vid konstruerandet av hur ren ideell skada ska ersättas, är en viktig uppgift. Det är också viktigt att lyfta fram ”de normativt värderade” elementen kring rent ideellt skadestånd och betydelsen av den ”systematiserade och begreppsliga ramen” kan inte överskattas för de aktuella skadorna.[502] Att rättsområdet vitaliserats framgår genom de kommentarer, som framförts i den rättsvetenskapliga litteraturen; Kleineman skriver om att ”spröda värden” fått ökad uppmärksamhet och Schultz skriver att ”gnistor uppstår när discipliner möts” apropå att skadeståndsrättsliga begrepp konfronteras med mänskliga fri- och rättigheter eller andra regelkomplex.[503] Eftersom det finns en koppling mellan kränkningsersättningen och europeiseringen av rätten, och då särskilt inkorporeringen av Europakonventionen, kan man jämföra med hur man såg på riskerna med så vaga bestämmelser, som Europakonventionen bygger på. Det ansågs att det var ett problem om konventionen resulterade i ”oväntade resultat utanför de politiska organens kontroll”.[504] På ett liknande vis har den rent ideella ersättningen sagts öppna upp för en alltför rättsskapande roll för dom-

500 Santos, 1995, s. 12 ff, s. 91. Santos använder kartmetaforen för att beskriva hur rätten behöver navigera i detta nya landskap.

501 Roos, 1984, s.

502 Håkan Andersson har ingående diskuterat dessa teman. Andersson, 2003.

503 Kleinemam, 2003, s. 324, Schultz, 2003/04, s. 653.

504 Danelius, 1998, s. 42.

stolarna, då rekvisiten är vaga och resurserna begränsade.[505] Det är här viktigt att här komma ihåg att av tradition ersätts inte ideella skador och huvudargumentet är att det saknas normer eller en måttstock för ersättningsberäkningen.[506] Men den snäva synen på rättstillämparens utrymme inom normgivningsmaktens område har troligen ”mjuknat” efterhand, liksom lagpositivismen släppt sitt grepp om den ideella ersättningen.[507] Nu faller delvis det traditionella argumentet att ersättningar måste neutralisera skadan för att kunna motiveras rättsligt.[508] Detta var också en av orsakerna till att ideell ersättning begränsades, eftersom man inte fullt ut kan återställa exempelvis ett intrång i den personliga sfären. Istället för principen ”full ersättning för liden skada” har symboliska värden, rättvisehänsyn och vikten av upprättelse ökat i betydelse.

Ett motiv för att svensk skadeståndsrätt är begränsad till att utge skadestånd för ekonomisk skada är alltså ”att domstolarna måste ha ett säkert underlag för sina bedömningar, en måttstock som ligger utanför domstolen själv.”[509] Formuleringen är intressant, eftersom man skulle kunna tro att det låg ett värde i att måttstocken återfinns *inom* domstolen, och istället en utomstående måttstock antydde att det var icke-rättsliga faktorer, som vägleder rättstillämpningen. Man menar att ersättning för ideell skada lätt blir en rent subjektiv historia, där både domstolen och den skadelidande är hänvisad till ett osäkert underlag, vilket bland annat gör att normen ”full ersättning för liden skada” svårligen kan realiseras.[510] Samtidigt talar principerna för prövningen av ersättning för kränkning att utgångspunkten är en skönsmässig bedömning baserad på förhärskande etiska och sociala värderingar, vilket rimligen åter placerar måttstocken hos domaren i domstolen.[511] Men kanske inte riktigt, eftersom det är orimligt att tänka sig att domstolen, eller den enskilde domaren, själv rymmer de förhärskande etiska och sociala värderingarna, om det inte är just domarens egen uppfattning som åsyftas, måste denne vända sig mot omvärlden och

505 Ekstedt, 1977, s. 38.

506 Ibid, s. 40. Prop. 1972:5 s. 121. Det har heller inte funnits någon gemensam rättsprincip för de ideella skadestånden och lagstiftningen har vilat på en osäker grund, vilket resulterat i osäkerhet i rättsläget och olika diffusa intressen, jmf Persson, 1995, s. 188. Utifrån ett normperspektiv kan man tolka vad lagstiftaren menar, när denne skriver i förarbetet till skadeståndslagen att det saknas normer vid fastställandet av den ideella ersättningen, utan det får lösas genom en friare prövning. Om normer förstås som omgivningens förväntan på det egna beteendet och/eller som handlingsanvisningar, saknas det något sådant styrande böra vid rättstillämpningen av rätten till ersättning för en ideell skada. Detta betyder helt enkelt att det saknas en måttstock för att i pengar värdera ideella skador tillskillnad från ekonomiska och fysiska skador. Men för att rätten till ideell ersättning skall uppkomma fordras att det finns normer i meningen normativa sociala fakta, imperativ och omgivningens förväntningar på beteendet, som genom kränkningen har skadats, vilket gör kränkningsersättningen intressant ur ett normvetenskapligt perspektiv. Jfr Baier & Svensson, 2009, s. 68 ff.

507 Som exempel härpå kan man ta att det s.k. ”uppenbarhetsrekvisitet” enligt RF 11:14 nu tagits bort efter en längre tids debatt och kritik. Jfr prop. 2009/2010:80.

508 SOU 1973:51, s. 256.

509 Bengtsson & Strömbäck, 2011, s. 221, Ekstedt, 1977, s. 40.

510 Bengtsson & Strömbäck, 2011, s. 221.

511 Ibid, s. 334.

göra en uppskattning om det sociala trycket eller måttstocken.[512] Vad som stödjer den tolkningen är främst att betraktelsesättet enligt förarbeten ska vara objektivt.[513] I den grad domaren i domstolen klarar av att korrekt bedöma sitt eget omdöme i kombination med sin kontext, eftersom de egna uppfattningarna är en del av det samhälle och den kultur som denne verkar i, lyckas man uppbringa en måttstock, som i huvudsak återfinns utanför domaren och domstolen. Om det blir objektivt är osäkert men det blir så objektivt som möjligt, givet att bedömningen ska vara skönsmässig.[514] Man kan här göra en jämförelse med kravet på enhetlig rättstillämpning vid straffmätningen och straffvärdesbestämningen, som innebär att domaren inte får sätta sina egna värderingar till grund för bedömningen.[515] Relationen mellan straff- och skadevärdebedömningar är komplicerad och även om begreppet ”kränkning” återfinns både i BrB 29:1 st 2 och SkL 2:3 är det oklart, om det syftar på samma sak.[516] Eftersom principen om full ersättning för liden skada även gäller för ideella skador, finns det även ett problem med schabloniseringen, eftersom den per definition inte tar hänsyn till den enskildas situation.[517] En schablon har en komplexitetsreducerande effekt, på gott och ont. Återigen ligger således liknelsen med boten nära och det aktuella rättsområdet kan ha fått en motsatt funktion än den konventionella uppfattningen, alltså blivit en tillgång istället för ett problem. Mot bakgrund av att

512 Ett socialt tryck kan definieras som omgivningens förväntningar och utgör ett av normens essentiella attribut. Baier & Svensson, 2009, s. 70.

513 Bengtsson & Strömbäck, 2011, s. 334.

514 Samtidigt har schabloniseringen av ersättningen flera fördelar och lång tradition inom det aktuella ersättningsområdet. “Ersättningen framstår härigenom som mindre godtycklig än som blir fallet om ersättningspraxis är alltför varierande.” Ibid. Jfr NJA 1991 s. 766 om shabloniserad ersättning.

515 Jfr 29 kap. 1 § Brottsbalken (1962:700). Men man förstår utifrån praktiska skäl att mycket talar för att tillämpning av lagtexten medför att bedömningen av brottets straffvärde görs åtminstone delvis utifrån domarens och rättens värderingar givet sin specifika kontext. ”Vid bedömningen av straffvärdet ska beaktas den skada, kränkning eller fara som gärningen inneburit, vad den tilltalade insett eller borde ha insett om detta samt de avsikter eller motiv som han eller hon haft. Det ska särskilt beaktas om gärningen inneburit ett allvarligt angrepp på någons liv eller hälsa eller trygghet till person.” 29 kap. 1 § 2 st. BrB. Straffvärdet uppskattas således genom olika jämförelser (av straffskalor och andra brottsliga gärningar), eftersom någon absolut måttstock saknas.

516 Friberg, 2010, s. 187. Straffmätningen är i regel mer gärningsmannarelaterad, vilket inte passar i en skadeståndsrättslig kontext (bortsätt från jämkningsmöjligheterna), medan straffets värde är mer gärningsorienterad och därmed ligger den närmare skadeståndsfrågor för kränkning genom brott. Därtill har kränkningsersättningen delvis kommit att utvecklas i en vedergällningsartad riktning. Ibid, s. 208.

517 Nilsson, 1990, s. 148. ”I svensk skadeståndsrätt gäller – och bör även i fortsättningen gälla – att den skadelidande skall ha full ersättning för sin skada. Detta innebär dock särskilda problem vid ideell skada, eftersom det inte finns några objektiva grunder för att mäta den förlust som den ideella skadan har medfört för den skadade. Det är därför naturligt att denna ersättning måste bestämmas mer schablonmässigt än när det gäller ekonomiska skador. Att skadestånd bestäms efter standardiserade normer har många fördelar. Det innebär att man kan undvika godtycke och att det blir lättare att avgöra vilket skadeståndsbelopp som skall betalas. Det förenklar regleringen och underlättar frivilliga överenskommelser. Intresset av likabehandling och förutsebarhet talar för att även domstolarna använder sig av sådana schabloner i de fall som prövas där. Som regeringen redan tidigare har konstaterat bör ersättningsschabloner utvecklas i rättstillämpningen och inte slås fast i lag.” Prop. 2000/01: 68, s. 74.

man inom rättsområdet ökar betydelsen av klander och då europeiseringen innebär krav på effektivitet, proportionalitet och avskräckning, får ideell ersättning andra betydelser som rättsligt fenomen.[518] Ett sådant perspektiv aktualiserar Wilhelmssons ”ansvarsrätt” och en mottaglighet för rättens olika normativa nivåer och dess dialektiska rörelser.[519] Om rätten skiljer sig från vardagen genom att vara formaliserat handlande och tänkande, är det en intressant fråga *hur* formaliseringen förändras över tid.[520] Genom att vara uppmärksam på hur de rättsliga texterna eller berätt-elserna om ersättningen förändras, kan man märka olika förskjutningar.[521]

Liknande fenomenologiska ambitioner har fått ökat inflytande på senare tid. Max Weber kan sägas vara den sociolog, som tog ämnet ”ett steg längre”, genom att inte nöja sig med att finna regelbundenheter i mänskliga handlingar utan också vilja förstå dess meningsinnehåll (förståelsesociologi). Även de värden, som ligger till grund för de ifrågavarande formerna för handling, intresserar honom. Därför kan man säga att han intresserar sig för en form av ”normvetenskap”, då han försöker beskriva förväntat beteende. Det finns även kopplingar mellan Weber och Harts teori, som kommer att beskrivas längre fram.[522] Eftersom problemen med att fastställa ideellt skadestånd i mångt och mycket kretsar kring ontologiska frågor om vår möjlighet att utifrån rättens krav definiera något icke-materiellt i pengar, blir frågor om den sociala konstruktionen av verkligheten relevant, där alltså flera uppfattningar kan samverka.[523] En liknande pluralistisk situation kan sägas gälla för ideellt skadestånd. Trots de teoretiska och praktiska svårigheterna, som denna ersättning erbjuder, har den fått en allt viktigare roll. Det kan därför förefalla som rätten lyckas

518 Prop. 2002/03:68, s. 158.

519 Wilhelmsson, 2001, Tuori, 1997, s. 67, Eriksson, 1999, s. 6 ff, Dalberg-Larsen, 1998, s. 107.

520 Giddens, 1993, s. 79 ff.

521 Berättaren uppenbarar sig i det berättade, Luhmann, 1998, s. 34. Eller att texten talar till oss genom sitt talande, Giddens, 1993, s. 29 ff.

522 Coleman, 2001, s.105.

523 Berger & Luckmann, 1998, s. 12. Foucaults begrepp ”episteme” är ett relevant begrepp av betydelse för frågan om vad som räknas som ”valid kunskap” inom ramen för den rådande kunskapssfären. Eftersom det verkar som om någonting har hänt, när det gäller betydelsen av det aktuella rättsområdet, är det intressant att notera hur Foucault ändrade uppfattning om episteme – från att det bara kunde finnas en valid kunskap till att det istället fanns kunskap på flera nivåer. Barker, 1998, s. 91 ff.

hålla sig med flera konkurrerande rationaliteter.[524] Ideellt skadestånd skulle kunna sägas representera en form av topologisk avbildning, som det positivistiska rättssystemet skapar utifrån omvärldens reaktioner och förväntningar på att ideella skador beaktas rättsligt.[525] Luhmann menar också att rätten kontinuerligt måste anpassa sig till samhällets utveckling.[526] Men, som det visat sig, uppstår det komplikationer, när den formella rättens systemkrav inte kan tillgodoses, när den hanterar de ideella ersättningarna. En i sammanhanget relevant aspekt, som Luhmann också har lyft fram, är kommunikationen, som producerar en skillnad mellan system och omgivning; kommunikationen opererar genom att referera tillbaka till sig själv, det vill säga sina egna, i detta fall skadeståndsrättsliga definitioner och distinktioner. Det betyder att, om man antar ett brottsofferperspektiv, rättstillämparen som en slags observatör av utifrån sina specifika rättsliga dikotomier och begrepp, måste observeras utifrån hur de gör sina distinktioner för observationer är operationer, vilket gör det lätt att den verklighet, som brottsoffret upplevt, faller bort och förblir okommenterad av observatören. Den här betydelsen är relevant, eftersom dessa ersättningar kan sägas präglas av ”kontingens”, som ger upphov till flera möjliga och komplexa tolkningar.

3.4 Om Harts betydelse

Ett av rättsområdets utmärkande drag är att det råder konflikter mellan olika normer. Det är ett val mellan grått och grått. Argumenten kan bara föras till en viss gräns, sedan blir det orimligt.[527] Jag ska i detta avsnitt fördjupa förståelsen av de relevanta

524 En klassisk rättssociologisk fråga är den om rättens självproduktion, då rättssystemet har en egen autonomi, samtidigt som det har en förmåga att anpassa sig till samhällets krav på effektiva strukturer (d.v.s. effektiva ersättningssystem för ideella skador), se Torpman, 2002, s. 10 ff. Torpman menar ”det rena rättslärandet” är rättsinterna kunskapsprocesser, som medför att rätten kan förhålla sig selektiv till sanningen för att kunna uppnå svar utifrån en viss förändring i rätten. Denna rättsinterna process är enligt honom utmärkande för rättspositivismen, då denna genom toppologiska avbildningar av verkligheten kan hitta på nya fiktioner som exempelvis juridiska personer. Ibid, s. 124 ff. Att ”sanningen” inom systemet är något annat än vad den är i ”övrigt”, är något som särskilt Luhmann har intresserat sig för, vilket kommer att beröras längre fram. Observationen av observationen talar om vad som är sant av allt, som kan vara sant. Sanningen transformeras därigenom i systemet till en sanning, som inte behöver bekymra sig om vad som i övrigt kan vara sant: det finns exempelvis inget annat mått på pengars värde än centralbankens definition – det finns inget absolut mått. (guldmyntfoten är som bekant avskaffad). Det rättsliga systemet fungerar på ett liknande sätt enligt Luhmann.

525 Torpman, 2002, s. 140 f.

526 Se Hydén om Luhmann, Hydén, 2002, s. 151.

527 Det finns alltid motargument och skadeståndsrätten befinner sig i en motstridig (grå) situation, där olika perspektiv får samverka. Wilhelmsson, 2001, s. 201 ff.

delarna av Harts teori och varför han är intressant inom rättssociologin i allmänhet men främst hans relation till det aktuella rättsområdet och enkätstudien.[528]

Ett av rättsfilosofins kardinalproblem rör den om den rättsliga validiteten. Det traditionella rättspositivistiska svaret är att rättsregler är suveränens befallningar.[529] Eftersom Hart är en rättspositivistisk representant, accepterar han skiljelinjen mellan vad som är rättslig respektive moralisk validitet, de båda bör hållas isär, men för Hart existerar en rättsregel i en ”kommunitet” och den existerar om den accepteras av kommunitetens medlemmar.[530] För Hart leder frågan vad rätten är relativt omgående över i frågan om vad som är regelstyrt beteende inom en viss grupp. Hur många som behöver acceptera en regel för att den ska gälla är dock ett vaghetsproblem. Här finns en påverkan från Wittgenstein och dennes uppfattning att all kunskap är beroende av ett gemensamt språk och att språk är en fråga om att tillägna sig ett regelstyrt beteende.[531] Hart intresserar sig således för vad rättens ”funktionärer” från den så kallade inre ståndpunkten erkänner, vilket bildar hans ”igenkänningsregel”, som enligt Hart är ett sociologiskt faktum. Hart intresserar sig för vilka regler som faktiskt tillämpas socialt och hur dessa förhåller sig till närliggande koncept som vanor, moral och etikett. Hans tema utgörs av att undersöka vad *meningsfullt* beteende innebär i olika bemärkelser.[532] Då Hart anknyter till regelintresset hos den senare Wittgenstein, blir det centralt för honom att förstå ett visst socialt beteende genom att förstå, vilka regler som gäller och särskilt de regler, som de aktuella aktörerna *själva* anser sig följa. Vad detta konkret betyder för mitt ämne och min empiri kommer jag att återkomma till i kapitel 6.

Likheten emellan Hart och Kelsen är deras försök att finna en ”grundnorm” som ett övergripande giltighetsbegrepp för rätten och att de både stödjer sig på den rättspositivistiska åtskillnadstesen mellan rätten och moralen.[533] Medan Kelsen är strikt analytisk i sin användning av grundnormsbegreppet som teoretisk fiktion, är Hart empirisk och talar om betydelsen av ”the rule of recognition, igenkänningsregeln

528 Det som är utmärkande för rätten som samhälleligt normsystem är delvis uppdelningen i normer för handlingar och vad som kan kallas ”normer för normer” eller hanteringsnormer, vilket är relevant ur ett rättssociologiskt perspektiv med intresse för normer. Baier & Svensson, 2009, s. 75. En substantiell del av rättssociologisk forskning har under de senaste 10 åren i Lund bedrivits med fokus på normer (normforskning).

529 Jfr Raz, 1980, s. 5.

530 Hart, 1997, s. 8 f.

531 Nordin, 2011, s. 435.

532 Asplund, 1970, s. 81. Weber såg sociologins grund i att förstå meningen i ett socialt handlande och därigenom klargöra orsakerna till dess förlopp och verkningar. Weber, 1983, s. 3.

533 Alexy skiljer mellan den analytiska och den normativa sidan av åtskillnadstesen; den analytiska menar att det inte finns något begreppsligt nödvändigt samband mellan rätt och moral, medan det normativa argumentet fokuserar på att det inte är nödvändigt att inkludera moraliska argument i rättsbegreppet för att detta ska kunna karakteriseras på ett visst sätt. Alexy, 2005, s. 39. Eller som Lars D Eriksson krasst uttrycker saken; “rättspositivismen eftersträvar en från moralen rensad rätt”. Eriksson, 1995, s. 97. Mauro Zamboni har utvecklat tre olika modeller för att beskriva hur rätten och politiken kan förhålla sig till varandra. Han placerar Hart i ”Either law or politics. The autonomous model”, Zamboni, 2004, s. 27 ff. Peczenik skriver kort att rättspositivisterna avvisar ”tanken på att rättsreglernas giltighet och bindande kraft är beroende av sambandet med några etiska eller andra utomrättsliga normer.” Peczenik, 1995, s. 110.

eller erkännanderegeln, vilka är sociala regler, som ytterst pekar ut sociala fakta.[534] Igenkänningsregeln ”existerar bara som en komplex men vanligtvis samstämmig praxis, som domstolar, tjänstemän och privatpersoner följer, när de identifierar rätten med avseende på specifika kriterier. Dess existens är ett faktum.”[535] Enligt min mening är Hart av större rättssociologiskt intresse än Kelsen, eftersom Hart i motsats till Kelsen förmår att laborera med både ett vertikalt och horisontellt perspektiv på rätten. Åström beskriver skillnaden:

> Till skillnad från Kelsen, vars giltighetsgrund bygger på en logisk konstruktion, söker Hart förklaringar till rättens giltighet i andra förhållanden än de internt rättsliga – förklaringar i den iakttagbara verkligheten, vilka inte kan formuleras i logik utan i termer av orsak och verkan. Regler är giltiga emedan de har en viss orsak och leder till vissa effekter i praktiken. (…) den horisontella dimensionen, i Harts teori, förklarar och bildar grunden för den vertikala, medan Kelsen försökte ange rättens giltighet inom ramen för rättssystemet självt. Han lämnade inte det vertikala perspektivet.[536]

Den viktiga skillnaden mellan Kelsen och Hart har Håkan Gustafsson beskrivit som ”(w)hile the Kelsenian basic norm is an epistemological device that serves a cognitive function, Hart’s conception is the reverse: Hart’s ‘rule of recognition’ is a cognitive device that serves a (potential) epistemological function.”[537] Det betyder att Hart möjliggör för att användas i mer empirinära analyser för att därmed ge kunskapsmässiga insikter inom det aktuella området. Därför kommer Hart, och den analytiska traditionen han ingår i, även att återkomma i det avslutande analyskapitlet när det empiriska resultatet redovisats.

3.4.1 Normer om normer

Vidare är igenkänningsregeln historiskt kontingent och eftersom Harts rättspositivism är ”mjuk” kan kriteriet för den gällande rätten innehålla ett krav på överensstämmelse med exempelvis allmän moraluppfattning i samhället.[538] Harts främsta bidrag är att han skiktar rättsreglerna i de primära, som främst rör påbud och förbud eller ”rules of behaviour”, och de sekundära, som specificerar kriterierna för rättslig giltighet och reglerar användningen av de primära reglerna.[539] Den främsta av de sekundära reglerna är den så kallade *igenkänningsregeln* (the rule of recognition), genom vilken det avgörs, vilka normer som tillhör respektive inte tillhör ett visst rättssystem. Hart har presenterat en rättssociologiskt intressant beskrivning av

534 Cotterrell skriver att ”Rules are, it seems, therefore, understood by Hart only in terms of their social functions or potential social effects.” Cotterell, 1989, s. 95.
535 Alexy, 2005, s. 37.
536 Åström, 1988, s. 34.
537 Gustafsson 2010, p. 325 f.
538 Bindreiter & Edvinsson, 2006, s. 122.
539 Jämför man med Ehrlich ser han straffrätten som ”second rank”, som indirekt upprätthåller stabilitet och social sammanhållning i samhället. Ehrlich, 1962, s. 154.

”metanormer” (normer om normer), som går att använda vid en analys, där både rättsliga och sociologiska aspekter är viktiga.[540] Igenkänningsregeln är därför att likna vid en potent metanorm och enligt Hart är dess existens och auktoritet en empirisk fråga om sociologiska fakta. [541] Betydelsen av metanormer visar på att man inte enbart kan fokusera på den formella sidan hos rätten, utan också att det också finns andra faktorer som är av betydelse för vad som utgör gällande rätt.[542]

I sitt förord till “The concept of Law” skriver också Hart att ”the book may also be regarded as an essay in descriptive sociology.”[543] Harts teori ligger alltså nära den rättssociologiska beskrivningen av rätten genom att den ser rätten som en social praktik kretsande kring användandet och accepterandet av sociala regler, vars existens ytterst är en empirisk fråga. Hart var påverkad av Webers arbeten, vilket får Reza Banakar att undra om Hart ville poängtera att det var hans sociologi, som rättsteorin behövde och inte Roscoe Pounds?[544] Det empiriska och sociologiska perspektivet på rätten går även tillbaka till den ”analytical jurisprudence”, som Austin och Bentham representerade, i kontrast till rättslig formalism och konceptualism. Hart kom istället att utveckla det analytiska och empiriska inslaget inom rättsvetenskapen genom att han förde in den samtida vardagsspråksfilosofin, som Wittgenstein utvecklat och intresserade sig för språkets funktioner och dess interaktion med den sociala kontexten.[545] Betydelsen av denna inkorporering kan inte överskattas för Harts teori, eftersom den alltså öppnar rättsvetenskapen gentemot den lingvistiska kunskapen om betydelse av sådana ting som ”vardagslivets diskurs” och språkets performativitet men också dess porösitet och öppna väv.[546] Hart öppnar också upp för en ”ny” form av empirism, som intresserar sig för ”the reality of the linguistic practices of people living within a legal system and orienting their conduct and expectations in relation to it” och dels för att han betonande domarens fria skön på grund av de val, som språkets vaghet öppnar upp för.[547] Betydelsen av ”porösa begrepp” i Harts beskrivning av betydelsen hos domarens skön bör läsas tillsammans med den senare Wittgenstein. I ”Filosofiska undersökningar” från 1953 utvecklar Wittgenstein tanken att det inte finns någon yttre norm för språket och begreppsbildningar att mots-

540 Baier & Svensson, 2009, s. 75.

541 Att de är metanormer betyder att intresset är inriktat på hur aktörer förhåller sig till det normativa och själva reproducerar det. ”They are meta-norms (norms about norms) because the expression ’decide’ implies that the person or persons designated by the norm of competence have the power to make directives or rules (i.e. norms).” Eckhoff, 1974, s. 119.

542 Palmer Olsen, 2011, s. 184, Shapiro, 2001, s. 149.

543 Hart, 1997, s. vi.

544 Banakar, 2006, s. 100. Harts betoning av “the internal aspect of rules” utgår troligen inte endast från vardsspråksfilosofin utan också från Weber. Lacey, 2004, s. 230.

545 Cotterrell, 1989, s. 89. Jfr Harris, 1997, s. 94.

546 Cotterrell, 1989, s. 90. Jfr ”The Concept of Law comes close to many to the concerns of postmodernism in the attention it pays to pragmatics, the vagaries of conventional mening, and the phenomenological practies of law.” Banakar & Treves, 2002, s. 279. Att Hart i sin beskrivning av rätten och dess beroende av språket öppnade upp för domarens skön och rättspolitiska överväganden, var något som Dworkin senare reagerade på och kraftigt kritiserade i sin bok ”Taking Rights Seriously” från 1978. Jfr Simmonds, 2008, s. 103 ff.

547 Ibid, s. 91.

vara och enligt vilken de ska bedömas. Begrepp kan tillämpas meningsfullt endast under omständigheter av vissa slag; inom ramen för en mer omfattande (rätts)praxis följer dess mening. Wittgenstein är relevant för rättsvetenskapen och en normintresserad rättssociologi, eftersom han belyser att det gäller att förstå de regler, som styr de uttryck, som används och att regler är regler för representationen av verkligheten, i syntaxen så att säga.[548] Det intressanta området finns där det saknas fastställda regler för hur en rättsfråga ska lösas, när en konflikt eller ett meningsutbyte föreligger. Genom att studera användningen kan förståelse nås om de strukturer, som formar handlingsprocedurer och praxisaspekter.[549]

Det kan förefalla märkligt att det är den analytiska vardagsspråksfilosofin, med Austin och Wittgenstein i spetsen, som medför ett närmande till empirin och vad Hart kallar för ”deskriptiv sociologi”.[550] I direkt anslutning i förordet där Hart skriver att hans bok också kan betraktas som en studie i beskrivande sociologi, nämner han J. L. Austin och dennes bidrag till att rikta uppmärksamheten på att förståelsen av språkliga uttryck är beroende av den sociala kontexten. I själva verket finns en uppfattning att om Hart skulle dra de fullständiga konsekvenserna av Wittgenstein så skulle det ha medfört ett så starkt betonande av rättens kontextberoende som skulle resulterat i en sammanblandning med humanistiska och samhällsvetenskapliga perspektiv på rätten.[551] Austins bidrag till förståelsen att olika performativa yttranden och talhandlingar, genom betonandet av att fälla ett yttrande innebär att utföra en handling med olika konsekvenser beroende på talsituationen, har bland annat vidareutvecklats av Judith Butler och fått stort inflytande inom samhällsvetenskapen. Inom rättssociologin finns det också en intressetradition av att tolka olika språk- och teckensystems innebörd och användning som en del av en vidare normanalys.[552]

Utöver de ovan nämnda aspekterna problematiserade Hart även ingående betydelsen av huruvida man var en ”outsider”, som intog ett externt perspektiv på rätten eller en ”insider”, som intog ett internt perspektiv. Som i ett led att göra ”a fresh start” och utveckla rättsteorin, betonar Hart värdet av en hermeneutisk förståelse, där de båda perspektiven återfinns. Cotterrell skriver att ”Hart’s theory is most interesting and praiseworthy, indeed, for the balancing act it tries to sustain: the insistence that legal theory must be simultaneously ’inside’ and ’outside’ the law as a system of

548 Inom svensk skadeståndsrätt har bland annat Håkan Andersson nyttjat Wittgensteins begrepp som ”språkspel” med mera vid rättsfallsanalyser på ett intressant sätt. Dag Victor har beskrivit förhållandet mellan rättssystem och språksystem relativt ingående men även rättens parasitism på andra kunskapssystem. Victor, 1977, s. 250 ff. Kaarle Makkonen var en av de, som tidigt introducerade Wittgensteins språkfilosofiska teorier i den nordiska rättsvetenskapen om tolkningen och det fria skönets betydelse vid rättsliga avgöranden.

549 Exempelvis har Giddens och Gadamer påverkats av Wittgensteins praxisinsikter, Anderssen & Kaspersen, 2008, s. 327, 480. Se kapitel 6 om betydelsen av praxisbegreppet.

550 Lacey, 2004, s. 225.

551 Ibid, s. 219.

552 Baier, 2003, s. 54 f., Baier & Svensson, 2008, s. 33 ff, Larsson, 2011, s. 51 ff.

ideas."[553] Inom etnografiskt inspirerad rättssociologi har man infört en liknande distinktion utifrån en "schemateori", där socialt handlande relateras till tre modeller för hur personer förhåller sig till rätten som socialt fenomen. "Before the law" motsvarar upplevelsen av rätten, innan den drabbar en person. "With the law" motsvarar, när en person relaterar sig till den rättsliga processen och därmed använder dess resurser men även förändrar dem. Slutligen motsvarar "against the law" den ståndpunkt, som intas av någon, som står i opposition till rätten men därmed även en medveten positionering och anspråksställande. Poängen är att samspelat mellan de olika ståndpunkterna gör rätten till en dynamisk social process, där aktörerna ständigt omformar dess innehåll och dess gränser.[554]

Med hjälp av Harts teori kan normerna för hur rätten till kränkningsersättning bedöms av rättens funktionärer förhållas både till ersättningen som sådan, enligt de primära reglerna, samt de vaga bedömningsgrunder, som ersättningstypen öppnar upp för. Sammantaget är igenkänningsregeln, som lägger grunden för all gällande rätt enligt Hart, en empirisk fråga, vars innehåll förändras över tid, vilket innebär att Hart bryter upp fundamentala distinktioner vid identifieringen av gällande rätt. Genom att laborera med metaregler (regler om regler) kan ramarna för rättsligt tänkande rekonstrueras.[555] Om den rättsliga utformningen medför allt för vaga bedömningsgrunder, kan rättsområdet bli svårtillämpat givet den rättskällelära som råder.[556] Den språkliga utformningen av hur ersättningen skall bedömas och hur den ska ersätta kränkningen, öppnar upp för ett betydande gränsområde av osäkerhet runt regeln (jämför med "the open texture of law"), vilket med en lätt organisk metafor, stressar rättssystemet till den grad att ersättningen riskerar att stötas ur systemet.[557]

---

553 Cotterrell, 1989, s. 103. Om den dominerande delen av rättsvetenskapen har svårt att leva upp till detta krav på att även vara "outside" gentemot rätten som studieobjekt, har ofta rättssociologisk forskning i liknande utsträckning varit för lite "inside" enligt min mening.

554 Ewick & Silbey, 1998, s. 47 ff. Hart beskriver ingående skillnaden mellan "to *feel* obliged and to have an obligation" och relaterar detta till skillnaden mellan "the 'internal' and 'external' aspect of rules". Hart, 1997, s. 88 f.

555 Henrik Palmer Olsen beskriver Harts "rule of recognition" som en "identifikationsregel", som bäst beskrivs "som en metaregel, alltså som en regel om regler." Palmer Olsen, 2011, s. 184.

556 "Fri" rättstillämpning har generellt sett inte varit normen i vårt land, vilket skildrats åtskilliga gånger ur olika perspektiv.

557 Hart, 1997, s. 124 ff. Jfr Wacks, 2009, s. 108 om hur Hart uppfattar utrymmet för domarens fria skön enligt hans teori. Ju mer oreglerat och oklart rättsområdet och regleringen är, desto större blir domarens roll att skapa rätt. Men Hart avvisar den extrema regelskepticismen hos de amerikanska realisterna. Ibid. Se även Peczenik, 1986, s. 163. Rättsordningens vaghet eller "open texture" beror både på språkets och tolkningens betydelse för rättsliga begrepp och beslut samt rättens funktioner, där skönsmässiga beslut är oundvikliga. Hart kan därför i sin förlängning i denna punkt relateras till poststrukturalismen och dess lärdom att textens enhet är en chimär. Språket är enligt Derrida till sin natur polysemiskt med flera stämmor och möjliga tolkning på grund av dess olika sprickor och inte logocentrikt, vilket omöjliggör en rättslig eller vetenskaplig slutenhet. Jämför med Torstein Eckhoff, som i sin bok om rättskälleläran, behandlar språkets vaghet och flertydighet men även olika variationer inom språkbruket mellan människor och förändringar över tid. Eckhoff, 1987, s. 48 ff. Betydelsen av avvägning och samordning av olika argument och tolkningar blir särskilt intressant vid generella bestämmelser, som den som reglerar kränkningsersättningen. Ibid, s. 21 ff. Om betydelsen av skönsmässiga ställningstaganden inom civilrätten, se Norlén, 2004, s. 78 ff.

En tolkning av Harts teori ger att primära regler endast kan göras gällande om igenkänningsregeln accepterar de primära reglerna av rättens funktionärer eller förvaltare utifrån sina kriterier. Sedan är frågan om allmänheten accepterar ”utfallet”, eftersom rättssystemet som sådant måste vara effektivt för att vara gällande och de primära reglerna i sin tur beror på ett komplext samspel med den sociala omgivningen.[558] Den rättsteori som Hart har presenterat möjliggör därför att en rättssociologisk undersökning av detta ”utfall” (här Brottsoffermyndighetens praxis) förhåller sig till de berörda parternas upplevelser och till den gällande rätten givet igenkänningsregeln. Centralt är att Hart, trots att han är rättspositivist, tar fasta på den sociala betydelsen av regler.[559] Hart är därutöver intresserad av hur personer från den inre ståndpunkten förhåller sig till regler. Igenkänningsregeln kan ses som en konvention, vilken bygger på en social praktik, som förutsätter acceptans och ”pressure for conformity.”[560] Den är också öppen för formellt icke-rättsliga aspekter som ”moral principles or substantive values” och fortsätter Hart: ”(T)he rule of recognition may supply tests relating not to the factual content of laws but to their conformity with substantive moral values or principles.”[561] Hart ger följande beskrivning av igenkänningsregeln; ”(a)s a public, common standard of correct judical decision…”[562] För Hart utgör rättens särart ”the union of primary and secondary rules” och skillnaden mellan att vara tvingad och ha en skyldighet till något.[563] Den sistnämnda distinktionen rör också skillnaden mellan den yttre aspekten som regelmässigt beteende och den inre aspekten, som rör regler. Medan rätten som befallning kan ge upphov till regelmässigt beteende, som kan studeras ”utifrån” empiriskt som en fråga om effektivitet, är det en utmaning att nå förståelse om reglers inre aspekt, som utgör skäl och inte orsak för handlandet. Hart visar på handlingsspråket och att regler, till skillnad från befallningar, kan tillämpas felaktigt, liksom på den inre aspekten som rör personers relation till sociala regler. Därför lyfter Hart fram betydelsen av det mellanmänskliga sociala trycket för att regler ska vara verksamma och ge upphov till skyldigheter. För Hart är det den interna dimensionen på regler, som är intressant och inte blott regelmässigheten i det observerbara handlandet, eftersom det är den interna dimensionen som formar samhällslivet: ”These are the officials, lawyers, or private persons who use them, in one situation after another, as guides to the conduct of social life, as the basis for claims, demands, admissions, criticism, or punishment, viz., in all the familiar transactions of life according to rules. For them the violation of a rule is not merely a basis for the prediction that a hostile reaction will follow but a *reason* for hostility.”[564]

558 Hart, 1961/1997, s. 103 f.

559 ”The *social* dimension of rules, namely the manner in which members of a society *perceive* the rule in question, their *attitude* towards it.” Wacks, 2009, s. 101.

560 Hart, 1997, s. 255. Wacks, 2009, s. 100.

561 Hart, 1997, s. 250. Ibid, s. 258. Peczenik skriver att igenkänningsregeln kan innefatta många olika rättskällenormer och ”giltighetstester”. Peczenik, 1995, s. 125.

562 Hart, 1997, s. 116.

563 Ibid, s. 82.

564 Ibid, s. 90.

Det sociala trycket medför att de primära reglerna verkar, inte bara som empiriskt konstaterbart orsak för regelmässighet, utan även från den inre synvinkeln som skäl för att följa reglerna men också som kritik och för att rättfärdiga konformitet. Men alla regler som stöds av ett socialt tryck utgör inte relevanta regler ur ett rättsligt perspektiv, utan ytterst är det igenkänningsregeln, som definierar de giltiga primära reglerna. Här är det viktigt att notera Harts syn på rättens funktionärer; det är inte frågan om en mekanisk lydnad utan något som liknar en "…critical character which is involved whenever social rules are accepted and types of conduct are treated as genereal standards."[565] Det betyder att Hart genom igenkänningsregeln även lyfter fram rättsfunktionärernas interna synvinkel och relation till reglerna, där det slutgiltiga utfallet är en öppen faktafråga. Genom hans användning av igenkänningsregeln tas den sociala dimensionen som intäkt för det interna perspektivet. Därför är det inte endast frågan om någon extern evaluering av rättstillämpningens utfall, utan ett mer sammanhängande resonemang av vad som konstituerar gällande rätt, givet den sociala dimensionen av rätten, då igenkänningsregeln är endast gällande, om den är accepterad av rättens funktionärer. Hart skriver om igenkänningsregeln från den interna synvinkeln "as a public, common standard of correct juridical decision, and not as something which each judge merely obeys for his part only. Individual courts of the system though they may, on occasion, deviate from these rules must, in general, be critically concerned with such deviations as lapses from standards, which are essentially common or public."[566] Hart har i sitt postscript förtydligat att det är en skillnad mellan "conventions" och "concurrent practice", där de förra "involves acceptance which is dependent upon its acceptance by *others*. In this sense, the rule of recognition is conventional. On the other hand, 'the shared morality of a group' consists in a 'consensus of independent convictions manifested in the concurrent practices of the group."[567] Här är det viktigt att minnas att enligt Hart "läcker" igenkänningsregeln in sociala och andra mer icke-rättsliga aspekter men igenkänningsregeln ser olika ut i olika rättsordningar. Det betyder att även om rättskällan anger att rättstillämparen i sin rättstillämpning ska beakta de informella sociala normerna, beror det på igenkänningsregelns tillämpning, beroende på exempelvis kollisionsregler, om så sker, vilket ytterst är en empirisk fråga om tillämpningen.

Vad som, sammanfattningsvis, ger Harts beskrivning av den interna relationen till reglerna dess teoretiska djup och empiriska relevans, är alltså främst hans koppling till den analytiska vardagsspråksfilosofin.[568] Därifrån är inte steget långt till att bjuda in empirisk kunskap om rättsmedvetandet eller den vedertagna användningen och förståelsen av olika begrepp.[569] Men den sidan hos Hart ska inte förväxlas med en rättsrealistisk som gör halt vid det förväntade och saknar den normativa dimensionen som följer från den interna synvinkeln hos de som förhåller sig till, eller "gjort",

565 Ibid, s. 115.
566 Hart, 1961/1997, s. 116.
567 Ibid, s. 255. Jfr Wacks, 2009, s. 102.
568 Raz, 2001, s. 4 ff.
569 Stravropoulos, 2001, s. 69 ff.

reglerna till sina egna.[570] Harts rättssociologiska och rättsvetenskapliga relevans har således ett flertal ingångar och aspekter som är relaterade till varandra.[571] I nästa avsnitt kommer några olika teman att beskrivas något närmare samtidigt som Hart relateras till en rad olika författare.

3.4.2 Hart ur ett fördjupat rättssociologiskt perspektiv

Luhmann har gjort en intressant koppling mellan Harts användning av igenkänningsregeln och sin egen användning av begreppet ”autopoiesis”. Luhmann skriver följande efter sin genomgång av Harts teori apropå rättssystemets operativa slutenhet:

> It is this point precisely that is the target of the concept of autopoiesis. What we are talking about here are the internally connected operations of the system, which could be called 'practices of recognition', and even when the system externalizes reasons of validity such an externalization would still remain an internal operation of the system.[572]

Vad som är intressant med Harts teori är att, givet hans beskrivning, det ständigt pågår förskjutningar och förhandlingar kring gränserna för gällande rätt inom rätten, vilket lyfter fram den rättsliga professionen och hur rättsliga och icke-rättsliga normer samverkar, som i förläggningen medför att rättsordningen inte kan identifieras med staten, som i fallet med Kelsen. Den här aspekten kan sägas röra betydelsen av metanormer, som Luhmann berör, när han beskriver ”the oprative closure of the legal system:”

> Even if the concept of sources of law is still used by lawyers, in legal theory is has long since been overtaken by instruments, which could be called the resolution of paradoxes (or unfolding of tautologies), with the tendency to externalize references. Following developments in logic and linguistics, this is the launch of a meta-level at which rules regulate the validity of rules. Kelsen's 'Grundnorm' (basic norm) offers a theory of this kind; Hart's 'secondary rule of recognition' is another.[573]

Luhmanns teori om ”the autopoietic character” hos rätten genom att den är reflexiv, ”self-referential and self-regulatory” liknar således Hart's concept of second-

570 Hart, 1983, s. 168.

571 Galligan, 2007, s. 7 ff, MacCormick, 2007, s. 65 f.

572 Luhmann, 2004, s. 130. Denna beskrivning fångar även in själva grunden av vad rättssociologi handlar om. Enligt Mathieu Deflems: ”Expressed in such conceptual distinctions as between intuitive law and officially positive law, juristic law and living law, official and unofficial law, and law in the books and law in action, what the sociology of law most typically seeks to reval are the discrepancies that exist between the stated objectives and selfunderstanding of law and the reality of law in terms of its orgins, course, and impact at he social level.” Deflems, 2008, s. 276.

573 Luhmann, 2004, s. 125.

ary rules.[574] Luhmann ser dock rätten som ett slutet system till skillnad från Hart. Luhmann skriver: ”Only law possesses the secondary rules, which have been the subject of much discussion ever since Hart. Only law can doubt itself lawfully.”[575]

Kränkningsersättningen är ett passande exempel på den vaghet som finns hos rätten och som Hart lyfter fram genom sin ”mjuka” rättspositivism. Betydelsen av avvägning mellan olika anspråk följer av ”rättens öppna vävnad”, som Hart kallar rättens vaghet, vilket gör skönsmässiga beslut ofrånkomliga på grund av språket och rättstillämpningens beroende av kompromisser.[576] Hart tar avstånd från en verklighetsbild, som han kallar ”’mechanical jurisprudence’”, därför att den inte är verklighetsförankrad.[577] Som vi sett är tanken att kränkningsersättningen ska spegla omgivningens förväntningar. Det finns troligen ingen möjlighet att värdera den rent ideella skadan på ett helt neutralt och objektivt sätt. Enligt Hart är förståelsen av regler nära sammankopplad med deras sociala funktioner och potentiella sociala effekter.[578] Kring kränkningsersättningen råder även en betydande gråzon, som är vanlig vid svåra fall. I dessa fall aktualiseras rättstillämparens skönsmässiga bedömning, precis som lagstiftaren gjort avseende bedömningen av kränkningsersättningen. Enligt Hart är detta en ofrånkomlig del av rättstillämpningen.[579] Harts ståndpunkt kritiserades av Dworkin, eftersom den snarare ger bilden av ”the Rule of Men” istället för ”the Rule of Law, åtminstone vid de svåra fallen, men rättsprinciperna begränsar utrymmet för skönsmässiga bedömningar.[580] ”Futhermore, such principles are regarded as ’legal’, in part, because of their substantive moral and political content. They are not treated as parts of the law merely by vitue of some master test, such as Hart´s rule of recognition. There is, in consequense, no line to be drawn (as the positivists sopposed) between law and morality.”[581] Orsaken till Dworkins ståndpunkt är hans uppfattning att om principer inte tillhör gällande rätt, medför det att vid svåra fall, exempelvis vid skönsmässiga bedömningar, så har parterna inte någon rättighet att få avgjort fallet på ett visst sätt.[582]

Vad Dworkins kritik i korthet betyder i relation till kränkningsersättningen är att givet skönsmässiga beslut och Harts beskrivning av språkets “öppna vävnad” kan inte ett brottsoffer göra gällande att ha en rättighet till en viss kränkningsersättning. Även om rätten till brottsoffrens kränkningsersättning är en rättsregel, behövs principer

574 Luhmann tar vidare fasta på den cirkulära rörelsen hos den ”second-order observation” han beskriver och på liknande viss rör sig Hart i cirklar när ”the officials” följer av ”the rules of adjudication” som följer av ”the rule of recognition” som ger ”the rules of adjudication”. Hart har även skrivit om ”Self-Referring Laws”, Hart, 1983, s. 170 ff. Jfr Teubner, 2006, s. 45. ”Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter” i *Paradoxes and Inconsistencies in the Law,* ibid.

575 Luhmann, 2004, s. 208.

576 Hart, 1997, s. 124 ff. Peczenik, 1995, s. 128.

577 Hart, 1997, s. 128.

578 Cotterrell, 1989, s. 95.

579 Hart, 1997, s. 141 ff.

580 Dahlman, 2007, s. 128.

581 Harris, 1997, s. 189.

582 Peczenik, 1988, s. 170 ff. Simmonds, 2008, s. 104 ff. Harris, 1997, s. 189.

för att rättstillämparens beslut ska vara följdriktiga. Genom Harts fokus på rättens funktionärer uppstår dock en viss paradox, som samtidigt sätter fingret på en intressant aspekt hos kränkningsersättningen, när rätten tillämpas enligt Harts teori: ”They must identify themselvs as bearers of the law before they have recognised the law itself. They can only recognise themselves as officials of the law if the law is in place. Yet the law cannot be in place without officials to perform the act of recognition.”[583] Hart skulle kunna svara Dworkin att frågan om rättstillämparen får använda sig av rättsprinciper eller inte följer av igenkänningsregeln; det är en fråga med öppet svar. Här kan också Harts uppfattning att rätten måste skydda respekten för liv, frihet och egendom (jämför ”the minimum content of natural law”) nämnas, som alltså stödjer rätten till kränkningsersättning.[584] Det är inte givet att Dworkins kritik av Harts fokusering på regler och deras härkomst, liksom att skönsmässiga avgöranden hotar individers fri- och rättigheter, medför ett generellt stöd för brottsoffrens kränkningsersättning. Detta följer av att Dworkin tar avstånd från samhälleliga handlingsprogram (policies) kring kollektiva mål som exempelvis brottsofferperspektivet kan ses som, särskilt om dessa skulle verka på traditionella rättsprincipers bekostnad.[585]

Det intressanta enligt både Hart, Teubner och Luhmann är att förstå processen när ”socially diffuse law”, som ett resultat av den sociala kommunikationen, blir del av den gällande rätten genom stadiet ”partially autonomous law”, vilket påminner om Harts idé om igenkänningsregeln, vars funktion påminner något om en ”grindvakt” om vad som är och blir giltig rätt.[586] Utifrån deras beskrivning av denna komplexa process uppkommer frågan, hur vi försöker att empiriskt identifiera hur och vilka sociala normer, som transformeras till rättsliga normer och den positiva rätten som en central fråga inom rättssociologi.[587] Som en följd av att Hart kritiserar Austins betraktande av rättsordningen som regelmässigt beteende och i dess ställe reser frågan om vad som är en accepterad regel, spelar betydelsen av ”socialt tryck” en viktig

583 Banakar & Trevers, 2002, s. 279 f. Precis som Harts teori har rättstillämpningen problem med att värdera de rent ideella skadorna och samtidigt få till stånd en tillfredställande gränsdragning mellan det rättsliga och det icke-rättsliga. Ibid, s. 280.

584 Hart, 1997, s. 193. Detta gör att rättspositivisten Hart öppnar upp för ett slags samband mellan rätt och moral på grund av samhällets intresse av sin egen fortlevnad. Denna tanke hos Hart innebär också ett stöd för att de intressen, värden och fri- och rättigheter, som rätten till kränkningsersättningen bygger på, är centrala för rättsordningen och samhällslivet. Hart utgår från några antagande, som förenklat beskrivet bland annat att människor är ömtåliga, ibland aggressiva och inga änglar. Peczenik, 1986, s. 164. Enligt Peczenik är det inte klart hur mycket rättsspositivism, som egentligen återstår, efter Harts införsel av sitt krav på rättssordningens värdemässiga innehåll. Peczenik, 1995, s. 127. Men Harts bidrag till förståelsen av att olika argumentationsartes självständighet endast är relativ, ser Perczenik som ett viktigt etiskt bidrag, ibid, s. 129.

585 Simmonds, 2008, s. 111 f.

586 Teubner, 1993, p. 36 ff. jämför med den figur som han utvecklat - ”Self-reference and hypercycle in law”. Ibid.

587 Ibid.

roll hos Hart, särskilt i relation till igenkänningsregeln.[588] Här lyfter Hart fram ”den inre aspekten” på rättsreglerna, frågan om dess normativitet, som inte går att skilja från de internaliserade sociala normernas betydelse för socialisationen.[589] En annan konsekvens av Harts beskrivning av rätten är att den har vuxit fram historiskt, ur en social verklighet. Hart intresserar sig för övergången från en ”primitiv” rätt till en modern rättsordning på ett sätt, som påminner om rättsantropologiska frågeställningar och han intar en konstruktivistisk och antiessentialistisk hållning.[590] På denna punkt står därför Hart i tydlig kontrast med Kelsen, som inte ser rättens normativitet som en följd av verkliga händelser (varat) utan från grundnormen (börat).[591] I Harts teori om rätten saknar rätten en essens utan den präglas snarare av pluralism.[592] Vad som är intressant är att han presenterar en förhållandevis koherent rättspositivistisk teori om gällande rätt, som samtidigt är konstruktivistisk och öppen för vidare dekonstruktionsanalys. För en rättssociologi, som intresserar sig för förhållandet mellan informella normer och formella normer, erbjuder därför Harts beskrivning av rätten ett dynamiskt bidrag till frågan om ”rättssociologins dilemma” men utan att utlova ett gemensamt paradigm mer än rättens rörlighet och ofullkomlighet.[593]

588 Hart, 1997, s. 86 f. ”Förpliktelsen föreligger när regeln för det första är kopplad till ’ett allvarligt socialt tryck’. För det andra krävs det att regeln anses upprätthålla någonting viktigt i våra sociala relationer och att den kan tänkas föreskriva någonting som strider mot önskemålen hos den vars handlande berörs i regeln.” Bindreiter & Edvinsson, 2006, s. 123. Harts intresse av hur regler och normer fungerar förpliktande, utifrån det sociala trycket på individen, följer av hans kritik av Austin. Davies & Holdcroft, 1991, s. 37 f. Harts teori är särskilt intressant, då han utvecklat en beskrivning av betydelsen av den sociala pressen och hur den är betydelseful för förståelsen av pliktbegreppet och gällande regler i ett socialt och moraliskt sammanhang. Hart, 1997, s. 86.

589 Hart, 1997, s. 92. Hart tillämpar även resonemanget om socialt tyck på den internationella rätten och statssamfundet, ibid, s. 213 ff. Inom rättssociologin utgör betydelsen av socialt tryck en del av förståelsen av normer, som har tillämpats inom flera områden och på olika sätt. Se exempelvis Svensson, 2008, s, 191. Vad Harts teori möjliggör är en sammankoppling mellan normens essens som socialt tryck och normens accidens, som rör dess ursprung och form. Baier & Svensson, 2009, s. 73.

590 Leslie Green beskriver Harts syn på rätten: ”In fact, law is a social construction of social constructions, not of brute facts but of institutional fact – namely, rules comprised by social practice and enforced by social pressure.” Green, 1996, s. 1692.

591 Kelsen, 1967, s. 193 ff.

592 Hart skriver i sina avslutande kommentarer till ”The concept of law” följande: ”The uncritical belief that if a general term (e.g. ’law’, ’state’, ’nation’, ’crime’, ’good’, ’just’) is correctly used, then the range of instances to which it is applied must all share ’common qualities’ has been the source of much confusion. Much time and ingenuity has been wasted in juriprudence in the vain attempt to discover, for the purposes of definition, the common qualities which are, on this view, held to be the *only* respectable reason for using the same word of many different things (see Glansville Williams, op. Cit.” Hart avslutar kommentaren med att återge Wittgensteins exempel om definitionen av ”spel” som visar på likheter, släktskap och olika ordningsföljder som begreppet visar på. Hart, 1997, s. 279 f.

593 Rättssociologins dilemma rör ämnets dubbla studieobjekt (rätten och ’samhället-i-övrigt’) samt avsaknaden av ett gemensamt paradigm inom rättssociologin. Baier & Svensson, 2009, s. 23 ff. Habermas har undersökt rättens och kommunikationens möjlighet i ett komplext samhälle präglat av intressepluralism och subsystem, Habermas, 1996, s. 52 ff, Habermas, 1998, s. 191 ff. Hellner, 2001, s. 120. Hart rättsteori har karaktäriserats som antiessentialism som ser rätten som en social konstruktion. Jfr Green, 1996, s. 1689.

Istället för att, som i likhet med Dworkin, kritisera Hart för att hans teori om rätten medför en betydande vaghet, när det gäller att identifiera vad gällande rätt utgörs av, kan Hart belysa viktiga komponenter hos kränkningsersättningens inneboende vaghet och osäkerhet, vilket kan antas påverka dess status och roll.[594] Även rättsrealisterna har i likhet med Harts form av rättspositivism påpekat att rättens gräns inte är så skarp men till priset att det värdemässiga i den positiva rätten hotades.[595] För rättssociologins del är utmaningen att både hålla en öppen förståelse av rättens gräns och ta fasta på rättens egna inneboende värden.

Skadeståndsrätten som rättsligt forum och samhällelig institution, tycks förmå fånga upp och värdera etiska frågor, som uppkommer i samhället.[596] Som vi sett ”konstruerades” rättsregeln, som ger rätt till kränkningsersättningen, medvetet så att ersättningen och dess nivåer skulle spegla tidsandan och därmed folks förväntningar. I den meningen betonar kränkningsersättningen skadeståndslagens ramlagskaraktär och kan närmast liknas vid en generalklausul, vars konkreta innehåll fylls ut succesivt genom dess tillämpning.[597] Praxis blir då en viktig normkälla och i fallet med kränkningsersättningen till brottsoffren är det främst Brottsoffermyndighetens referatsamling, som är den centrala normkällan (egentligen Nämnden för brottsskadeersättning inom Brottsoffermyndigheten). Detta tar jag fasta på vid utformningen av min empiriska studie med vinjettfrågor hämtade ur referatsamlingen. Innehållet i regeln, att ersätta rent ideella skador, faller sedan tillbaka på olika grundsatser, vilka kan tolkas något olika och ges en något olika prioritet.[598] Denna vaghet och föränderlighet har sin motsvarighet i Harts rättspositivistiska teori, där hans igenkänningsregel har kritiserats för att vara allt för otillgänglig för att grunda en sammanhängande och begriplig bas för rättssystemet.[599]

Legitimitetsfrågan knyts enligt Hart till hur reglerna tillämpas och dess faktiska funktion i rättssystemet genom igenkänningsregeln. Dessa regler kan sedan bestå av mindre precisa ”regler” utan mer likna vaga bedömningsgrunder liknande ett kriterium på överensstämmelse med allmänt rättsmedvetande.[600] Det är dock viktigt att hålla i minnet, att enligt Harts generella teori är det möjligt att rättens funktionärer från den så kallade inre ståndpunkten erkänner ett sådant vagt normativt innehåll, men det är en empirisk fråga *om* de gör det i praktiken. Harts teori är på denna punkt

594 För Dworkin står rättens möjlighet att skydda enskildas rättigheter i centrum. Rättigheterna antas vara giva a priori och därmed oberoende av Harts igenkänningsregel. Ibid. Dworkin är i den meningen betydligt mer ”normativ” i sin rättsteori än Hart, som är mer rättsrealistisk och betraktande.

595 Exempelvis har Bo Wennström poängterat detta. Wennström, 2002, s. 122.

596 Håkan Andersson skriver dock att även om det “politiskt korrekta” på ytplanet ofta medför ett bejakade av ersättning i olika situationer sammanfaller detta nödvändigtvis inte med vad som är “etiskt riktigt” eller “rättsligt rätt” och drar därför en lans för olika svar på olika frågor. Andersson, Pointlex, 2003-06-26. jfr Wilhelmsson, 2001, s. 103 ff. För Rawls är ett offentligt regelsystem en institution (som t ex ersättningsrätten). Jfr Rawls, 1999, s. 71 ff.

597 Baier & Svensson, 2009, s. 98.

598 Hellner, 2006, s. 43. Jfr Glavå, 2001, s. 40 f.

599 Bindreiter & Edvinsson, 2006, s. 125.

600 Vaga bedömningsgrunder kan därför genom igenkänningsregeln jämställas med lagstiftning som rättskälla. Bindreiter & Edvinsson, 2006, s. 120 ff.

oklar, samtidigt som den öppnar upp för att studera och ta den interna diskursen på allvar för förståelsen av gällande rätt. Inom rättsdogmatiken finns det som bekant en pamflett av möjligheter att betrakta rätten från olika perspektiv.[601] ”Mjukheten” hos Hart kan vara problematisk men jag anser att den är att föredra framför en reduktionistisk hållning.[602] Konsekvensen av en monistisk syn på rätten, liknande den ”pure theory” som Kelsen presenterat, är att flera relevanta aspekter faller utanför. Värdet av Harts beskrivning är att den är sensibel och inte endast ser till vad som händer utan att förstå skillnaden mellan att staten driver in skatten och indrivandet av brottskadeersättningsbeloppet från en gärningsperson. I båda fallen förekommer samma tvångsakt, att personen tvingas betala en summa pengar till staten. Harts exempel anses vara kritik av Austins befallningsteori och Kelsens fokus på rättsorganens sanktion grundad i rättsnormen och blindhet för rättssubjektets beteende.”… (T)he sense is lost that the rule is, like the bulk of the criminal law, meant to be taken seriously as a standard of behaviour.”[603] Det stora värdet av Harts teori ligger i betonandet av vad det innebär, att från det interna perspektivet på en regel, se regeln som en grund för sitt handlande och för bedömningen av andras handlande. Vad detta betyder, i mer konkret form, för min studie och enkätundersökningen, kommer jag till längre fram.

Slutligen, vad Hart visar på är att frågan om vilka kunskapskällor som erkänns som rättskällor är en relevant faktor. Detta aktualiseras särskilt vid ”svåra fall”, där frågan om vilka värden som ska beaktas vid tolkningen blir avgörande, liksom vad som anses vara regelns tillämpningsområde. Är syftet att främja något majoriteten anser vara värdefullt i samhället, vilka värden kan återfinnas vid ändamålstolkning och hur förhåller det sig med rättviseanspråk eller värnandet av fri- och rättigheter? Poängen med Hart är att han visar på att hans rättspositivistiska teori erkänner sociologiska aspekter och ser regler som en fråga om sociala fakta. Mer konkret, igenkänningsregeln som en öppen fråga om vilka regler som erkänns, medför att fokus flyttas till den rättsliga professionens konventioner och till aspekter knutna till det rättsliga vetandet som gemensam praktik. Att rättstillämparen getts uppgiften att göra en skönsmässig uppskattning av de rådande sociala etiska och sociala värderingarna i samhället vid bestämmande av kränkningsersättningen, innebär att bedömningen

601 Wennström har exempelvis intresserat sig för rättens “kulturgräns” gentemot den juridiska praktiken, etniska, genusmässiga, lokala branschmässiga förhållanden etc. Wennström, 2002. Hellner, 2006, s. 28. Håkan Andersson har formulerat sig positiv till möjligheten att “skadeståndsrätten kan utgöra en arena för kommunikation kring etiska frågor i vid bemärkelse. Det handlar ju om hur man legitimerar ett rättsligt ansvar, och i sådana frågor måste en mängd konkretioner genomföras avseende såväl värderingsbakgrund som faktiska omständigheter. för att nå dit är det emellertid nödvändigt med en stärkt medvetenhet om de nya krav dagens samhälle bör ställa på skadeståndsrätten. Vissa ‘modernistiska’ axiom och ideal kanske måste utmönstras ur teoribanken.” Andersson, 2000, s. 39. Man kan här även relatera till Renners definition av rättslig utveckling: förändring av normer och förändring av funktionen, båda måste beaktas för att förstå evolutionen. Renner, 1976, s. 74 ff.

602 Coleman, 2001, s. 116. Svensson, 2008, s. 44.

603 Hart, 1997, s. 39. Bindreiter & Edvinsson, 2006, s. 117

görs på rättslig, inte på etisk eller liknande grund.[604] Rättstillämparens egen uppfattning behöver inte återspeglas i praxis; i strikt mening ska den inte göra det, givet att inte rättstillämparens värderingar eller rättviseuppfattning speglar de rådande i samhället. Men genom den praxis, som finns på området, återspeglas redan en värdering eller rättviseuppfattning, så frågan är inte ”om” utan vilken och hur. I den grad som rättstillämparen undviker att tillämpa den värderingsmetod, som förarbetena till kränkningsersättningen aviserar, sätts fingret på att det finns regler, som hindrar att förarbeten ges en sådan betydelse, ändamålsenlig tolkning eller värderingsmetoden som sådan. Därför leder Hart till ett ökat intresse för hur igenkänningsregeln kan tänkas fungera i relation till de aktuella ersättningsfrågorna, vilket kan studeras genom uttalanden i förarbeten, domar, doktrin och analys av praxis.

3.5 Den skandinaviska rättsrealismen

Ur ett rättssociologiskt perspektiv finns det ett intresse för den skandinaviska realismen, eftersom den kan ses som ett försök att se rättsliga begrepp ur ett sociologiskt betraktelsesätt.[605] Ofta har Uppsalaskolan och Axel Hägerström nämnts för att förklara den bristande medvetenheten om värdenas betydelse för rättsordningen. Men det kan vara på sin plats att än en gång peka på dess inflytande, eftersom det finns anledning att utgå ifrån att den haft betydelse för det aktuella rättsområdet.[606] I en nyligen publicerad artikel av Lars D Eriksson om den kritiska rättsvetenskapens betydelse i Norden sedan 1968 skriver han om betydelsen av ”öppen (samhällstillvänd) juridisk argumentation” och att den centrala tankegången har varit att värderingar och intressen är en ofrånkomlig del av all juridisk verksamhet. ”Det är framförallt just dessa värderingar och intressen som öppnar juridiken mot samhället. Att värderingar i den tidigare finländska rättsvetenskapen utmönstrades berodde i varje fall delvis på att även de finländska juristerna i den skandinaviska realismens anda betraktade dem som irrationella uttryck för känslor.[607]

Samtidigt som ideell ersättning kommit att spela en allt större roll, kan man notera hur kritiken och avståndstagandet gentemot den tidigare dominerande

604 Prop. 2000/01:68 s. 19, 51 f.

605 Hellner, 2001, s. 44.

606 För Hägerström var kränkningar per definition ett uttryck för sedvanerätten och vanerätten, vilket utifrån hans terminologi var ett föga smickrande epitet. Detta följer ur uppfattningen av att den moraliska normen i ett handlingssystem är utan sanningsvärde, då denna tillhör ”börats” osinnliga värld. Vidare står det klar att Hägerström inte har mycket till övers för sådana ersättningar, som staten betalar till enskilda, då det inte finns några rättsskyddsanspråk att göra gällande inför staten och den enskilde kan överhuvudtaget inte utöva någon påverkan på staten genom dennes ”förmåga” att använda sig av lagen. Hägerström, 1917, s. 138. Lundstedt å sin sida konstaterar kort att en rättighet inte kan kränkas, då inga rättigheter finns, Lundstedt, 1938, s. 38.

607 Ericsson, 2010, s. 100.

Uppsalaskolan tilltagit och länge varit ett återkommande inslag. ”Den enfaldiga dogmatik, den teknokratiska värdelösa ’realism’” skriver exempelvis Töllborg, då han beskriver Uppsalaskolan.[608] Vissa menar att dess förlorade dominans har haft konkret betydelse för den grundläggande synen på rättsordningens fri- och rättigheter.[609] Inom skadeståndsrätten har Vilhelm Lundstedt gjort sig känd som en ivrig kritiker av ”rättvisemodellen”, där rättvisebegreppet ses som en del av den skadeståndsrättsliga analysen, vilket kommer att studeras närmare nedan.[610]

I frågan om individens relation till rättsordningen, vilket är relevant här, intar Hägerström och den skandinaviska rättsrealismen en tydlig hållning. Hägerström menar att det inte finns några ”rättsskyddsanspråk” för den enskilde att göra gällande inför staten.[611] Det intressanta är att Lundstedt även menar att det föreligger en grundläggande motsättning mellan ”de rättsideologiska idéerna och de faktiska människornas strävanden.”[612] Föreställningar om rättsideella intressen beskrivs av Lundstedt alltså stå i konflikt med samhällsintresset. Han menar också att samhällsnyttan kräver att man befriar sig från rättsideologin och istället låter sig bestämmas av realistiska synpunkter. Tanken på att en rättighet kan kränkas är exempel på en ”verklighetsfrämmande rättsideologi” enligt honom.[613] Det framkommer klart att om man inte erkänner rättigheter som viktiga i rättsordningen, framstår ersättningar för kränkningar av dessa som tämligen meningslösa. Det vore varken ”realistiskt” eller ”samhällsnyttigt”.[614] Det är intressant att han även menar att de rättsideella intressena, vilka inbegriper föreställningen att rättigheter kan kränkas, står i konflikt med människors strävanden. Hägerström, och särskilt Lundstedt genom dennes skadeståndsrättsliga inflytande, är alltså intressanta i relation till mitt ämnesområde, eftersom de hävdade att även förmögenhetsförlusten och den fysiska skadan var ren metafysik, då de uppfattades som grundade i rättsideologiska utsagor.[615] Om man utgår ifrån en uppfattning att den skandinaviska rättsrealismen hade en viktig påverkan på rättsliga föreställningar under ett antal årtionden under 1900-talet, kan man

608 Han beskriver samtidigt hur Anna Christensen och Pezcenik också tar avstånd från Uppsalaskolan. Christensen genom att framhålla de underliggande normativa mönstrens betydelse och Perzcenik genom teorier och systembyggen kring värderationalism och hur etik och rättslig argumentation hör samman. Töllborg, 1996, s. 34ff.

609 Fredrik Sterzel menar att Uppsalaskolans förlorade dominans samt internationaliseringen och då särskilt medlemskapet i EU har medfört att rättsstatsidealet och rättighetsområdet har aktualiserats, Sterzel, 1998, s. 29 f.

610 Schultz, 2007, s. 186 f.

611 Hägerström, 1917, s. 138.

612 Lundstedt, 1944, s. 562.

613 Ibid, s. 557ff.

614 Enligt Lundstedts kritiker, Johan C.W. Thyrén, offrade Lundstedt brottslingen för samhällets bästa. Istället för skuld och rättvisa var det straffets nyttiga funktioner ur sociala och allmänna aspekter som var de viktiga. Thyrén benämnde uppfattningen som ”offerdjursteorin”. Se Modéer, 1997, s. 236 och Jareborg, 1969, s. 364.

615 Konsekvensen av att betrakta rätten som ett ”rättsmaskineri” var att Lundstedt ansåg att rättsvetenskapen endast skulle handla om empiriska studier av sociala värderingar och ”psykologiska kausalförlopp” grundade i ”samhällsnyttometoden”. Victor, 1977, s. 151 ff. Om det inte finns “något böra” kan det normativa helt ersättas av samhällsnyttan istället menade den Skandinaviska realismen. Jfr Olivecrona, 1951, s. 130, Olivecrona, 1959, s. 139 ff.

konstatera, mot bakgrund av lagstiftarens framlyftande av ideella ersättningar, att här har skett en omsvängning. Men uppfattningen att det ligger en konflikt mellan den enskilda individen och staten med dess rättsordning har inte bara den skandinaviska rättsrealismen haft.

Man kan även se denna relation som en konsekvens av den grundläggande ”dualism”, som enligt Vilhelm Aubert är inbyggd i den formella rätten som ett ständigt återkommande tema. ”Å ena sidan finns den ’positivistiska’ eller ’realistiska’ skolan, som utgår från rättens empiriska karaktär och logiska uppbyggnad. Å andra sidan finns ’naturrätten’, som betonar de grundläggande mänskliga rättigheterna.”[616] På så sätt kan man säga att ideella skadestånd berör en av rättens verkliga grundläggande konflikter och man kan även i detta fall lätt konstatera, vilket perspektiv som varit det förhärskande. Det relevanta i detta sammanhang är dock på vilket sätt, som det här perspektivet har haft för konkreta effekter på den gällande rätten. När man studerar svensk doktrin och dess förhållningssätt gentemot ideell ersättning i allmänhet och kränkningsersättningen i synnerhet, slås man lätt av den frustration som finns och med vilka svårigheter som man försöker att förstå den aktuella ersättningstypen. Slutsatsen blir ibland att det inte finns några normer alls.[617] Flera gånger har den rättsvetenskapliga doktrinen framfört behovet av att abstrahera fram några tongivande principer för ersättningarnas fastställande men uppgiften tycks ständigt glida undan.[618] Även HD har ansetts gått bet på uppgiften att ”få optimal detaljrikedom i bilden”, då dennes ”lins inte är skarp nog”.[619]

Risken inom juridiken är ofta att en konstruerad verklighetsbild står i vägen för rättsliga värderingsfrågor, eftersom det finns ett värde i att de relevanta värderingsfrågorna och distinktionerna aktualiseras. Genom en dekonstruktion av de ideella skadestånden kan man se de intressanta skillnaderna, då den enhetliga bilden undertrycker de intressanta distinktionerna, vilket sker till priset av att det värdemässiga innehållet i rätten blir outtalat.[620] Detta får som konsekvens att HD undviker rättsfrågorna och att använda de rättsliga värderingarna som grund och motiv i sina domar.[621] Att lagstiftaren har uppställt ett krav på brott för rätt till kränkningsersättning har i doktrinen uppfattats som en spärregel, som begränsat domstolarnas rättsskapande möjligheter på detta rättsområde. Denna restriktiva syn är

616 Om detta och andra rättssociologiska perspektiv se Banakar, 1994, s. 208 ff.

617 Med följden av att ”osäkerhet” råder kring rättsläget, se Persson, 1995, s. 188. ”Det finns inga normer för fastställandet av ersättningen enligt 6 kap 3 § SL. Det är här liksom i andra fall, då ersättning skall utgå för icke-ekonomisk skada, domstolarnas sak att i fall av tvist om ersättningens storlek avgöra frågan på grundval av en allmän skälighetsprövning.” Prop. 1972:5 s. 121. Sammanfattningsvis är det ”synnerligen oklart” vad som skall förstås med ideell skada, se Hellner & Johansson, 2000, s. 372.

618 Se exempelvis, Dufwa, 1993, s. 1662, Persson, 1995, s. 188, Hellner, 1976, s. 186.

619 Andersson, 2000/01, s. 902.

620 Ibid, s. 907. Att få fatt på det rättsliga rekvisitets innehåll samt värderingarna kring det anser jag vara viktigt mot bakgrund av att det ansetts råda en brist på normer inom rättsområdet samtidigt som ersättningarna syftar till att värna rättsordningens grundvärden. Jmf Hellner, 1997, s. 351.

621 Detta eftersom man har som syfte att nå ”en objektiv och värderingsfri beräkningsoperation” Andersson, 2003, s. 30ff, ibid, s. 21.

även ovanlig ur ett internationellt perspektiv.[622] Exempelvis skriver Kleineman om den liknande spärregeln för ren förmögenhetsskada ”som en utgångspunkt för ett normskyddsbaserat ansvar framträder kopplingen till kravet på brottslig gärning som alltför begränsat.”[623] Resonemangen ovan behöver inte nödvändigtvis relateras till skandinavisk rättsrealism utan till varje skolbildning, som når en viss dominerande ställning med konsekvensen att argument och verklighetsuppfattning likriktas. Jämförelsen med ren förmögenhetsskada är nyttig, då den visar på att man inte enbart ska fokusera på den ideella skadetypens karakteristiska, när skadeståndsansvar diskuteras i relation till ”ett av rättsordningen ogillat handlande.”[624]

Kleineman är en av de rättsvetenskapsmän, som uttalat sig om hur den svenska rättskulturen kan ha påverkat, varför det både saknas en lagregel och rättsregel, som anger den principiella utgångspunkten för ansvaret vid ideell skada. Enligt honom är den kanske viktigaste förklaringen att:

> (D)et har i svensk rätt på detta område härskat en traditionell lagpositivism. (…) Utan stöd i lag tycks det inte finnas någon egentlig rättsregel och de dömande organen och därvid även Högsta Domstolen har gärna ansett sig kunna uttolka traditionella principer men mer ogärna utveckla helt nya. (…) Särskilt sedan välfärdsstaten framväxt har domstolarna ogärna velat leda rättsutvecklingen utan hänvisat till lagstiftaren. De svenska domstolarna har till skillnad från vad som varit fallet i många andra länder ogillat självständig rättspolitisk aktivitet och avsaknaden av en lagregel har gärna tagits som intäkt för antagandet om avsaknad av en rättsregel. (…) När man därför diskuterar frågan om rättsområdets tillväxt får man således inte förglömma att detta sker från en ur komparativ synvinkel låg utgångspunkt.[625]

---

622 Hellner & Johansson, 2000, s. 62.

623 Kleineman, 1987, s. 575. I Kleinemans avhandling diskuterar han bakgrunden till varför ett krav på brottslig gärning infördes i skadeståndslagen för ren förmögenhetsskada, eftersom denna lösning är relativt ovanlig i ett internationellt perspektiv. Kleineman ser en historisk utveckling under 1900-talet, där den nordiska rättstridighetsläran med dess mer öppna intresseavvägning fick stå tillbaka för andra strömningar (inte minst Lundstedts angrepp). Kleineman beskriver skillnaden som en pragmatiskt och icke-intellektuell approach, vilken löser uppkomna frågor allt eftersom, vilken står mot en intellektuell som mer utgår från konkretiserade värden eller idéer som till exempel på det sätt som skyddsnormläran utgör. Ibid s. 19. Kleineman har också beskrivit hur ”mer spröda värden” röner uppmärksamhet samtidigt som folk får upprättelse, med hänvisning till en allmänmoralisk synvinkel, för sådant som tidigare inte hade betraktats som ersättningsbart. Kleineman, 2003, s. 324.

624 Hellner & Radetzki, 2008, s. 58.

625 Kleineman, 2003, s. 320 f. Notera att Kleineman använder ordet ”lagpositivism” som brukar användas för att beskriva hur rättspositivismen i Sverige inneburit att juridiken liknar administration och att domstolen står handfallen när lagstiftaren varit otydlig eller inte utfärdat normer. Jämför Peczenik om farhågorna med lagpositivism i Demokratiutredningen, SOU 1999:58, s. 11 ff. Sandgren, som beskrivt den svenska positivistiska rättskulturen, där steget från en rättspositiviastisk hållning till en rent instrumentel inte behöver vara långt. Sandgren, 1995/96, s. 1053. En kritisk beskrivning av rättskipningen befriad från domarens omdöme har beskrivits av den amerikanska rättsrealisten Roscoe Pound i den klassiska artikeln ”Law in book and law in action”; ”In theory our judges are tied down rigidly by hard and fast rules. Discretion is reduced to a strictly defined and narrowly limited minimum. Juridical law-making has produced a wealth of rules that has exhausted the field formerly afforded for the personal sense of justice of the tribunal. Legally, the judge's heart and conscience are eliminated.” Pound, 1910, s. 12 ff. I avhandlingen diskuterar jag betydelsen av teleologisktolkning och jag delar Kleinemans kritik av sådan “rättskällebrutalism” och “motivdyrkan”, som teleologin kan förknippas med. Kleineman, 2011, s. 139, 202.

Ur ett övergripande perspektiv kan diskussionerna ovan sägas handla om att legitimitet både är ett rättsligt och moraliskt begrepp, där olika rättviseföreställningar fungerar sammanlänkade, medan rationalitet i betydelsen adekvata medel för att nå ett politiskt mål är ett snävare kognitivt-teoretiskt begrepp. Legaliteten tar lätt överhanden genom betonandet av den formella rättssäkerheten och förutsägbarheten och skapar sin egna och enda legitimitet, medan legitimitetsfrågan ofta medför att rätten ska underordna sig politiska, ekonomiska eller sociala mål, som underminerar det normrationella och värnandet av de negativa fri- och rättigheterna.[626] Det faktum att denna ersättningstyp aldrig utmönstrades ur den moderna skadeståndsrätten, öppnar upp för spänningen mellan legitimitet och legalitet men också mellan individens fri- och rättigheter och de rättsliga anspråk, som dessa reser gentemot staten. Den svårberäknade ideella skadan och dess ersättning representerar något, som den moderna rationaliseringsprocessen med sin legal-rationella byråkratiska organisation inte kunde utmönstra ur den gällande rätten.

För att vidga diskussionen om den skandinaviska realismens betydelse kan den relateras till idén om den ”reflexiva rätten”.[627] Syftet är att skapa självreflektion i samhällets olika subsystem och därmed självreglering och anpassningsförmåga gentemot olika behov hos de berörda parterna. Idén byggde på en liknande motsättning mellan rättsstaten och den enskilde som hos den skandinaviska rättsrealismen ovan men med den stora skillnaden att den reflexiva rätten vill värna medborgarens behov och kommunikation, medan Lundstedt utgick från statens intressen och samhällets rationalitet. I båda fallen försummas rättsstatsvärden som den formella rättens fri- och rättigheter kring värnandet av den enskildes integritet. På ett liknande sätt kan debatten kring den alternativa jurisprudensen ses som ett synsätt, som utgår ifrån konflikten mellan individ och rättssystem, genom att den ställde individernas behov mot systemets krav.[628] Men europeiseringen, en allmän juridifiering eller förrättsligande av samhället och realisering av rättstatsidealen innebär att systemförutsättningarna har förändrats så pass, att möjligheten för behovsrationalitet enligt den tidigare debatten i dag är mindre.[629] Hydén beskriver den reflexiva rättens problem ur en moralisk dimension:

626 Weber, 1983, s. 144 ff.

627 Gunther Teubner presenterade idén om den reflexiva rätten 1983 som en rättsform vid sidan av rättsstatens och välfärdsstatens rätt, som skulle svara mot den tendens till överreglering, som Teubner iakttog. Syftet är att med hjälp av proceduriella regler få fram en procedur och en beslutsprocess genom intressenters intresseavvägningar och förhandlingar.

628 Om den alternativa jurisprudensen, se Hydén, 2002, s. 235 ff och Hydén, 1982.

629 Se Brännström, 2009, s. 36 ff. Laila Brännström skriver i sin avhandling att med “förrättsliggande syftar jag på förskjutningar mot den rättsliga diskursen.” Ibid. Susanna Johannsson skriver i sin avhandling om juridifieringen som en institutionell förändring och som en “diffus makteffekt”, vilken allt mer tas för given och institutionaliseras. Johansson, 2011, s. 211.

> Det visar just att det moraliska och överhuvudtaget det normativa tenderar att försvinna i och med frånvaron av handlingsregler. När den normrationella modellen överges, försvinner de värdemässiga resonemangen och kvar står antingen den rena intressekampen såsom i interverenerande system eller lämplighetsprövningen såsom i den målrationella modellen. I båda fallen är det pragmatismen som bestämmer utfallet och inte det moraliskt rätta eller något motsvarande ideellt värde.[630]

Eftersom jag i avhandlingen återknyter till Ekelöf, kan det i detta avsnitt om rättsrealism och Uppsalaskolan, vara lämpligt med en kommentar om dennes relation till dessa inriktningar. Min utgångspunkt är främst att tolkning och utfyllning är närliggande företeelser, liksom att förhållandet mellan ”det juridiska språket och verkligheten” är av gemensamt intresse för både rättssociologin som för rättsvetenskapen.[631] Den övergripande bilden är att vi båda, sedan Iherings tid, har realistiska ambitioner. Ekelöf bidrog i den andan med att sätta intresset på ”sociala funktioner”, rättsföljder” och liknande viktiga begrepp men i central en mening är både Ekelöf och Uppsalaskolan idag passé – och det är i kritiken av rättighetsidén.[632] Idag är rättighetsidén mer ”inbakad” i såväl den mer teoretiska rättsliga konstruktionen som i det ”senrealistiska, funktionalistiska projektet” överlag.[633]

3.6 Några samhällsvetenskapliga perspektiv

Jag skall nu presentera rättsområdet, de ideella skadestånden, mot bakgrund av relevanta samhällsvetenskapliga teoretiker och på så viss ge en bredare bild av rättsområdets egenart och problematik. Min metod är, som jag beskrivit ovan, att lyfta fram rättsområdets särart samt hur ersättningarna har uppfattats och behandlats i den rättsliga kontexten. Min utgångspunkt är att man kan förstå detta genom att just placera rättsområdet i en teoretisk kontext. Några centrala tankegångar hos Luhmann om att rätten definierar sina egna gränser kan vara en lämplig början. Forskarens uppgift blir då att fastställa och organisera kunskap om rättens självdefinitioner och om rätten som ett objekt, som observerar en skillnad mellan system (rätten) och omgivningen. Det här mötet mellan rätten och omvärlden, som definierar rättens gränser, vilket är speciellt tydligt, där lagstiftaren lämnar öppet för en skönsmässig bedömning utifrån rättviseteorier eller allmänt förhärskade sociala och etiska värderingar. Två exempel är 36 § avtalslagen som möjliggör ogiltigförklaring av oskäliga avtalsvillkor och ideellt skadestånd vid kränkning av ett centralt värde i rättsordningen. Problemet är att det inte går att fastställa, vilka normer som gäller inom ett sådant rättsområde. Egentligen kan man säga att det i dessa fall är särskilt tydligt, hur otydlig gränsen mel-

630 Hydén, 2002, s. 199.
631 Samuelsson, 2008, s. 284.
632 Se exempelvis Schultz, 2007, s. 185 ff, Samuelsson, 2008, s. 349 ff.
633 Ibid, s. 386.

lan rätten och det icke-rättsliga är.[634] Att det därför inte finns några klara förväntningar på hur dessa rättsfrågor skall lösas, står samtidigt i strid mot de klassiska kraven på rättsordningen i en rättsstat. Det strider också mot Luhmanns beskrivning av att alla system använder en binär kod (rättsligt/icke-rättsligt). Samtidigt är det dessa rättsområden, som tenderar att hota de rådande definitionerna av rättsligt, som har en marginell betydelse i rättsordningen.

Detta tema om normer kontra avsaknad av normer är något, som jag kommer att återkomma till längre fram. När det gäller normer, utgår jag här ifrån Vilhelm Auberts och Hydéns definition av dessa som just förväntningar knutna till handlingar och beteenden.[635] Men trots att detta problem många gånger påpekats av rättsdogmatiker, har man inte mönstrat ut generalklausuler och skadestånd utifrån ideella världen ur den gällande rätten. Man kan därför anta att de spelar en roll, som är betydelsefull för rättsordningen. Man skulle kunna likna svårigheten att rättsdogmatiskt fastställa den gällande normen inom ideellt skadestånd med svårigheten att förena rättsdogmatik och ideologikritik. I båda fallen rör det sig om något, som närmast påminner om skilda vetenskapliga paradigmer.[636] De ideella skadestånden har paradoxalt nog ökat i betydelse, trots den övergripande negativa hållningen, i den meningen kan man säga att rättsområdet är dynamiskt.[637] Detta fenomen skall jag försöka behandla längre fram. De ideella ersättningarna rör främst rättens symbolplan och mindre dess reaplan. Eftersom det är på symbolplanet, som rätten kan sägas ha sin ideologiska funktion, är frågan om dessa ersättningar särskilt intressanta för frågan om rättens rationalitet och ideologi.[638]

3.6.1 Det ideella och det moderna

För att förstå ideell ersättning som en företeelse ur ett vidare perspektiv, kan man studera olika idealtyper eller modeller, som strukturerar handlandet. Mot bakgrund av vad kränkningsersättningen behandlar, förstår man lätt att den utgör ett tryck på

634 Samtidigt kan man tvärtom hävda att ersättningarna visar på den tydliga gräns, som rätten måste upprätthålla för att avgränsa vad som faller utanför dess egna domän.

635 Hydén, 2002, s. 99. Vidare är normanalysen intressant, när det gäller att hitta ”den variabel, som är både immanent och transcendent, dvs. som förmår att förena rätten som rättsordning och som samhällelig praktik.” Normanalysen kan även förena både kognitiva och moraliska element, Ibid s. 274. Normvetenskap är också intressant utifrån mitt ämne i ”den meningen att den intresserar sig för och studerar empiriskt förekomsten av och tyngden i moralisk argumentation i samhället.” Ibid, s. 277.

636 Hydén, 1982, s. 62.

637 Ideell ersättning har fått ökad betydelse under senare år, se Hellner & Johansson, 2000, s. 406. ”Skadeståndsrättens främsta uppgift på personskadeområdet har därför i praktiken blivit att kompensera ideell skada.” Prop. 2000/01:68 s. 17. Dufwa menar att de ideella skadorna står i centrum, har störst praktisk betydelse och utgör skadeståndsrättens spjutspets. Dufwa, 2002, s. 75ff.

638 Att på realplanet objektivt mäta effekterna av ideella skadestånd torde vara svårt. Hydén (red), 1982, s. 87. Hellner skriver att vi vet mycket litet om hur ersättningssystemet fungerar och att det saknas empiriska undersökningar, Hellner, 2001, s. 58f.

en modern rättsordning, som liknar den byråkratiska rationaliteten som modell för beslutsfattande. En omständighet, som man inte kan bortse ifrån, när man rättssociologiskt fördjupar sig i den skadeståndsrättsliga uppdelningen mellan ideella och materiella ersättningar, är att den samhällsvetenskapliga och sociologiska synen på samhället också kan delas upp i en ideell och en materiell. Maine, Durk Heim och Weber är exempel på forskare, som har lyft fram de ideella drivkrafterna för rättens funktion i olika samhällstyper. De menar att normer och värderingar är en drivkraft i samhällsutvecklingen, precis som att den materiella utvecklingen spelar roll. En som tydligt betonat rättens beroende av idéer är Renner.[639] Man kan anta, att hur den generella vetenskapliga diskursen förs, påverkar synen på ett rättsområde som det om ideella skadestånd. En sådan metaberättelse, som har format vår syn på verkligheten, är den om ökad rationalitet inom juridiken och samhället i stort.[640] Särskilt betydelsefullt är den enligt Weber ökade betydelsen av ”formella normer” för beteendet inom samhällets administration.[641] Utifrån Weber kan man peka på dennes framhållande av den formella rationaliteten som avgörande för vår moderna rättskultur. Detta skulle då kunna ses som en reaktion mot tidigare inriktningar så som begreppsjurisprudens, frirättsskolan/intressejurisprudensen samt det naturrättsliga inflytandet.[642] Vidare kan det mot bakgrund av den specifika rättskulturen i en given kontext inom den levande rätten råda en viss konsensus kring ett rättsområde, som avviker från den skrivna lagen.[643] När man ska undersöka ett rättsområdes förändrade roll, kan det vara svårt att empiriskt undersöka hur konsensusuppfattningen i den levande rätten har förändrats.[644] Man får försöka ta fasta på betydelseförskjutningar och nya argument hos lagstiftaren och i prejudikat. Men även den metoden är riskabel.

Det är även möjligt att förstå framväxten av kränkningsersättningen i svensk rätt mot bakgrund av en slags reaktion mot en svensk rättskultur präglad av skandinavisk rättsrealism, behandlingstanken inom straffrätt och försäkringslösningar inom skadeståndsrätten.[645] Motreaktionerna har bestått av straffrättslig nyklassicism, rättslig identitetspolitik och legalstrategier som lyfter fram rättens inneboende värden och juridifieringen av de mänskliga fri- och rättigheterna. Spärregeln, att det finns ett krav på visst brott för att kränkningsersättningen skall bli aktuell, har på senare tid utsatts för ett visst tryck. Numera finns det flera exempel på att när kränkningsersättning utgår, kringgås det tidigare rådande kravet på brott av viss sort (som innefattar ett angrepp mot dennes person, frihet, frid eller ära). Kränkningsersättningen, som av tradition är nära kopplad till straffrätten, har förlorat något av sin normrationella

639 Stjernquist & Widerberg, 1989, s. 23ff.
640 Ibid, s. 24.
641 Ibid.
642 Bondesson, 1979, s. 14 ff.
643 Jämför Ehrlichs teorier och den klassiska rättssociologiska frågan om spänningen mellan skriven lag och levande rätt. Ibid, s. 114ff.
644 Jmf med den otydlighet som begreppet ”det allmänna rättsmedvetandet” lider av, se Axberger, 1996.
645 Vad jag beskriver kan relateras till vad Henrik Tham har beskrivit i en artikel om brottsoffrets intåg inom straffrätten, kriminologin och kriminalpolitiken. Tham, 2006, s. 147.

karaktär som en del av den formella rätten. Från att ha varit präglad av en strikt rättslig syllogistisk beslutsmodell, har den öppnats upp för pragmatiska överväganden, som ytterst spelar en responsiv tendens, där olika mål-medel resonemang kan antas spela en större roll för det rättsliga utfallet. Relevansen av att uppmärksamma den responsiva dimensionen av brottsoffrens kränkningsersättning framträder främst, om man beaktar det faktum att merparten av utbetalad kränkningsersättning utgår från brottskadelagens bestämmelser och utbetalas av Brottsoffermyndigheten. Här framträder således ett starkt behovsorienterat drag inom brottsskadeersättningen. Sandra Friberg har beskrivit de kriminalpolitiska orsakerna till varför brottsskadeersättningen tillkommit och lyfter då fram att det är ett behovsinriktat system, där staten griper in, när vissa villkor är uppfyllda.[646] Hydén beskriver den responsiva rätten som en del av välfärdsstatens rättsliga lösningar på ett behov av att lösa olika sociala och ekonomiska frågor, där främst mål-medelnormer står i centrum. Fördelarna med den responsiva rätten är att den förmår att integrera olika samhälleliga delsystem med varandra. Särskilt skönsmässiga regler inom civilrätten kan fungera som en öppning gentemot olika behovsorienterade läror. Men priset får betalas av rättsstatens traditionella särdrag: ”pliktnormerna, normrationaliteten och rättssäkerheten”.[647] Man överför även en stor del av makten på olika myndigheter, som sedan får i uppgift att realisera det rättsliga innehållet istället för att direkt vända sig till medborgarna.[648] När det gäller skadeståndsrätten i allmänhet och ersättning för kränkning i synnerhet har rättstillämparen givits, och av tradition också haft, en betydande roll för att utforma rättsområdet.

Ur ett vidare perspektiv kan man tala om att rättens värdemässiga ”densitet” eller kondensering har ökat. Man kan koppla tendensen till utvecklingen mot ökad juridifiering och förrättsligande i samhället i stort men kanske främst vad som kan kallas ”the positivization of human rights.[649] Denna poäng vore mindre meningsfull om det inte vore så att expanderingen av kränkningsersättningens domäner just inbegriper en utvidgning mot sådana fenomen, som traditionellt ansetts falla utanför vad som är möjligt att ersätta ekonomiskt. Håkan Andersson har intresserat sig för denna rörelse och han ser en tendens mot att psykiska orsaker och psykiska skador tar plats i den rättsliga diskursen; ”detta har inneburit ett stegvis erkännande av en realitet

646 Friberg, 2010, s. 424.

647 Hydén, 2002, s. 121.

648 Ibid. s. 127. Här har vi alltså frågorna om Brottsoffermyndighetens ”omprövning” utifrån Brottskadelagen av skadeståndsanspråken i domstolens domar. Många brottsoffer upplever förfarandet som en omprövning eller överprövning av de belopp de blivit tilldömda vid domstolen men prövningen vid Brottsoffermyndigheten av rätten till brottskadeersättning syftar till att utreda om brottsoffret kan erhållha reparativ ersättning för sin skada. Se 2005/06:RFR1, s. 8. Tidigare har frågan om huruvida Brottsoffermyndighetens förfarande vid prövning av brottskadeersättningen är förenlig med rätten till domstolsprövning enligt art 6 i Europakonventionen uppmärksammats. Särskilt frågorna om brottskadeersättningen var att likna vid ”civila rättigheter och skyldigheter” och huruvida den kontradiktoriska förfarandeprincipen, opartiskhet m.m. var av intresse. Prop. 1998/99:41 s. 20 ff.

649 MacCormick, 2007, s. 271, Brännström, 2009, s. 37 ff, Klette, 2004.

som den klassiska 'fysiska' och 'ekonomiska' skadeståndsrätten inte behandlade."[650] Han har också beskrivit det som att det finns icke-ekonomiska värderingar, som ibland "måste sättas framför det objektifierade skadebegrepp som annars varit dominerande" och att "en renodlat ekonomisk värdeersättning stöter på hinder i – vad man i brist på bättre uttryck kan kalla – det allmänna rättsmedvetandet."[651] Även Dufwa har diskuterat förekomsten av en "öppnare ersättningsbild" och en öppnare redovisning av aspekter och skäl som ligger till grund för rättstillämpningen, vilket troligen är viktigt även ur ett viktimologiskt perspektiv för brottsoffrets förståelse av den ersättning denne erhållit.[652]

Vilka faktorer, som har spelat en viktig roll för framväxten av kränkningsersättningen, beror till viss del på vilket perspektiv man själv intar men obestridligen har brottsofferperspektivet inom kriminal- och rättspolitiken haft en betydande inverkan. Det finns en ambition att motsvara allmänhetens förväntningar och behov, (jämför med ett medborgarperspektiv på rätten och ett ökat intresse för att "rättskedjan" ska konstrueras utifrån den enskildes perspektiv), som kan sägas vara något nytt ur ett övergripande perspektiv. Detta blir ett större och intressantare skifte, om man betänker att det faktiskt inte är någon självklarhet. Mycket grovt förenklat kan det hävdas att man tidigare betraktade det nationella rättssystemet som det "objektiva", medan fri- och rättigheter sågs som något "subjektivt" och underordnat, eftersom man helt fokuserade på rättssystemet och särskilt dess effektivitet.[653] Idag har perspektivet, lika grovt förenklat, snarare blivit det motsatta. Olika mänskliga fri- och rättigheter ses ofta som grunden, inte bara för ett givet rättssystem utan även för olika samhällen i sin helhet och olika rättssystems gränser och auktoritet är under stark press inte bara nationellt utan även på grund av folkrätten internationellt.[654] Idag finns många exempel på att rättens enhet har minskat och det blir allt svårare att beskriva rätten som den formella och byråkratiska organisation, som Weber gjorde.[655] Samtidigt framträder rättens dysfunktioner i exempelvis Roos och Dufwas kritik, vilket konkretiserar behovet av en mottaglighet gentemot nya perspektiv och ny kunskap.

650 Andersson, Pointlex, 2003-12-12.

651 Andersson, Pointlex, 2001-03-05.

652 Dufwa, 1993, s. 1766 ff.

653 Hägerström, 1917.

654 Folkrätten var ett rättsområde som den skandinaviska rättsrealismen gick hårt åt. Östen Udén har beskrivit det som "Lundstedts 'razzia med naturrättsidéerna'" inom folkrätten. 1937 gav Lundstedt ut skriften med titeln "Folkrätten – en livsfara för folken". Folkrätten säger att en norm kan vara bindande utan att vara inomrättsligt gällande i en viss stat och man talar om "universalitetsprincipen" som grund för jurisdiktion och grunden för denna tenderar att utvidgas samtidigt som betydelsen av immunitet försvagas.

655 Giddens, 2008, s. 487 ff.

3.6.2 Ett samhällsvetenskapligt kunskapsbehov

Som en konsekvens av att rättsområdet har ökat i betydelse, kan man se att de skadelidandes förväntningar på att få sina skador ersatta också ökar. Vi har sett hur man inom doktrinen har visat kränkningsersättningen ett allt större intresse. Ofta har man varit bekymrad, när traditionella gränser har överskridits, när rättstillämparen och lagstiftaren utvidgat rätten till ersättningen. De grundläggande svårigheterna att ersätta en icke-ekonomisk skada med hjälp av ett monetärt belopp kvarstår; problemet som i avhandlingen går under beteckningen inkommensurabilitetsproblemet.[656] Betydelsen av det faktum att man saknar kunskap om rättsreglernas verkan i verkligheten kan således sägas ha ökat. Här aktualiseras det rättssociologiska kunskapsbehovet utifrån expansionen av utbetalad kränkningsersättning. En av rättssociologins huvuduppgifter är att fånga upp tendenser inom den pågående rättsliga reformverksamheten i samhället och utvärdera rättsreglerna och dess tillämpning i syfte att bygga upp kunskap om rätten som en del av samhället.[657]

Ett klassiskt rättssociologiskt ämnesområde är frågor rörande det som allmänt kallas rättsmedvetande och dess betydelse för rättens innehåll och tillämpning. Allmänhetens rätts- och rättviseföreställningar – dess större eller mindre enhetlighet, medvetenhet och överensstämmelse med de gällande rättsreglerna – kan även kopplas till rättssociologins andra grundfrågeställning – rättsreglernas genomslagskraft och effekt.[658] Att göra en funktionell koppling mellan å ena sidan en förklarande empirisk studie av de rådande sociala eller informella normerna inom ett visst område och å andra sidan rättens normativa funktion, är också ambitionen med avhandlingsprojektet om brottsoffrens kränkningsersättning. Till en av skadeståndets övergripande funktioner kan även räknas den att tillfredsställa rättskänslan. Funktionen att ge den skadelidande en känsla av upprättelse är också explicit den komplexa funktionen hos ersättningen för kränkning, vilket aktualiserar både kunskap om hur ersättningen upplevs av allmänheten liksom skadelidandes erfarenheter av ersättningen.[659] Eftersom en kränkning är svår att uppskatta i pengar, aktualiserar denna ersättning hur rättstillämparen förhåller sig till andra kunskapskällor än de strikt rättsliga. Vanligen har studier om allmänt rättsmedvetande relaterats till olika brotts straffvärde och straffmätning inom straffrätten. Inom kriminologin har ibland påföljden för och samhällsreaktionen på ett visst brott studerats som ett uttryck för

656 Enligt Raz är: ”Two items are commensurable in value if and only if one of them is better than the other or if they are equally as good. They are incommensurable if none of these relations obtains between them.” Rabinowicz, 2009, s. 71.

657 Stjernquist, 1983/84, s. 2. Det är intressant att notera att Stjernquist skriver, i artikeln “En aspekt på rättssociologisk forskning” från samma numer som ovan, att han saknar en teori innehållande frågor om folks problemsituation och deras reaktioner mot regleringen och att den “måste syssla med socialpsykologiska fenomen sådana som verklighetsuppfattningar, emotioner och intentioner.” Ibid, s. 14.

658 Jfr Strömholm, 1976, s. 57.

659 SOU 1969:58 s. 30. Prop. 2000/01:68 s. 48.

den allmänna rättskänslan i samhället.[660] Historiskt har skadeståndsrätt och straffrätt gemensamma rötter och de delar även på centrala begrepp som culpa och prevention.[661] En annan gemensam nämnare är förhållandet till, och beroendet av, allmänhetens uppfattningar om rätt och fel. Men man har inte tagit detta riktigt på allvar och det har överlag ansetts oklart hur skadeståndsreglerna verkar och dess gensvar hos medborgarna. Kränkningsersättningen har som ersättningstyp flera teoretiska och praktiska frågetecken som uppmärksammats inom doktrinen. Friberg frågar; ”vad det egentligen är som är *konstitutivt för en kränkning* – den otillåtna eller rättsstridiga gärningen, skadevållarens personliga ansvar eller den angripnes upplevelse av att bli kränkt – och vad som åsyftas med skadestånd för kränkning, *reparation* för en *skada* eller *sanktion* för en *gärning*.”[662] Inom doktrinen återkommer också beskrivningen av hur svårgenomtränglig och komplicerad skadeståndsrätten blivit med dess relation till olika ersättningssystem och försäkringsmodeller.[663] Rättsutvecklingen kännetecknas av bland annat ett flertal kompromisser och internationalisering på det generella planet och olika, ofta pragmatiska, avvägningar i det enskilda fallet.[664]

Situationen är således den att vi idag har relativt långtgående rättspolitiska ambitioner, när det kommer till att ersätta brottsoffren för deras skador uppkomna i samband med brott. Ersättningen för kränkningen spelar den dominerande rollen inom brottsskadeersättningen och inom skadeståndsrätten har uppgiften att kompensera olika former av ideella skador blivit helt dominerande på personskadeområdet.[665] Rättsområdet har också kommit att uppmärksammas allt mer, och därmed har även problematiken kring ersättningstypen lyfts fram ur olika perspektiv. Ofta relateras kränkningsersättningen till massmedia, det allmänna språkbruket och politiska strömningar på ett sätt, som är mindre vanligt inom doktrin och förarbeten i övrigt.[666] Ofta framställs även allmänhetens intresse av hur rättstillämparen löser de olika skadeståndsrättsliga frågorna kring kränkningsersättningen som ett problematiskt inslag i sig.[667] Den här sociala dimensionen av ersättningen framträder också

660 Jerre & Tham, 2010, s. 5ff. Sarnecki, 2009, s. 461ff. Under påverkan av den tyska historiska skolan uppfattade flera rättsvetenskapsmän under slutet av 1800- och början av 1900-talet det allmänna rättsmedvetandet som den egentliga källan till den gällande rätten (som t.ex. C. A. Reuterskiöld och E. V. Nordling i Uppsala). Trots 1900-talets starka influenser av skandinavisk rättsrealism och rättspositivism har frågan om rättsmedvetandets betydelse för såväl rättsvetenskapliga, kriminologiska och rättssociologiska spörsmål ständigt varit aktuella och man kan under senare år notera ett ökat intresse för dessa frågor.

661 Se exempelvis Friberg, 2010, s. 41ff.

662 Enligt Friberg hänger denna kärnfråga så att säga i luften, något som man får anta är olyckligt för ersättningens möjlighet att uppnå sin funktion. Friberg, 2010, s. 916.

663 Dufwa skriver om svårigheterna med “dunkla principer”, Dufwa, 1993, s. 1796 ff.

664 Helhetsbedömningar blir därför ofta vanskliga. Ibid, s. 1771.

665 Prop. 2000/01: 68, s. 17. Ryttebro, Rönneling & Tham, 2010, s. 97. Utvecklingen har gått emot att ersätta upplevda kränkningar även utanför det kriminalpolitiska området, vilket den sedan 2008 existerande ersättningsformen ”Diskrimineringsersättning” vittnar om. Se Ds 2007:10, ”Skadeståndsfrågor vid kränkning”, om relationen mellan brottsoffrens kränkningsersättning och kränkningsersättning vid diskriminering.

666 Ibid, s. 41ff.

667 Andersson, 2006, Pointlex den 24 januari.

kring den problematik, som Mårten Schultz benämner ”den kollektiva metoden” vid beräkningen av kränkningens allvarlighet.[668] Vad som då åsyftas är formuleringen i propositionen att rättstillämparen vid bedömningen av nivån på kränkningsersättningen får göra en ”skönsmässig bedömning, baserad på förhärskande etiska och sociala värderingar”.[669] Att värdera och ersätta kränkningar kan också betraktas som en fråga om adekvans och förutsägbarhet; hos rättskänslan har det antagits funnits ett krav på påtagligt samband mellan handling och skada.[670] Eftersom ersättning för ideella skador är relaterade till begrepp som ”lidande” och ”kränkning” hos den skadelidande som en följd av någon annans handlande, är frågan om vad som är ett rimligt orsakskrav och vad ersättningsansvarets gräns ska dras central. Då den skadelidandes reparation inte är den enda parametern för frågan, kan aspekter som rättskänslan och social förväntan stödja begränsningar för i vilka situationer brottsoff-er ska ges rätt till kränkningsersättningen.[671] Hänsynstaganden till rättskänslan, social förväntan eller liknande, behöver inte alltid underbygga ett skadelidande perspektiv på när rätten till kränkningsersättning är befogad, utan kan även lyfta fram skadevållarens intresse och finansieringsfrågan.

Analysen så här långt har visat att ett rättssociologiskt och viktimologiskt perspektiv på brottsoffrens kränkningsersättning knyter an till frågan om vad som utgör ett ändamålsenligt skydd för de skadelidande. En sådan analys leder även lätt till resonemang om vilka intressen som formar de rättsliga avgränsningarna och att dessa intressen eller normer kan utgöras av olika funktioner och hänsynstaganden som rättvisan, integritetsskyddet eller rättsmedvetandet. Poängen i kapitlet är att dessa olika aspekter aviserar ett samhällsvetenskapligt kunskapsbehov. Även om den teleologiska metodanalysen kring kränkningsersättningens uppkomst och funktion är värdefull för förståelsen av ersättningsområdet kommer en sådan analys inte att ge några entydiga svar.[672] Det intressanta är istället transformationen mellan olika kunskapskällor och mellan de formella och informella normerna. Hart står delvis det teleologiska perspektivet nära, eller åtminstone närmare än den helt normativistiska Kelsen som helt bortsåg från målinriktade resonemang men med hjälp av den empiriska metoden ska perspektivet fördjupas.[673]

Man skulle kunna se den tecknade utvecklingen i ljuset av Durkheims beskrivning av hur samhället utvecklas från mekanisk till organisk solidaritet, vilken viss-erligen spänner över en vid tidsrymd men fångar flera för sammanhanget intressanta aspek-

668 Schultz undrar om inte denna kollektiva metod egentligen är ett mycket främmande inslag i en individuellt orienterad skadeståndsrätt, en metod som gör kränkningsinstitutet till ett närmast offentligrättsligt institut i en civilrättslig skrud. Schultz, 2008, s. 42. Dufwa verkar dock inta en mer modererad hållning under rubriken “(m)era kollektivism?”, Dufwa, 1993, s. 1748 ff.

669 Prop. 2000/01:68, s. 51.

670 Andersson, 1993, s. 91.

671 Ibid, s. 91 f. Detta blir särskilt tydligt vid statligt finansierad brottsskadeersättning och frågan kommer att behandlas längre fram i samband med jämkningsfrågan.

672 Klami skriver ”(k)arakteristiskt för rätten är ’multimål’-naturen av dess teleologi.”

673 Grundläggande för teleologiska resonemang är dels kunskap eller uppfattning om verkligheten och dels evaluativa uppfattningar kring värden såsom exempelvis rättvisa eller kohenrens. Klami, 1989, s. 9, 19.

ter. Durkheim tog just lagens utformning och innehåll som exempel på samhällsutvecklingen, då lagen enligt Durkheim är ett uttryck för samhällsmoralen. Lagarnas sanktioner för överträdelser av samhällets moral kan indelas i *repressiva* sanktioner (straffrätt) och mer *återställande* sanktioner (civilrätt). De repressiva sanktionerna dominerar i mekaniska samhällen, som utmärks av kollektiv likformighet, medan de återställande sanktionerna dominerar i den organiska solidariteten, som utmärks av ömsesidigt samarbete. Med den organiska solidariteten ökar individualiseringen och specialiseringen på arbetsmarknaden, vilket i sin tur minskar toleransen för integritetskränkande handlingar på sikt. Enligt Durkheim präglas främst samhällen med låg arbetsdelning och mekanisk solidaritet av starkt kollektivt medvetande.[674] Kränkningsersättningen skulle således ges en viktigare betydelse ju mer samhället utvecklas mot organisk solidaritet, samtidigt som möjligheten att faktiskt beräkna ersättningen på det ”kollektiva” sätt, som lagstiftaren tänkt sig, undergrävs i takt med ökad social och moralisk pluralism och differentiering i samhället. Är det denna paradoxala situation, som vi idag upplever? Det intressanta är att man kan se hur rättsområdet påverkas av vad som Sandgren beskriver som den vikt som ”ideologiska strömningar, exempelvis det uppsving som mänskliga rättigheter, jämställdhet, värnandet om miljön liksom skyddet av den personliga integriteten kommit att få. Sådana förskjutningar av de allmänna värderingarna i samhället har en inverkan på vad som godtas i den juridiska argumentationen och med tiden brukar sådana rörelser i tidsandan finna sin väg in i rättskällorna, till exempel i form av principer.”[675]

3.6.3 Om att komma undersökningsobjektet så nära som möjligt

Det positivistiska vetenskapsidealet, empirismen och överlag tanken på en möjlig objektiv kunskap har kraftigt kritiserats under senare tid.[676] En del av kritiken består av att företrädarna för den moderna samhällsvetenskapen som Keynes, Parsons eller Skinner avgränsade vetenskapen till ett tekniskt precisionsverktyg i maktens händer. Därtill kom det precisa och mätbara att premieras på det subjektiva, icke-mätbara eller värdemässigas bekostnad, vilket dolde det faktum att kunskapen, som produceras av vetenskapen, ofta är påverkad av olika intressen och ideologiska perspektiv. I dess ställe finner vi en generell relativism eller pessimism angående möjligheten att vet-

674 Durkheim är en av de sociologer som tydligast intresserat sig för det kollektiva medvetandet (conscience collective) som utövar ett socialt och moraliskt tyck på individerna. Främst är det Durkheims distinktion mellan analytiska (tekniska) och de, för sammanhanget mer relevanta, syntetiska (moraliska) konsekvenser av normbrott. Hydén, 2002, s. 97.

675 Sandgren, 2009, s. 185.

676 För Durkheim var den ”den objektiva verkligheten hos social fakta” den grundläggande principen och dit ”allt leder”. Durkheim, 1978, s. 18.

enskapligt säga något säkert om vår omvärld.[677] Under senare tid har dock motreaktioner gjort sig gällande. I det följande avsnittet kommer mitt problemområde att relateras till dessa motreaktioner för att se vad det kan tillföra mitt ämne.

Den kritiska realismen är ett kunskapsteoretiskt förslag, som fått betydande avtryck inom samtida samhällsvetenskap. Företrädare för läran riktar sin kritik mot den naiva empirismen, eftersom verkligheten då reduceras blott till det vi kan få kunskap om genom våra sinnen – ontologin reducerades till epistemologin.[678] Den kritiska realismen gör främst anspråk på att omfatta ontologisk realism (att verkligheten existerar utanför betraktaren), epistemologisk relativism (att kunskap är föränderlig) och bedömningsrationalitet (det går att på ett rationellt sätt avgöra vilka kunskapsanspråk som vid en viss tidpunkt är mer giltiga än andra).[679] I grunden är den kritiska realismen, en kunskapsteoretisk inriktning, som betonar att verkligheten har objektivt existerande egenskaper men att vi också upplever den genom olika subjektberoende egenskaper.

I praktiken betyder det att abstraktionsprocessen är en viktig del av den kritiska realismens metod genom att undersökningsobjektet konceptualiseras av forskaren.[680] Den kritiska realismen, som den formulerades av Bhaskar, tog avstånd från en relativism, som gjorde det omöjligt att avgöra vilka vetenskapliga förklaringar, som är bättre än andra.[681] Grunden utgörs av Kants transcendentala filosofi men till skillnad från Kant anser Bhaskar inte att vi bör söka de transcendentala förutsättningarna i medvetandet utan i den av oss oberoende verkligheten, även om kunskapen förblir felbar. En kunskapsteori, som baserar sig på en realistisk uppfattning av verkligheten, hävdar att studieobjektet i sig är källa till kunskap, vilket därför ofta lämpar sig för empiriska metoder. En epistemologi, som utgår från en idealistisk ontologi, hävdar att kunskapen finns att söka i subjektet, vilket ofta medför en mer rationalistisk eller kvalitativ metod. En epistemologi, som är postmodernt relativistisk eller en ”perspektivistisk” ontologi ser kunskapen som relationell, att den är invävd i ett föränderligt nätverk av relativa betydelser som vid ett spel eller en diskurs. Den kritiska realis-

677 ”Hela spektrat av samhällsvetenskapernas klassiker – från Comte till Weber – har kritiserats för sin kunskapssyn, för sin universalism och totaliserande anspråk samt tilltro till rationalismen. Idén om att verkligheten kan fångas i teorier, som objektivt återger verkligheten, kritiserades utifrån en Nietzsche-inspirerad perspektivism.” Danermark, 2003, s. 25. Denna ”perspektivism” är grunden för den konstruktivistiska kritiken, som menar att all data är teoriladdade eller helt enkelt uppfattningen att kunskapen är kontextuell. För rättsvetenskapen är detta att påverka sitt studieföremål (dess egenhet är t.o.m. att den *vill* påverka sitt studieföremål, rätten) en realitet, då rättsvetenskapen i sig också är en form av rättskälla. Sandgren, 2009, s. 87. Det betyder att ”rättsvetensksapliga utsagor kan påverka rättstillämparen varför rättsvetenskapen kan verifiera sig själv”. Ibid, s. 186. Alf Ross menade enligt Strömholm, vilket enligt mig påminner om Hart, att man därför skulle ta hänsyn till ”rättssystemet i sin totalitet”, när ett påstående om dess innehåll ska verifieras. Därtill tillkommer vad som ingår ”som tysta förutsättningar.” Strömholm, 1996, s. 109.

678 Danermark, 2003, s. 24.

679 Ibid, s. 31.

680 Sayer, 2006, s. 19 f.

681 Ibid, s. 47. Detta betyder att Bhaskar avvisar inkommensurabilitetstanken (att alla beskrivningar, observationer etc. är så teoriladdade att de inte kan jämföras).

men är ett svar på dessa olika inriktningar, då den anammar subjektets betydelse i en idealistisk mening och ser kunskapen som en fråga om relationer och konstruktioner. Detta perspektiv slår dock inte över i en förlamande eller pessimistisk postmodern relativism, som därmed skulle medföra att den mister sin verkligt kritiska betydelse i mening att kunna säga något om en av oss oberoende verklighet och därtill något normativt i sociala frågor.[682] Den kritiska realismen brukar representera en ontologisk vändning inom vetenskapsteorin bort från den epistemologiska frågeställningen *hur kan vi nå kunskap om verkligheten?* till den föregående frågan om vad som existerar – *vad är det som vi kan få kunskap om?* Att man tidigare utgått från vad vi kan veta, dra slutsatser om vad som existerar har beskrivits som det epistemiska felslutet av Bhaskar. Därför menar den kritiska realismen att ontologin reducerades till epistemologin, vilket främst gäller den så framgångsrika logiska positivismen och empirismen.[683]

Tillämpat på mitt forskningsobjekt, brottsoffrens kränkningsersättning, innebär detta att mitt kunskapsintresse inte bör reduceras till den empiriska studien, eftersom denna rör sig kring erfarenheter på empirins domän. För att förstå dessa fenomen behöver vi förstå ”verklighetens djupdimension” och relationerna mellan de mekanismer och händelser, som ”producerar” de empiriskt studerade händelserna. Det betyder att man kan bryta gränsen mellan de kvalitativa och kvantitativa aspekterna inom metodologin, eftersom de är, åtminstone här, sammanlänkande. Givet den ovan beskrivna ontologiska vändningen kan man med den kritiska realismens hjälp kringgå den epistemologiska problematiken kring kränkningsersättningen – att vi har problem att uttala oss med kunskapsanspråk om vad och hur kränkningen ersätts och vi saknar därför en erkänd färdighet att hantera rättsproblemet – och istället ta fasta på att verkligheten möjliggör kränkningsersättningen som fenomen; den existerar uppenbarligen. Fokus flyttas således från de konkreta rättsfrågorna på empirins nivå till bakomliggande strukturer och mekanismer, vilket också för in en

682 Sayer är kritisk till tendensen att ”to flip from naive objectivism to relativism and idealism, from totalities to fragments, and from ethnocentrisms to new forms of self-contradictory cultural relativism. A realist approach shows us that we can escape from these alternatives”, Sayer, 2006, s. 79. Den kritiska realismen är även kritisk till den renodlade sociala konstruktivismen men accepterar en vagare version, där det ändå finns kunskap oberoende av forskaren, Ibid, s. 90. Vidare kan den kritiska realismen sägas ha den uppfattningen att postmodernismen står för en “tom realism” bortom vad vi kan nå kunskap om. Den kritiska realismen ser att verkligenheten kan vara konstuerad men deras poäng är att den är systematiskt strukturerad och nivåindelad. Enligt den kritiska realismen kan därför kränkningsersättningen sägas tillhöra en “högre nivå” än vanlig fysisk och ekonmisk skada, då kränkningsersättningen bygger på fler sociala och kognitiva antaganden än den fysiska.

683 Samtidigt skrev Bertrand Russel redan 1912 att ”(f)örsöket att kommendera universum med hjälp av principer *a priori* har brutit samman; i stället för att, såsom tidigare var fallet, utgöra en spärr för möjligheterna har logiken blivit fantasins store befriare, som erbjuder oräkneliga alternativ, vilka är stängda för det oreflekterade sunda förnuftet och som erbjuder erfarenheten uppgiften att välja – i de fall där ett val är möjligt – mellan de många världar, som logiken erbjuder oss att välja emellan. Kunskapen om vad som existerar begränsas sålunda till vad vi kan lära oss av erfarenheten – inte till det som vi faktiskt kan erfara, ty som vi har sett finns det mycken kunskap genom beskrivning om ting, som vi inte har någon direkt erfarenhet av.” Russel, 1996, s. 117.

historisk och rättskulturell dimension om rättens skilda nivåindelningar.[684] Nedan ska jag försöka vidareutveckla hur detta kan vara möjligt.

Utgångspunkten för avhandlingen är en kombination av förförståelse, ”verkligheten” och rättsliga källor. Den senare har sin grund i rättsvetenskapen såsom tolkande och förstående vetenskap av kvalitativ natur. Eller som Sandgren uttrycker det ”(v)anligen upptas större delen av en traditionell rättsdogmatisk studie av tolkning av det rättsliga stoffet, såsom rättsfall, enskilda lagrum m.m. Det är normernas ’meningsinnehåll’ som står i centrum för ett sådant arbete.”[685] Vad detta betyder i praktiken är att ringa in relationen mellan de rättsliga begreppen och de mekanismer, som genererar händelserna och de fenomen, som sedan studeras empiriskt. Även om den rent ideella kränkningsersättningen har inkommensurabla inslag, som kan göra den problematisk, är den ändå uppenbarligen en social realitet och verklig.[686] Den genererar händelser och motiverar individer till konkreta handlingar, vilka är av intresse för ersättningens funktion. Det finns således en dimension av dubbel hermeneutik inom forskningsprojektet, eftersom ersättningen innebär en rekonstruktion av verkligheten, vars sociala utfall sedan tolkas av såväl omgivningen som av brottsoffren.[687] Den aktuella ersättningen är rättens transitiva objekt, som indirekt förbinder rätten med verkligheten. Dessa är kontextuella fenomen och därmed sociala produkter och konstruktioner.[688] När man sedan vetenskapligt studerar detta fenomen, som existerar oberoende av oss själva, och förhoppningsvis finner någon mekanism, som kan förklara dess funktion, rör det vetenskapens intransitiva objekt

684 För en översikt över rättsliga invåindelningar se Gustafsson, 2002, s. 53 ff. Ambitionen är att med Harts hjälp analysera om ”igenkänningsregeln” erkänner kränkningsersättningen till brottsoffren. Eftersom Hart i viktiga delar är påverkad av Wittgenstein, möjliggör det även en koppling till dennes beskrivningar om hur språk, regler och praxis är sammanlänkade. Jag kommer att återkomma till dessa teman i det avslutande kapitlet.

685 Sandgren, 2009, s. 94. Jämför med Strömholm om rättsvetenskapen som ett humanistiskt ämne och särskilt om hermeneutiska inriktningar, Strömholm, 1996, s. 143 ff. Härmed förklaras även betydelsen av den ovan beskrivna teleologiska lagtolkningsmetoden. Jfr med den kvalitativa metoden som explorativt sökande efter meningen hos ett socialt fenomen. Se Ulrika Anderssons avhandling för en översiktlig jämförelse mellan rättsdogmatik och diskursanalys, Andersson, 2004, s. 43. Jfr Samuelsson, 2008, s. 476 ff om realism och hermeneutik inom rättsvetenskapen.

686 Brottsoffermyndighetens referatsamling utgör en sådan konkret (rätts)källa.

687 Jämför med vad Sayer skriver: ”While natural scientists necessarily have to enter the hermeneutic circle of their scientific community, social scientists also have to enter that of those whom they study. In other words, natural science operates in a single hermeneutic while social science operate in a double hermeneutic.” Sayer, 2006, s. 17.

688 Denna dimension framgår av ersättningens definition att den är ”ideell” alltså icke-materiell och idéhistoriskt knuten till idealismen och Fredrich von Schelling, Ekstedt, 1977, s. 39. Idealismen som sådan placerar det verkliga i medvetandet och våra språkliga begrepp. Det finns således en socialkonstruktivistisk dimension hos kränkningsersättningen, just eftersom det är så svårt att mäta den ideella skadan efter en mera allmängiltig måttstock, då man är ”på ett annat sätt än när det gäller ekonomisk skada, hänvisad till subjektiva överväganden”, Nilsson, 1990, s. 108. Om kränkningsersättningen kan därför sägas att den är en *rättslig artefakt* (av människor fabricerat föremål, produkt eller effekt). Jfr Stefan Larsson som skriver att “law is a complex cognitive and social artefact…” Larsson, 2011, s. 51.

enligt den kritiska realismen.[689] Mitt projekt utgör en potentiell fördjupning av kunskapen om det intransitiva objektet, som således utgörs av kränkningsersättningen till brottsoffren genom att pröva olika perspektiv och teorier, som alltså utgör den transitiva dimensionen, som består av skilda teorier, begrepp och liknande.[690] Den kritiska realismen betonar även sociala fenomens meningsfullhet och att denna meningsfullhet är konstitutiv för fenomenet i fråga.

Med retroduktion avses, inom den kritiska realismen, att undersöka de transfaktiska strukturella villkoren genom att rekonstruera betingelserna för ett socialt förhållande. Utgångspunkten är fenomenet, sedan undersöker man systematiskt vilka betingelser som är nödvändiga för fenomenet i fråga. Kritisk realism intresserar sig således för de strukturer och mekanismer, som genererar fenomenen. Enligt Bhaskar handlar emergens om hur kombinationen av mekanismer på ”lägre nivåer” resulterar i nya fenomen på ”högre nivåer.”[691] Mer konkret innebär detta att min empiriska undersökning i själva verket rör frågan om de faktorer, som gör upprättelse genom kränkningsersättningen möjlig hos brottsoffren. Retroduktionens poäng är att studera de interna relationer, som formar det aktuella studieobjektet, genom att i grunden ställa den mer filosofiska frågan: ”Vad gör X möjligt?”.[692] Man kan jämföra med rättsregelns rekvisit, som tillsammans med rättsfakta ger för handen en rättsföljd.

Vad krävs för att en ritual skall vara just en ritual? Det krävs bland annat symboler med stark emotionell laddning och gemensamma föreställningar om okränkbara eller heliga värden.[693] Genom retroduktionen kan man anta att kränkningsersättningen också kräver gemensamma föreställningar om okränkbara/heliga värden på liknade sätt som i exemplet ovan. Begränsningen ligger i att det inte finns några fasta kriterier utifrån, vilka det är möjligt att slutgiltigt avgöra giltigheten i en retroduktiv slutledning. Det innebär att det är förutsättningarna för att ett fenomen ska uppkomma, som ställs i förgrunden. Tillämpat på mina båda enkätundersökningar betyder det att om det finns några ”förhärskande etiska och sociala värderingar”, som möjliggör att man kan säga vilken kränkning som typiskt sett kan anses ha uppkommit genom ett visst angrepp, borde nollhypotesen kunna behållas. Nollhypotsen innebär här ett antagande om att erfarenheten av att vara ett brottsoffer, som oberoende variabel, inte har någon avgörande effekt på hur man besvarar vinjettstudien (det kan även uttryckas som att fenomenet i fråga inte behöver någon förklaring). Den statistiska

689 Danermark, 2003, s. 50 f.

690 Ibid, s. 21. Sayer skriver ”Rival theories and sciences have different transitive objects (theories about the world) but the world they are about – the intransitive dimension – is the same; otherwise, they would not be rivals. When theories change (transitive dimension) it does not mean that what they are about (intransitive dimension) necessarily changes too: there is no reason to believe that the shift from a flat earth theory to a round earth theory was accompanied by a change in the shape of the earth itself.” Sayer, 2006, s. 10 f.

691 Buch-Hansen & Nielsen, 2005, s. 30 f.

692 Danermark, 2003, s. 193.

693 Ibid, s. 171.

analysen kommer att visa om en sådan här hypotesprövning ger något intressant resultat.

Vad som är nödvändigt för något och inte regelbundenheten i sig är dock det, som utmärker den kritiska realismens syn på kausalitet.[694] Sayer beskriver det som att: ”(r)ealists seek substantial connections among phenomena rather than formal associations or regularities. In explaining associations, they seek to distinguish what must be the case from what merely can be the case.”[695] Den kritiska realismen riktar alltså intresset mot skillnaden men också länken mellan de observerbara händelserna och de underliggande mekanismernas domäner, vilket är påtagligt applicerbart på rättsliga fenomen.[696] Med metodbegreppet ”retroduktion” tillämpat på kränkningsersättningen framstår förekomsten av okränkbara/heliga värden, men också en uppfattning om proportionalitet och att pengar kan användas som ett medium i detta sammanhang, som centrala villkor. Därför aktualiserar retroduktionen till exempel frågeställningen om inkommensurabiliteten.[697] I denna fråga menar jag att empirin får tala genom att man prövar teorier mot empiriska data, vilket kommer att göras i slutkapitlet.

Den tillämpande kränkningsersättningens förmåga att spegla de sociala normerna påverkar troligen även möjligheten att ge en ersättning, som fungerar enligt sitt syfte, vilket är att ge upprättelse och gottgörelse till brottsoffren. Därför ger den kritiska realismen en lämplig ansats, om man vill närmare förstå, hur ersättningarna för kränkningar uppfattas socialt och som rättsligt fenomen. Då måste man fokusera på de mekanismer, som möjliggör ersättningen och som skapar förutsättningarna för hur ersättningen fungerar. Tillämpat på mitt forskningsämne innebär det den praxis och den lagstiftning, som genererar möjligheter för de formella normerna och den praktik, som skall undersökas – den intransitiva dimensionen som finns oberoende av våra begrepp om den.[698] Men de informella normera är inte lika enkla att finna, då inte bara studieobjektet är historiskt och socialt bestämt, utan även kunskapen om dem är beroende av subjektets föreställningar och i den meningen befinner de sig i den transitiva dimensionen. De begrepp, som kränkningsersättningen berör, är psykologiska och berör betydelser av känslor som värdighet, integritet, upprättelse, rättvisa och uppfattningar av vad som är proportionalitet. När man tillämpar den

694 Sayer, 2006, s. 15 f.

695 Ibid, s. 27. Sayer skriver också ”(t)he question is not only what works, but what it is about the world which makes it work.” Ibid, s. 42.

696 Liknande tankegångar om att det finns underliggande mekanismer, som gör den empiriska domänen, inom det rättliga fältet den positiva rätten, differentierad och statifierad, finns inom rättsvetenskapen. Anna Christensens modell om normativa grundmönster eller Kaarlo Tuori om relationen mellan rättens ytnivå och rättens djupstruktur bestående av olika grundläggande antaganden är två exempel.

697 Om denna skriver Sayer med hänvisning till Bhaskar: ”If, on the other hand, they contradict one other, they cannot be totaly incommensurable, since there must be some terms in common which are in contradiction.” Sayer, 2006, s. 47.

698 Jfr Danemark 2003, s. 340. Man kan dock fråga sig, om denna syn harmoniserar med den kunskapskritik, som formulerats av genusrättsvetenskapen, eftersom den så starkt betonar vårt transitiva objekt, som utgörs av våra teorier och föreställningar om vår kunskap verkligheten. Jämför Gunnarsson & Svensson, 2009, s. 109 ff.

uppdelning, som den kritiska realismen gör mellan de tre ontologiska domänerna ”the empirical”, ”the actual” och ”the real”, får man även beakta den etiska aspekten av samhällsvetenskap, som tillämpas på individer och använder personuppgifter. Jag kommer därför att beskriva de etiska övervägandena i ett särskilt avsnitt nedan. Indirekt genom att studera den rättsliga praxis som finns, kan man nå erfarenheterna men på ett distanserat viss, där det tolkande subjektet blir avgörande för förståelsen. Men både erfarenhetens och det faktiskas domän är naturligtvis kunskapskällor, som ger pusselbitar vid förståelsen av vad som utgör mekanismerna, som producerar händelserna i verklighetens domän men med den skillnaden att denna förståelse är betydligt mer teoriberoende, vilket alltså rör vetenskapens transitativa objekt.

Något förenklat kan man se strukturen som sprungen ur den intransitiva kunskapsdimensionen, då vi redan vid betraktandet och formulerandet av ett socialt fenomen eller ett kunskapsfält tar vissa antaganden för givna, medan den transitativa kunskapsdimensionen blir allt mer betydelsefull, ju mer vi börjar söka oss genom mekanismer och förhållanden mot olika effekter och händelser, som tolkas och förmedlas genom teorier och diskursen. I mitt fall utgörs strukturen av rättstillämparen och lagstiftningen men även i någon mån verklighetsuppfattningar om vad som är ideellt och vad som är ekonomisk ersättning eller vad som är formella normer och vad som är informella normer. Poängen här är att den kritiska realismens begreppsapparat möjliggör en form av retroperspektiv analys för att undersöka förutsättningarna och mekanismerna, som konstituerar ersättningen.

Ersättningen är vidare svår att nå kunskap om som intransitivt objekt, då även den faktiska ersättningen är ett resultat av transitiva objekt såsom olika teorier och ideologier.[699] Sayer skriver inledningsvis: “What does the existence of this object/pratice presuppose? What are its preconditions, e.g. what does the use of money presuppose (trust, a state, etc)?” Och ”(n)ote these questions are about necessity, not regularity.”[700] Som exempel på en sådan förutsättning som bakomliggande faktor för förståelsen av kränkningsersättningen är den förändring av kriminalpolitiken sedan några årtionden, som går under benämningen nyklassicismen inom straffrätten, vilken jag beskrivit tidigare.[701] En betydande faktor inom denna utgörs av att underställa kriminalpolitiken ”samhällets” förväntningar bland annat genom framhävandet av straffvärdebegreppet och proportionalitetsprincipen som ”placerar kriminalpolitikens legitimitet, syfte och rationalitet i det ’allmänna rättsmedvetandets’ händer”.[702] Som en konsekvens blir en del av kritiken av den kritiska realismen att den praktiska möjligheten att skilja ut det intransitiva objektet från det transitiva liten, eftersom enligt den kritiska realismen kan ”empiriska observationer aldrig vara detsamma som den av kunskapssubjektet oberoende faktiska verkligheten.”[703] Min tolkning av brottsoffermyndighetens referatsamling ger en annan innebörd be-

699 Ibid, s. 110.

700 Sayer, 2006, s. 16. Sayer skriver vidare att: ”The question is not only what works, but what it is about the world which makes it work.” Ibid, s. 42.

701 Senast manifesterad i SOU 2008: 85 med titeln ”Straff i proportion till brottets allvar”.

702 Andersson, 2002, s. 174.

703 Danermark, 2003, s. 190. Jfr Sayer, 2006, s. 21.

roende på min förförståelse och begreppsliga utgångspunkter på samma sätt som ett brottsoffer som kunskapssubjekt skulle ta med sina erfarenheter vid förståelsen. Samtidigt är detta enligt min mening styrkan hos den kritiska realismen, givet mina frågeställningar och min problemformulering, att den möjliggör en syn på kränkningsersättningen, som innebär att den är vad den är i kraft av vad den betyder för aktörerna.[704]

Viktiga aktörer är givetvis juristerna eller ”rättens funktionärer” och vad de erkänner, vilket Harts teori betonar, men tanken återfinns även hos den klassiska synen på rättsmedvetandet, så som den framställts av den historiska skolan och Savigny, där alltså rätten utvecklas ur folkets liv och dess kollektiva medvetande, även om det var juristerna som ansågs vara dess uttolkare.[705] Vardagskunskapen utgör råmaterialet till den mer abstrakta och teoretiska analysen, som i sin förläggning blir en del av beskrivningen av ersättningssystemet och därmed gällande rätt. På det sättet kan analysen av rättens mer vaga begrepp utifrån en medvetet vald metod öppna upp gränserna för rättsvetenskap och samhällsvetenskap.[706] Då rättens binära kod inte är så utpräglad, när det gäller den här typen av ersättning utan istället kan sägas fungera närmast ”analogt”, blir omvärldskunskap och aktörernas reaktioner, normer och attityder viktiga för förståelsen, vilket aktualiserar frågan om inte brottsoffren har ett epistemologiskt tolkningsföreträde här. Oavsett om ersättningarna har till syfte att kommunicera ett värdemässigt och normativt innehåll till brottsoffren och andra aktörer med viss precision, måste ersättningarnas effekter på mottagarna beaktas givet de sociala förhållandena.[707]

704 Detta fokus på de mekanismer som möjliggör ersättningen ligger även i linje med det viktimologiska perspektivet om att lyfta fram brottsoffrens behov. Brottsoffren är medskapande aktörer i en meningsskapande process, som omger ersättningen som en del av ett behovsinriktat system. Friberg, 2010, s. 424. Överlag verkar kriminalpolitiken vara inriktad på att beskriva sig själv som ett rättsväsende i medborgarnas tjänst. Jfr prop. 2000/01:76. Men motsvarar då kränkningsersättningen brottsoffrens behov?

705 Strahl, 2005, s. 141. Vad det gäller Hart representerar han en, i rättspositivistiska sammanhang, synnerligen kontextualiserad och funktionel approach, som också har politiska rötter. Nicola Lacey skriver att “(t)here is a strong liberal aspect to his argument: it is up to citizens (as well as officials) to evaluate the law, and not merely to take it that the state’s announcing something as law implies that it ought to be obeyed. The law’s claims to authority are, on this view, strictly provisional.” Lacey, 2007, s. 1208.

706 Peczenik har ingående beskrivit hur lexikaliskt vaga och mångtydiga ord kan erhålla en exaktare juridisk mening, om de sätts i samband med värderingar. Som stöd inom den juridiska argumentationen spelar olika värdepremisser en viktig roll och avvägningen vilar ytterst på personliga och intuitiva preferenser, skriver Peczenik. Peczenik, 1995, s. 302. På liknande viss menar Taxell att när ”elastiska normer” ska tillämpas, förs fakta och värderingar in vid den skönsmässiga värderingen och ibland, om inte annat följer av relevanta normer, bör bedömningarna vara öppna för nya behov och värderingar. Taxell, 1997, s. 60 & s. 76.

707 Jfr Banakar & Travers 2005, s. 35 ff.

Möjligheten att nå vetenskapens intransitiva objekt ställer krav på den samhällsvetenskapliga forskaren, om denne vill nå längre än till naiv realism.[708] Det utmärkande för den kritiska realismen är att den ändå anser det meningsfullt att hävda att en viss utsaga om verkligheten är mer sanningslik än en annan utsaga. Inom den kritiska realismen beskrivs utmaning som att den sociala verkligheten verkar under brutalt ”öppna villkor” och det sker en komplex samverkan mellan olika mekanismer, som härrör från skilda strata – biologiska, sociala med flera som påverkar det samhälleliga fenomenet som studeras.[709]

3.7 Sammanfattning

Även om den restriktiva hållningen mjuknat finns de teoretiska och praktiska problemen kvar. Den långtgående schabloniseringen har i sin tur medfört en objektifiering av närmast botkaraktär kring kränkningsersättningen. Schabloniseringen medför att rättstillämpningen visserligen görs invant, vilket begränsar godtycket men samtidigt blir det mekaniskt. Att svensk rätt intar en restriktiv attityd till möjligheten att utdöma ett rent ideellt skadestånd på grund av kränkande gärningar medför legitimitetsproblem i ett förändrat rättsligt landskap. Kränkningsersättningen representerar flera motstridiga tendenser och det råder stor pluralism inom ersättningsområdet, där tidigare gränser och skillnader överskridits, som kravet på allvarlig brottslig gärning (kränkningsersättning till barn som bevittnat våld mellan föräldrarna eller mobbing i skolan) eller orsakskravet (kränkningsersättning trots att brottsoffret ej visste om kränkningen, NJA 2007 s. 540). Rättshistorien lär oss att värdera kränkningar i pengar inte är något utmärkande för samtiden, utan skadeståndsrätten är djupt rotad i rättvisans värden och principer, vilket gör den odogmatiskt pragmatisk. Enligt den kommutativa rättvisan är den springande punkten att åsamkande av skada är orätt och kan rättas till genom ersättning. Den distributiva rättvisan ser inte till den direkta relationen mellan två parter utan vem som lämpligast bär risken och hur olika bördor i ett samhälle ska fördelas.[710] Nuvarande ersättningssystem, som brottsoffren ställs inför, innebär att olika rättviseprinciper blandas av politiska, rättsliga, historiska och pragmatiska skäl. Om ersättningen ska ge brottsoffren kompensation och

708 Det finns anledning till ödmjukhet inför möjligheten att nå verklighetens “djupdimension”, när det gäller kränkningsersättningens roll att fungera som medel att ge brottsoffren upprättelse för en kränkning, som brottet medfört, eftersom begreppen öppnar upp sådana djupa dimensioner av verkligheten och vårt gemensamma kulturella arv kring språk, föreställningar och begrepp. Dessa sociala objekt är heller inte direkt tillgängliga utan måste genomgå den dubbla hermeneutik, när samhällsforskaren tolkar andras tolkningar, vilket inte bara gäller vid kvalitativ forskning utan även vid analysbearbetning av empiriskt material som ett resultat av enkätundersökningen.

709 Ibid, s. 338 f.

710 Simmonds, 2009, s. 79.

upprättelse fordras att ersättningssystemet förstås av lekmän men i fallet med kränkningsersättningen kan man, något tillspetsat, säga att inte ens juristerna förstår och kan överblicka rättsområdet.[711] Troligen återfinns även pluralismen och blandningen av olika hänsyn och intressen hos allmänheten och brottsoffren men därom kan man ännu endast spekulera. För att avgränsa och konkretisera problematiken, som överskrider en traditionell extern evaluering av det interna rättsliga, har jag tagit fasta på inkommensurabilitetsproblematiken – problemet med oöversättlighet och ojämförbarhet – som omger kränkningsersättningen och som också har formulerats inom den skadeståndsrättsliga doktrinen.[712] Rätten är bunden vid den positiva rätten och måste hantera ojämförbara värden och även döma i dessa svåra fall. Att i ett sådant läge, för att det är svårt eller osäkert, begränsa det rättsliga området är inte något attraktiv lösning, om man beaktar ersättningens ”skyddsintresse” ur ett skadelidande- och brottsofferperspektiv. Istället är detta, eller borde vara, rättens fundamentala uppgift, att hantera det icke-ekonomiska, det värdemässiga grundat i rättsliga normer och värden. Nicola Lacey fångar denna problematik utifrån Hart: ”As we saw, Hart's position is informed by an analytic claim: law and morality are distinct; the rule of law is served by observing this distinction, and by acknowledging that difficult judgments, balancing and trading off incommensurable and potentially conflicting values, will on occasion have to be made.”[713] Harts teori medför en öppning gentemot att betrakta gällande praxis som en praktik om sociala regler och konventioner. För Hart är förekomsten av ”social pressure” en viktig omständighet för att primära regler ska förpliktiga. När det kommer till regelns närmare innehåll blir åter frågan om sociala fakta avgörande: ”Ersättningen för en möjlig skadegörelse måste vara 'adekvat' med skadan, måste på ett eller annat sätt undanröja de ofördelaktiga verkningar, som den ifrågavarande handlingen enligt rådande värderingar har för den förorättade” skriver Ekelöf om ersättning för kränkning.[714] Även Harts koppling till Oxfordfilosofin, genom begrepp som vardagsspråk och common sense eller ”Hart's linguistic empiricism”[715] är relevanta för problemområdet – så låt empirin tala!

711 Dir. 2010:84 s. 3. Om behovet av förenkling, se Dufwa, 1993, s. 1794.
712 Schultz, 2008, s. 76 ff.
713 Lacey, 2007, s. 1211.
714 Ekelöf, 1942, s. 112.
715 Cotterrell, 1989, s. 87.

KAPITEL 4

Källor till kunskap

4.1 Inledning

I det följande kapitlet kommer rättsvetenskapliga och samhällsvetenskapliga kunskapskällor och metoder att diskuteras mot bakgrund av mitt ämne och mitt problemområde. Hur mina båda enkätstudier genomfördes kommer att beskrivas i kapitel 5.

För att återknyta till de tidigare resonemangen kommer först en kort redogörelse av utgångspunkten vid värderingen av det icke-ekonomiska skadevärdet, som kränkningen utgör. Enligt lagstiftaren ska denna vara baserad på de förhärskande etiska och sociala värderingarna i samhället och därmed bestämmas på objektiva grunder.[716] Skadetypen aviserar således en metod som, inom skadeståndsrätten, är mycket ovanlig för att värdera en skada. Vanligtvis är det offret och offrets skada, som står i centrum inom skadeståndsrätten. Friberg skriver att ”skadeståndsrättsligt sett brukar inte skadans vara eller icke-vara bero på svårighetsgraden i den ansvarsgrundande gärningen.” Ansvarsförutsättningen kopplas till gärnings- och skadevållarperspektivet genom kravet på ”allvarlig” kränkning genom visst brott.[717] Syftet med skadeståndet anses i huvudsak vara att fungera reparativt genom att kompensera eller lindra den skada eller lidande, som uppstått hos brottsoffren. Eftersom svårigheten att ersätta den icke-ekonomiska skada, som ett brottsligt angrepp kan ge upphov till, riktar man in sig på att värdera skadan utifrån den skada, som det brottsliga angreppet typiskt

716 ”Som kommittén framhåller måste utgångspunkten för bestämmande av kränkningsersättningen vara en skönsmässig bedömning, baserad på förhärskande etiska och sociala värderingar. Man bör således även i fortsättningen i första hand se till vilken kränkning, som typiskt sett kan anses ha uppkommit genom angreppet. Det innebär att ersättningen i stor utsträckning får bestämmas med ledning av objektiva faktorer.” Prop. 2000/01:68, s. 51. Det finns en paradox i att bedömningen både ska vara skönsmässig och att den skall vara grundad i och spegla en ”objektiv” verklighet.

717 Friberg, 2010, s. 655.

sätt ger upphov till, vilket syftar till att ge ersättningen en mer objektiv prägel.[718] Då närmar man sig den straffrättsliga straffmätningen, där bedömningen av straffvärdet grundas på den skada, kränkning eller fara, som gärningen inneburit.[719] Enligt lång historisk tradition är också skadeståndsrätt och straffrätt sammanlänkade, en historik som bland annat går tillbaka till det medeltida botsystemet.[720] I grunden ligger dock frågan om ersättningens bestämmande i rättstillämparens händer, vilket medför en betydande tolkningsfrihet, som aktualiserar metodfrågor som tolkning och olika kunskapskällor.[721]

Skadeståndsrätten ses ofta som ett funktionellt system, där man ser till dess olika ändamål och vilka avvägningar, som sammantaget gör skadeståndsrätten till ett relativt öppet rättsområde.[722] Därför blir frågor om vilka rättskällor som gäller särskilt intressanta och viktiga. Utöver lagtexten spelar olika läror, principer och rättsfall en viktig roll. Skadeståndsrättens funktioner är dessutom många, växlande och ges olika betydelse av olika uttolkare. Som exempel har skadeståndslagens regelverk beskrivits som en avvikelse från en rättighetsorienterad skadeståndsrätt, vars moraliska grundstruktur återfinns hos Europakonventionen.[723] Offrets rätt till upprätt-else utgår vidare från ett komplext samspel mellan rättsligt skyddade intressen och de bakomliggande rättigheterna. Genom osäkerheten runt den ideella ersättningen riktas uppmärksamheten mot de olika ändamål, som ersättningen är tänkt att ha. Dessa utmärks av att vara inriktade på olika känslor hos den drabbade som tankar om brottet och värderingar av olika kulturellt, socialt och kognitivt bestämda sammanhang, vari brottsoffret och dennes upplevelser återfinns.[724] Därmed aktualiseras också kunskapsfrågor om hur den skadeståndsrättsliga praxis, som finns på det aktuella området, motsvarar vad som ofta kallas ”det allmänna rättsmedvetandet.” Det allmänna rättsmedvetandet är ett samlingsbegrepp för allmänhetens rättskänsla relaterat till olika rättsliga förhållanden och studeras inom flera akademiska discipliner som till exempel kriminologi, straffrätt, skadeståndsrätt och rättssociologi. Vanliga metoder för att få kunskap om det allmänna rättsmedvetandet är att använda olika empiriska metoder såsom intervjuer eller enkäter. Det allmänna rättsmedvetandet har genom den nyklassiska straffrättsideologin kommit att aktualiserats. En fråga är då om rättsmedvetandet, även om det har stöd i rättskällorna, är en normkälla ”utan-

718 2000/01:68, s. 51
719 Wennberg, 2009, s. 90.
720 Botsystemet är intressant, eftersom det syntetiserade såväl materiella som immateriella skador och straff och skadestånd i ett ”katalogartat” system. Friberg, 2010, s. 44.
721 Ibid, s. 63. Dufwa, 1993, s. 1721.
722 Andersson, 1993, s. 19.
723 Schultz, 2011, s. 14.
724 Jfr prop. 2000/01:68 s. 48.

för" den formella rätten.[725] När man i kriminologiska och rättssociologiska sammanhang pratar om allmänt rättsmedvetande, görs ibland en åtskillnad mellan tre typer av rättsmedvetande – det generella, det informerade och det konkreta. Dessa skillnader beskriver hur man metodologiskt har nått kunskap om rättsmedvetandet och beskriver alltså skillnader i hur själva designen på hur empirin samlats in men ger också upphov till olika innehållsmässiga typer av rättsmedvetande.[726] De tre typerna beskriver en skiftning från det abstrakta och distanserade rättsmedvetandet, till det mer konkreta och informerade. Till de tre typerna skulle man kunna addera en fjärde, det abstrakta, som är ett antaget rättsmedvetande, vars innehåll beror på den som utrycker det men som inte grundas i någon empirisk undersökning av något slag. Det generella rättsmedvetandet vars innehåll beror på en genomförd undersökning av rättsmedvetandet, kan då sägas bestå av en större mängd abstrakta uttryck för rättsmedvetandet, som sedan sammanförts. I följande kapitel kommer en rad olika exempel på de olika typerna av rättsmedvetande att återges och kommenteras, vilket utgör en grund för förståelsen av min studie som presenteras i kapitel 5.

En viktig utgångspunkt för metoden och mitt kunskapsbehov är att "normlösheten" kring hur ideell ersättning ska värderas är ett problem, inte minst om man betraktar brottsoffrens kränkningsersättning ur ett viktimologiskt perspektiv.[727] Exempelvis har Eckhoff beskrivit vikten av normer för ersättningens upprättelsefunktion: "If restitution is to be made, it may be an advantage for both parties that the relationship is regulated by norms. By indicating when, what and how much compensation should be afforded, the norms save the parties the trouble of bargaining and manoeuvring. They also help to reduce any uncertainty as to whether or not full restitution has been made."[728] Kränkningsersättningen har även kommit att allt mer "objektifieras" och knutits till värnandet av samhällets grundläggande värden som människovärdet, privatlivet och till skyddet av mänskliga fri- och rättigheter. Genom att man både i praxis och i lagstiftning har frångått det traditionella kravet på brottslig gärning för att utdöma kränkningsersättningen, menar jag att man kan skönja en utveckling mot en slags normskyddslära på området, som tar fasta på de intressen, som kränkn-

725 Jerre & Tham, 2010, s. 6. Jfr Robert Andersson som beskriver "(e)n omdefinieringsprocess som tycks knuten till en mer allmän omdefiniering av statens rationalitet och legitimitet. Under behandlingstanken var rättssystemets syfte att åtgärda den som avvek från reglerna, medan dess syfte under mitten av 1980-talet tycks omdefinieras till att rätten bör motsvara medborgarnas uppfattning av vad rätten borde vara. Rättens syfte överlag blir alltså att motsvara medborgarnas behov och förväntningar på rätten." Andersson, 2002, s. 130. Jfr även SOU 2008:85 som behandlar straff i proportion till brotts allvar och straffets moralbildande effekter utifrån antagandet att allmänheten kräver det.

726 Jerre & Tham, 2010 s. 11. I Norden är det Flemming Blavig som främst förknippas med metoden genom sin studie om danskarnas syn på straff. Balvig, mfl., 2010, s. 232 ff.

727 Persson, 1995.

728 Eckhoff, 1974, s. 138 f.

ingsersättningen är tänkt att skydda och ersätta.[729] Tidigare gällde en subjektiv lidandeersättning av mer begränsad betydelse. Det kan numera sägas finnas en rättsligt sett tydligare grund för själva det rena ideella skadeståndet, även om det fortfarande inte finns någon ”objektiv” metod att bestämma och värdera de enskilda skadorna. Det är ännu en öppen fråga, på vilken nivå skadeståndet skall ligga. Men den omständigheten att mänskliga fri- och rättigheter idag utgör en grund för bedömningen av rätten till kränkningsersättning som en del av brottskadeersättningen och andra negativt definierade friheter, kan sägas minska den reella rättspolitiska handlingsfriheten vid fastställande av ersättningsgrundande omständigheter och värderingen av skadan. Här sker också en samverkan med den nuvarande nyklassicistiska och ”brottsoffervänliga” straffrättsideologin.[730]

4.2 Rättslig kunskap i relation till annan kunskap.

Min uppfattning är att teori och metod inte kan betraktas som två åtskilda aspekter i forskningsprocessen. Teori är ett redskap för att undersöka och att betrakta något, samtidigt som metodläror är teoretiskt förankrade.[731] En central forskningsuppgift är att utveckla och finna lämpliga teoretiska utgångspunkter för metodologiska analyser. Olika forskningsprojekt är också mer eller mindre teoretiskt fördefinierade. Vissa metoder är dock lämpligare än andra, vilket beror på samspelet med ämnesområde, kunskapsintresse, teorival och perspektiv.[732] I en rättssociologisk avhandling uppstår frågan om hur kunskap från olika discipliner kan ges relevans för varandra, givet den kunskapsteori som man använder. I grunden kan rättssociologin sägas handla om att

729 NJA 1976 s. 458. Se NJA 2007 s. 540 om den sovande flickan, eftersom rättsfallet kan tolkas som om ”det har blivit kränkningen av skyddsintresset snarare än skadan på angreppsobjektet (den enskilda personen som blir utsatt för brott), som utgör den ersättningsgilla skadan.” Friberg, 2010, s. 356. Samtidigt har kopplingen till brottslig gärning av viss art även tidigare satt fokus på den skadelidandes intressen som angreppsobjekt, då det avgörande är ”vilket intresse brottet kränker eller riktar sig mot”. Ibid, s. 530. Tanken på ett skyddsintresse, som är rättsligt formulerat, ligger nära att ta till, när man studerar rent ideellt skadestånd, vilket aktualiserar intresse- och värderingsjurisprudensen. Hellner, 2001, s. 141 ff. ”Rätten som idé” är en metafor för rättens struktur i meningen dess grundläggande mönster i motsats till de enskilda rättsreglerna, som kommer och går över tid. Arnio, Tuori, Agell och Christensen är några exempel på sådana, som i en nordisk kontext har utvecklat olika modeller eller analytiska ramar för hur den konkrera regelnivån förhåller sig till en mer abstrakt nivå ”som består av grundläggande mönster, principer, allmänna läror o.s.v.”, Sandgren, 2009, s. 99 f.

730 Lernestedt, 2011, s. 405 ff. Intresset ligger här således på att förstå de gradvisa förskjutningarna av ersättningens funktion utifrån de rättspolitiska eller ideologiska förändringarna. Jämför med Glavå, 2003, s. 142, Gustafsson, 2002, s. 95 ff.

731 Andersson, 1993, s. 177. Edling & Rydgren (red.), 2007, s. 15.

732 Jfr Danermark mfl., 2003, s. 15 ff. Denna uppfattning, att teoribildning handlar om relationen mellan teori och empirti, är dock inte helt kontroversiell. Hydén, 2002, s. 42. Sandgren, 2009, s. 86.

nå allmängiltig kunskap om relationen mellan rättsliga och andra icke-rättsliga samhälleliga faktorer.[733] Därför är urskiljandet av det rättsliga från det övriga i samhället som två skilda miljöer återkommande, vilket egentligen är en olycklig beskrivning.[734] Svensson skriver att möjligheten att skilja ut rätten som ett avgränsat fenomen i samhället ”är nödvändigt om man vill bedriva rättssociologisk forskning”.[735] Man kan möjligen enas om att rättssociologin överlag har en öppnare syn på metodval än vad man vanligen har inom rättsvetenskapen.[736] Det förekommer dock även statistisk analysmetod inom rättsvetenskapen, som exempelvis när Åke Saldeen tillämpade den ”jurimetriska” metoden, när han undersökte 200 underrrättsfall i vilka skadeståndsyrkanden i samband med skilsmässomål vilka helt eller delvis bestreds av motparten.[737]

Inom sociologin har olika former av konsekvensetik varit dominerande, ofta med en positiv tro på ny kunskap och emancipation. [738] Under 1970-talet bröts denna moderna tradition av läror, där ordet ”post-” ofta ingår tillsammans med olika plikt- och rättighetsgrundade läror.[739] Idag, bortom tron på ”de stora berättelserna”, anges åter, med hänvisning till Kant, vedergällningstanken och rättvisans krav som en av straffrättens funktioner.[740] I den kontexten framträder brottsofferperspektivet och kränkningsersättningen närmast som ett postmodernt inslag, som återanknyter till historiska företeelser som den medeltida boten. Henrik Tham menar att ”(u)tvecklingen utgör möjligen ett brott med traditionen sedan upplysningstiden” eftersom den åtalades rättigheter gentemot staten/fursten sedan upplysningen har varit drivande i utvecklingen, vilket nu brutits av de ökade kraven på brottsoffrets upprättelse. Tham

733 Forslund, 1978, s. 59.

734 Svensson, 2008, s. 35.

735 Ibid, s. 40. Jfr Gustafsson, 2002, s. 161 ff.

736 Hydén, 2002, s. 68.

737 Saldeen, 1973. Se även Lena Wahlbergs avhandling som berör den interdisiplinära frågan om hur icke-rättslig, vetenskaplig, kunskap förhåller sig till skadeståndsrättsliga kunskapsproblem. Wahlberg, 2010. Rättssociologin är ett tvärvetenskapligt ämne i meningen att ämnet involverar, och förhoppningsvis integrerar, kunskaper, teorier och metoder från skilda områden. Exempelvis skriver Wolfganf Kaupen om rättssociologins uppgift: ”(I)t must provide jurists with the relevant sociological knowledge and, finally, it must contribute towards working out an adequate theory of jurisprudence.” Podgorecki, 1973, s. 44. Hollander & Alexius Borgström, 2005, s. 139. Jfr Rättssociologin som rättsdogmatikens meta-meta-meta-teori, vilket naturligtvis är absurt men man kan se rättssociologin som ett av flera möjliga rättsvetenskapliga perspektiv, där det viktigaste bidraget är att upphäva frågan och antagandet om rättens autonomi. Gustafsson, 2002, s. 88 ff.

738 Se även Comte, 1979, s. 16 ff. Jfr Giddens, 2008, s. 43 som beskriver nyttan av sociologin överlag och hur den kan ”hjälpa oss i vår vardag”.

739 Wolin, 2004. Wolin, 2006, s. 171 f, Cotterrell, 1992, s. 308, Banakar & Travers, 2005, s. 3 f.

740 Wennberg, 2009, s. 13.

ser nu hur brottsoffrens rättigheter ställs mot gärningsmannens i rättsprocessen.[741] Betoningen på kränkning leder även lätt associationen till en förtjänstetisk hållning, där det klandervärda i gärningen bildar utgångspunkten för ersättningen. Samtidigt kan ovanstående tolkas som en rörelse, som främjar ökad intern självreferens genom att rättvisa och moral återknyter till rättens grundläggande värden, vilken möjliggör koherent argumentering. Rättfärdigande får då mindre betydelse i förhållande till preventionstankar eller andra externa konsekvenser. På samma sätt medför en hänvisning till rättvisa i grunden att något generaliseras och gäller i alla liknande situationer, vilket begränsar andra hänsynstaganden. Paradoxen i kontexten kring kränkningsersättningen är att den kan sägas ligga nära en deontologisk etik knutet till normens skyddsändamål samtidigt som den upplöser gränser och värden som brukar tillskrivas det moderna. Typiskt för situationen är de parallella rörelserna inom området, den historiska återkopplingen och den samtida förankringen kan ses som sammanlänkade företeelser. Frågan om kunskapsgrunden för kränkningsersättningen rör sig således mellan å ena sidan rättens djupare normativa och historiska strukturer och å andra sidan dess relativism, konstruktivism och rättens legitimitetsproblem.[742]

Som framgår av Thams citat ovan går det att knyta expansionen av brottsoffrens kränkningsersättning till övergripande idéhistoriska skiften. En ökad betoning av deontologiska inslag kan ges ökad relevans för både ett nyklassicistiskt straffrättsperspektiv och för en rättighetsbaserad skadeståndsrätt.[743] Risken, som Tham har betonat, är att brottsoffer ställs mot gärningsmannen i ett nollsummespel och att perspektivet överlag blir mer tillbakablickande. Kriminologisk kunskap om gärningspersoner och olika preventiva åtgärder skulle då börja konkurreras med rättssociologis kunskap om rättens överenstämmelse med sociala normer. Om pendel slår

741 Tham, 2005-06, s. 236. Kjell Å Modéer har även ur sitt rättshistoriska perspektiv beskrivit hur den moderna rättegångsbalken från 1942 föregicks av en diskussion om en försvagning av brottsoffret. ”Detta var det sista steget i en utveckling som mera såg till allmänintresset än till målsägandens rättigheter.” Modéer, 2009, s. 252. Den senmoderna straff- och processrätten beskrivs som i grunden förändrad. ”Den fokusering på brott mot staten och allmänheten (från spioneri till falskdeklaration) som kännetecknade den moderna staten har successivt förskjutits mot ett betonande av brott mot den enskilde (sexualbrott, kvinnomisshandel).” Och ”(p)å ett tiotal år förändrades partsställningen i brottmålsprocessen från den i rättegångsbalken identifierade osjälvständiga målsäganden under åklagarmakten till det självständiga brottsoffret som agerade med eget biträde i rättegången.” Ibid. s. 368 f.

742 Tuori, 1997, s. 12. Jfr ”Many influential thinkers – Wittgenstein and Rorty included – have suggested that there are powerful considerations in favor of a relativistic view of epistemic judments, arguments which draw on the alleged existence of alternative epistemic systems and the inevitable norm-circularity of any justification we might offer for our own epistemic systems.” Boghossian, 2007, s. 109. ”Each side will be able to provide a *norm-circular* justification of its own practice; neither side will be able to provide anything more. With what right, then, could either party claim to have a superior conception of rational or justified belief?”, ibid, s. 79.

743 Kant avvisar tanken på att den empiriska verkligheten kan ge upphov till lagar – det nödvändiga. Den riktiga lagen, morallagen, är istället det rena förnuftets produkt. Kants uttryck ”stjärnhimlen över mig och morallagen inom mig” ger en blid av hur Kant såg på saken. Det kategoriska imperativet ”handla på sådant sätt att din viljas maxim alltid samtidigt kan gälla som princip i en allmängiltig lagstiftning” är enligt Kant lagen om lagen eller lagen om själva lagstiftningen. Kant, 2004, s. 52, s. 12.

ännu längre kan man istället anta att betydelsen av empirisk kunskap, i relation till kriminalpolitiken och straffrätten, helt skulle undergrävas.[744] Rättssociologiska ambitioner kan ofta ses som försök att föra in empirisk kunskap för det goda i en teoretisk rättsvetenskap om det rätta. Renner, en av rättssociologins klassiker, kan ses som ett exempel, han argumenterar för att rättsvetenskap är en empirisk och inte en spekulativ vetenskap. Studieobjektet är heller inte rättskällor utan rättens sociala kontext. ”If it were conceived as positive legal analysis only, Kant’s motto, taken from a different context, would justly apply to it: ”a merely empirical theory of law is like the wooden head in Phaedra’s fable – it may be beautiful, a pity only that it has no brains.”[745] Kant och Renner kan ses som två ytterligheter och i regel blandas ofta de renodlade positionerna och brottsoffrens kränkningsersättning skulle kunna ses som ett rättsområde, där kombinationen eller konflikten mellan traditionell pliktetik och kontextens betydelse, förmedlad genom empirisk kunskap, aktualiseras.

Förenklat kan man säga att den historiska skolans främsta representant, Savigny, tog fasta på rättens föränderlighet och betydelsen av det allmänna rättsmedvetandet som en levande rättskälla.[746] Han byggde vidare på den kritik Hegel redan hade angett men knyter rätten i ännu högre utsträckning till den lokala och nationella kontexten.[747] Tanken återkommer i modifierad form, hos Ehrlich och dennes frirättsskola omkring sekelskiftet 1900.[748] Den föregående enhetssträvande idealismen under 1800-talets förbyttes under moderniteten i olika mer partikulära och ”separatistiska” teorier, där rättsrealism och rättspositivism blev de dominerande inom rättsteorin.

---

744 ”En enbart empirisk rättslära är som huvudet av trä i Phaedrus fabel, ett huvud som må vara vackert, synd bara att det saknar hjärna”, Kant, 1996, s. 23. För honom återfinns grunden för en förpliktelse a priori, i det rena förnuftets begrepp, oavhängigt av erfarenheten eller förhållanden i världen. Kelsen och hans rena rättslära har uppfattats som ett neo-kantianskt projket, då Kelsens grundnorm kan ses som ett transcendentalt villkor och gäller därför a priori oberoende av olika sakförhållanden. Bindreiter & Edvinsson, 2006, s. 109, Tuori, 1997, s. 10. Exempelvis var Kant avvisande mot preventionstanken, eftersom en sådan tanke rättfärdigas av skäl som går utöver behandlingen av den enskilde och rättvisans krav på vedergällning. Samtidigt som Kants intåg innebar en renodling av begreppen som skillnaden mellan det ”rätta” och det ”goda”, innebar hans tänkande också en medvetenhet om att vårt tänkande är beroende av våra egna kategorier, vilket vidgar studiet av rätten som fenomen.

745 Renner, 1976, s. 54 f.

746 Aubert ser Savigny och den tyska historiska skolan som viktiga rättssociologiska föregångare, Aubert, 1972, s. 127.

747 Peczenik, 2006, s. 101. Det finns således tidiga sociologiska inslag hos den historiska skolan, Axberger, 1996, s. 36. ”Gundidén för den historiska skolan är däremot snarare att rätten kommer underifrån, från folket, än att den skulle vara överordnad.” Ibid. Margareta Bertilsson har också beskrivit Hegels rättssociologiska relevans för legitimitetsbegreppet. Bertilsson, 1987 s. 326.

748 Strömholm beskriver skolan på följande viss: ”För dennas företrädare var den ’levande rätten’ inte i första hand de regler som lagstiftaren uppdragit utan den hos folket existerande, av de reella levnadsbetingelserna och därtill knutna rättsföreställningarna dikterade rättsuppfattningen. Rättstillämparen borde därför åtnjuta stor frihet att utforma sina avgöranden så att de gav lämpliga och adekvata lösningar i det enskilda fallet. Regeltroheten var en sekundär fråga; de mest radikala frirättsföreträdarna var beredda att acceptera ett system, där domarens på sociologiska studier grundade skälighetsavgöranden i det enskilda fallet var det normala mönstret.” Strömholm, 1996, s. 91.

Samtidigt har mer sammanförande och olika externa perspektiv, som bryter rättens autonomi, ständigt varit närvarande, även inom rättsrealism och rättspositivism och på senare tid har de även vuxit i betydelse.[749] Tanken på en enhetlig monocentrisk rättskällelära framstår då som en normativ förställning, en konstruktion som kan dekonstrueras.[750] Man kan notera en återkoppling till den moderna rättssociologins frö, som finns hos Savigny och dennes historiska rättsvetenskap som utryck för en reaktion mot den systematiska uppfattningen att se ”den gällande rätten vid varje tidpunkt såsom ett avslutat helt”. Istället betraktades ”rätten som en produkt av de faktiskt verkande krafterna i den samhälleliga utvecklingen och den förklaras också mot bakgrund av dessa empiriska betingelser”.[751] Kants pliktetik och tro på tidlösa begrepp har blivit allvarligt kritiserad av utilitarismen och olika former av värdeskepticism, inte minst inom rättsvetenskapen och sociologin. Både utilitarism och värdeskepticism har varit viktiga delar för rättspositivismen och rättsrealismen och det finns flera exempel på kombinationer mellan utilitaristiska och rättspositivistiska idéer liksom mellan samhällsnyttan som övergripande mål med rättsrealistiska inriktningar.[752] Samtidigt, vilket beskrivits ovan, har arvet från Kant återaktualiserats. Samtidigt är tron på universella och tidlösa begrepp och rättsprinciper svårförenliga med dagens situation. Men en kombination är möjlig – det är de rättsligt skyddade intressena och rättigheterna som ökar kunskapsbehovet av hur rättsmedlen verkar empiriskt.[753]

4.2.1 Empirisk kunskap om rätten

Rättspositivismen har varit den dominerande rättsvetenskapliga uppfattningen om hur gällande rätt ska fastställas i det moderna samhället. Sedan slutet av 1800-talet har andra vetenskapliga discipliner som sociologi och antropologi ökat insikten om att den positiva rätten endast är ”ett bland de normkomplex, som reglerar människors beteende i grupp”, som Strömholm formulerar det.[754] ”Den ökade insikten om att det finns normsystem, som fungerar utan den s.a.s. officiella hallstämpel som avgränsade positivismens begrepp ’gällande rätt’, gjorde avgränsningskriterierna

749 Modéer beskriver utvecklingen som ett skifte från en tes (1800-talets idealism) över i modernitetens antites till dagens syntes, där både det förmoderna och moderna samspelar i den senmoderna samtiden. Jfr Modéer, 2009, s. 386 ff.

750 Gustafsson, 2002, s. 153. Det är dock riskibelt att försöka sig på att ge en övergripande bild av så komplexa frågor som de om den historiska rättskälleläran. Ibid. s 154.

751 Wilhelm, 1999, s. 13. Jfr Banakar, 2002, s. 35 om framväxten av “sociological jurisprudence”.

752 “From the standpoint of Legal Realism, the *Freirechtsschule* (“Free-Law” School), and Interest Jurisprudence, one can no longer clearly distinguish law and politics in terms of structural features. If, however, legal decision making can be assimilated to naked power processes, then it no longer makes sense to hold that consistent decisions based on a system of sufficiently determinate norms can secure legal certainty.” Habermas, 1998, s. 201.

753 På ett liknande sätt kan olika intressen knytas till rättigheter i Iherings anda. Ibid, s. 86.

754 Strömholm, 1996, s. 91.

problematiska."[755] Att dra en tydlig gräns mellan rättssociologi och rättsvetenskap har blivit allt svårare, ju mer elaborerande de olika rättsteoretiska och rättssociologiska inriktningarna blivit efterhand.[756] Särskilt gäller detta för den kritiska senmoderna rättsvetenskapen, där rättsdogmatiken och rättspositivismen efterhand har fått ge vika för att svara mot olika samhällsperspektiv, intresseavvägningar och rättighetsdiskurser.[757] Rätten har inom rättssociologin ofta beskrivits befinna sig i skärningen mellan två kunskapsfält eller perspektiv, det vertikala rättsdogmatiska och det horisontella samhällsvetenskapliga.[758] De båda kunskapsfälten ses ofta som beroende av varandra och att kombinationer är önskvärda för att uppnå en förståelse *om* rätten och inte endast *i* rätten.[759] Samtidigt som de empiriska samhällsvetenskaperna och olika "realistiska" rättsvetenskapliga skolor ökat medvetenheten om rättens kontextuella beroende, har det funnits en ambition att avgränsa juridiken från andra normkällor och göra den förenlig med vetenskapens krav på exaktheet och objektivitet.[760] Samtidigt har det funnits en ambition att avgränsa rättssociologin från rättsvetetenskapen för att på så vis slå vakt om sin akademiska särart och status som självständigt ämne.[761]

Genom en historisk överblick ges en ödmjukhet inför tanken på att det skulle finnas några givna gränsdragningar; som bör upprätthållas; istället framträder en påtaglig pluralistisk, mångfacetterad och föränderlig bild, som ibland är direkt motsägelsefull. Om man ska försöka sig på att ge en karakteristisk bild av den rättsvetenskapliga utvecklingen, är det dess pragmatism, som tydligast gör sig gällande. I en generell mening tycks även företrädare för den positivistiska rättsvetenskapens metodinritning uppfatta saken på detta viss. Hellner skriver att "(p)ositvismen karakteriseras i detta avseende som den rättsvetenskapliga metodinriktning som såvitt det är möjligt hämtar *vägledning i lag, förarbeten och prejudikat* samt i *rättens konsekvenser för samhällslivet*. Framställningen och argumentationen söker alltså, i den mån det är möjligt, stöd i detta empiriskt givna material."[762] Hellner ser också gränsen mellan kausala rättssociologiska och finala rättspolitiska förklaringar, som rör ändamålet eller avsikter och är enligt honom vanliga inom rättsvetenskapen, som flytande och

755 Ibid. Vad Strömholm uttrycker är "att det finns många typer av normer som påverkar mänskligt handlande; rättsregler är blott en av dessa" som Sandgren skriver, Sandgren, 2009, s. 178.

756 Min uppfattning är att en betydande mängd av de kritiska inriktningar inom såväl rättsvetenskap som samhällsvetenskap på 1970-talet öppnade upp för gemensamma angreppssätt, som inom den kritiska rättsteorin utgjordes av bland annat Critical Legal Studies och feminismen. Håkan Gustafsson ger i sin avhandling en bild av hur den monocentriska rättsvetenskapen kommit att utmanas och ifrågasättas av den rättspluralistiska uppfattningen. Gustafsson, 2002, s. 105 ff.

757 Se särskilt om de kritiska rättsteoriernas betydelse i en nordisk kontext eller "Åt helvete med harmonin!", Modéer & Sunnqvist, 2010, s. 9 ff.

758 Hydén, 1986, s. 132 f, Åström, 1988, s. 24 ff.

759 Ibid.

760 Jämför Boaventura de Sousa Santos, 1995, s. 73 ff. Hans ambition är att föra in vardagskunskapen, frigörelsen och skälighet i rätten, som fick stycka på foten under modernitetens vetenskapsideal. Ibid, s. 7 ff.

761 Gustafsson, 2011, s. 45.

762 Hellner, 2001, s. 125.

beroende av forskarens intresseinriktning.[763] Detta kan ses som ett relativt anmärkningsvärt uttalande men är nog beskrivande, åtminstone för den teleologiska lagtolkningsmetoden. Sandgren, som har intresserat sig för den rättsvetenskapliga professionen, intar i likhet med flera företrädare för rättsvetenskapen en påtagligt ”liberal” hållning gentemot det egna ämnets gränser och identitet.

> Man kan fråga sig om rättsvetenskapen är en samhällsvetenskap eller kanske snare en humanistisk vetenskap. Rätten är del av samhället, den behandlar ett samhällsfenomen (normer) som syftar till att påverka individer och grupper och har alltså ett handlingsperspektiv. I denna mening är rättsvetenskapen förbunden med samhällsvetenskaperna. Men den är också en normativ textvetenskap som studerar meningen hos sina studieobjekt och fokuserar på förståelse mer än på förklaring. I så måtto är den besläktad med humaniora. Den är alltså orienterad åt bägge hållen. Det är nog bäst att inte försöka inordna den i den ena fållan eller den andra.[764]

Rättssociologiska undersökningar har ibland definierats negativt utifrån traditionell rättsvetenskap. von Eyben skriver exempelvis ”(u)ndersögelsen kaldes retssociologisk, fordi undersögelsemmaterialet ikke omfatter saedvanligt juridisk retskildesstof (lovgivning, retpreksis m.v.), men informationer inhentet hos personer, som retsreglerne anvendes på …”[765] Det finns klara kopplingar mellan min och von Eybens undersökning. En likhet är att han liksom jag utgår från ersättningsreglernas funktion ”men også af en mistanke om, at der muligvis er en vis afstand – måske endda et svaelg – mellen retsregler og virkelighed, mellem teori og praksis.”[766] von Eyben skriver också om behovet av rättssociologisk kunskap och noterar då att ”(d)er savnes derfor stort set emprisk kendsakp till erstatningsrettens funktion ved personskade”.[767] När Sandgren behandlar metodfrågor inom rättsvetenskapen, visar han att empiriska i meningen sociologiska metoder, kan aktualiseras genom rättskälleläran som till exempel rättsuppfattningar. Den rättsvetenskapliga metoden kan även omfatta empiriska metoder såsom intervjuer och kvantitativa metoder.[768] Även om Sandgren betonar att integrationen av empiriskt material med det rättsliga materialet bör göras

763 Ibid, s. 44. Hellner skiljer dock mellan rättssociologisk forskning, som utgår från ett allmänt sociologiskt perspektiv och ett som utgår från juristernas särskilda intressen. ”Den förra bedrivs vanligen av sociologer med samhällsvetenskaplig utbildning. De som ägnar sig åt den senare är ofta rättsvetenskapsmän, som söker en nyorientering av rättsvetenskapen.” Ibid.

764 Sandgren, 2007, s. 14 f. Med tanke på att Sandgren lyfter fram rättsvetenskapens karaktär av normativ textvetenskap, förefaller teologin vara den del av humanioran, som liknar rättsvetenskapen mest. Även sociologin har ansets vara en humnanistisk disiplin men då mer i betydelsen emancipatorisk och öppen för mänskliga villkor. Jfr Berger, 2001, s. 145 ff. Håkan Andersson räknar rättsvetenskapen till de fria konsterna och ser rättsvetenskapen som en konstform. Andersson, 2004, s. 18.

765 von Eyben, 1988, s. 13.

766 Ibid, s. 14.

767 von Eyben, 1983, s. 30.

768 Sandgren, 2007, s. 36 ff. Det finns ett flerat olika förslag på innehållet hos rättskällebgreppet och olika rättskälleläror. Jämför Strömholm, 1996, s. 311. En sådan ”klassisk” rättskällelära utgörs av i nämnd ordning: lag, sedvanerätt, praxis, rättsvetenskap (doktrin), anologi, och ’sakens natur’. Gustafsson, 2002, s. 153. Eckhoff har angett följande rättskollor: 1) Lagtexster, 2) Lagförarbeten, 3) Rättspraxis, 4) Andra myndigheters praxis, 5) Privat praxis, 6) Rättsuppfattningar, 7) Reella hänsyn. Eckhoff, 1987, s. 31.

med omsorg, betonar han att intervjuer och enkäter är värdefulla redskap vid sidan av traditionell juridisk metod.[769] Inom Norden har annars Dahlberg-Larsen tydligast drivit linjen att gränsen mellan rättsvetenskap och samhällsvetenskap bör överbryggas genom en ”samhällsvetenskaplig rättsvetenskap”.[770] I sitt svar till Banakar i en debatt om rättssociologins framtid och kärna i Retfaerd, formulerar Dalberg-Larsen en kritik av den snäva verklighetsbeskrivning, som följer av en skarp distinktion mellan ett internt och externt perspektiv på rätten:

> And this is due to the fact that in my opinion it is a mistake to characterize legal science as being definitley influenced by only one specific view of law (like Banakar does) as distinct from the plurality of paradigms to be found within social sciences in general.[771]

Cotterrell skriver att sociologi och rättsvetenskap är ”inseparable” och Banakar har beskrivit ”the problem of misleading dichotomies”.[772] Det övergripande intrycket tycks vara att flera företrädare för både rättssociologi och rättsvetenskap intar en positiv hållning gentemot användningen av empiriskt material och empiriska metoder. Utmaningen ligger främst i forskarens förmåga att göra en lyckad ”integration” av det empiriska materialet i den rättsliga analysen.[773] Aubert har framhållit detta problem, eftersom juridiken och sociologin de facto ofta har olika funktioner, bak-

769 Ibid, s. 41 f. Sandgrens poäng är att rättsvetenskapsmannen inte behöver sätta likhetstecken mellan juridisk metod och rättsvetenskaplig metod. Jfr Sandgren, 2009, s. 12. Bland annat lyfts empiriska metoder fram, om syftet är att göra en värdering av ett rättsområde (som allmänhetens eller vissa gruppers värderingar eller föreställningar) eller ett rättsområdes funktion eller dess effekter. Sandgren, 2009, s. 29 ff. I likhet med Hydén lyfter Sandgren fram behovet av empiriskt material relaterat till lagstiftning, vars materiella innehåll är ringa och där resultatnormerna står i centrum. Ibid, s. 41.

770 Dahlberg-Larsen, 1977, s. 540 och Dahlberg-Larsen, 1992, s. 65. Särskilt vad han skriver om en integrativ rättsvetenskap är intressant utifrån mitt perspektiv, då den i likhet med min studie integrerar sedvanlig juridisk analys och metod med rättsteori och empiriskt material. Ibid.

771 Dalberg-Larsen, 2000, s. 37.

772 Cotterrell, 1998, Banakar, 2003.

773 Sandgren, 2009, s. 55 f.

grunder, perspektiv och tankesätt kring till exempel ett visst samhällsförhållande.[774] Genusforskningen inom rättsvetenskapen är ett dynamiskt exempel på hur både ett internt och externt perspektiv på rätten kan integreras och att det dessutom är nödvändigt för att man ska förstå dess betydelse.[775] Detta har utryckts på följande sätt av Åsa Gunnarsson och Eva-Maria Svensson:

> I en stor del av den rättsvetenskapliga forskningen har föreställningen om rätten huvudsakligen varit att den är ett bestämt objekt fritt från mänsklig subjektivitet och värderingar. Fokus har framför allt legat på att bygga rätten som ett logiskt och motsägelsefritt system än på att påvisa inkonsekvenser och orättvisa effekter, då rätten möter verkligheten. Genusrättsvetenskapens grundläggande ställningstagande, att kön påverkar rätten och vår kunskap om den, gör att detta antagande ifrågasätts. Rätten är i allra högsta grad ett mänskligt skapat fenomen, som hela tiden handhas av människor i konkreta situationer och förändras i ett brett sammanhang. Idén om rätten som ett mer eller mindre slutet system och objekt avvisas.[776]

Redan Strahl konstaterade i den legendariska boken ”Makt och rätt”, författad utifrån den föreläsningsserie han höll i Uppsala på 1950-talet, att det rättsvetenskapliga intresset för sociologiska undersökningar ”säkerligen är ett framsteg men bör icke

774 Aubert, 1972. Enligt Sandgren kan en ”integrativ rättsvetenskap” komma till rätta med detta problem. Sandgren, 2009, s. 57. Sociologi är ett mycket brett ämnesområde och på samma sätt förhåller det sig med juridiken och rättsvetenskapen. Hart har poängterat att frågan ”What is law?” är återkommande och jämför med att medicinare inte ständigt återkommer till ”What is medicine?”. Hart, 1997, s. 1. Hellner däremot anser att Harts fråga är teoretisk och har ringa praktisk betydelse, särskilt inom förmögenhetsrätten. Hellner, 2001, s. 22. I sin recention av Kleinemans avhandling kom Carl Martin Roos att kritisera Kleineman för dennes metoduppfattning rörande gränsen mellan rättsdogmatik och rättssociologi, Roos, 1988, s. 46 f. Se Kleineman, 1987, s. 10, Kleineman, 2011, s. 286. I Kleinemans avhandling går dock, enligt Roos, kritiken av ”domstolarnas överdrivna beroende av lagstöd” som en röd tråd. Rättsutvecklingen borde istället ”anförtros en frimodig domarkår än låsas i stela lagbud.” Roos, 1988, s. 47. Jämför med hur Hart bryter dinstinktionen mellan externt respektive internt genom att ta fasta på att regler är sociala. Då blir det relevant att studera vilket förhållningssätt aktörer intar gentemot regeln, trots att Hart är rättspositivist. Hart ”asks us to consider the *social* dimension of rules, namely the manner in wich members of a society *percive* the rule in question, their attitude towards it. This 'internal' aspect distinguishes between a rule and a mere habit.” Wacks, 2009, s. 101. För egen del anser jag att empiriska undersökningar, i meningen samhällsvetenskapliga, i regel inte utgör grund för att fastslå gällande rätt men att samhällsvetenskapliga teorier och metoder ändå kan utgöra en del av rättsvetenskapliga verk.

775 Hollander & Alexius Borgström, 2005, s. 130.

776 Gunnarsson & Svensson, 2009, s. 108. Evaluering är idag ett återkommande begrepp inom samhällsvetenskaplig forskning men Adam Podgorecki skrev i början av 1970-talet: ”It is not the job of scientists to take the legislature's decisions, but it is their duty to warn it about possible mistakes and to provide it with data enabling it to act on adequate evidence rather than guesswork, intuition or sudden revelation.” Podgorecki mfl, 1973, s. 66. Om återkoppling (feed-back) inom rättssystemet se Victor, 1977, s. 247, Aubert, 1972, s. 69 ff. och Sand, 1999, s. 56. Utifrån mitt ämne kan sägas att ett problem utgörs av att det saknas kunskap om hur meddelandet (ersättningen) mottas av mottagaren, som främst består av brottsoffret men även av allmänheten.

förleda till en *sammanblandning av sociologi och juridik.*"[777] Anledningen enligt Strahl är att lagar och domstolsavgöranden inte endast är orsaker till att människor handlar på ett visst sätt utifrån en sociologisk synpunkt utan även fungerar som vägledning för folks handlande. Strahl tillägger att allmänheten även uppfattar rättsreglerna på detta sätt som normativa.[778] När rättens uppgift diskuteras, kan man därför inte bortse från att ändamålssynpunkter är en naturlig del av såväl rättskipningen som lagstiftningen. Det finns en närmast evig fråga, om det inte finns "en norm som rätten bör följa" och vad denna då utgörs av. Ett sådant krav har länge utgjorts av att rätten bör tillfredsställa rättskänslan. Om rätten är något mer än regelbundenheter i mänskligt handlande och den dimensionen utgörs av normativ vägledning, måste förhållandet till rättens adressater vara viktigt. Inom skadeståndsrätten brukar preventionen och culparegeln ses som exempel på betydelsen av sådan förankring, om rättsreglerna ska verka effektivt.[779] Även om man betonar vikten av att inte likställa juridiken med sociologin, därför att juridiken är normativ, finns kunskapsbehovet om hur den sociala kontexten, som omger rättsreglerna ser ut. Håkan Gustafsson formulerar förhållandet mellan de idealtypiska metodologierna, rättsvetenskap och rättssociologi på följande kärnfulla vis: "Jag förespråkar alltså inte några vattentäta skott mellan dem – skutan får och bör läcka, men man skall alltså vara observant på hur och var den läcker."[780] Från sociologiskt håll har särskilt Torgny Segerstedt visat intresse för rättsliga, kriminologiska och rättssociologiska aspekter kring olika normer.[781] En delvis annan men närliggande fråga är den om relationen mellan rätten eller juridiken och vetenskapen som generell extern kunskapskälla. Frågan om juridiken är en vetenskap har ställts flera gånger.[782]

Slutligen bör man tillägga att även om det inom rättsvetenskapen finns och har funnits en medvetenhet om rättens beroende såväl av det omgivande samhället som av andra akademiska discipliner, kan det konkreta utfallet vara relativt tunt. Exempelvis finns det en lång tradition i Norden av att betona rättens psykologiska aspekter men det har inte resulterat i att rättspsykologi utvecklats till något betydande akademiskt ämne inom de juridiska fakulteterna. Redan 1907 presenterade

---

777 Strahl, 2005, s. 145. Baier och Svensson har formulerat detta som att "(r)ättsvetenskapen distanserar sig från samhällsvetenskapen och den konkreta verkligheten i det att metoden är renodlat *deduktiv*; samhällsvetenskapen i sin tur distanserar sig från rättsvetenskapen på grund av att rättsvetenskapen är *normativ.*" Baier & Svensson, 2009, s. 23 f.

778 Strahl, 2005, s. 146.

779 Ibid, s. 163.

780 Gustafsson, 2002, s. 90 f.

781 Segerstedt, 1972, s. 608 f., Svensson, 2008, s. 55.

782 Ahlander, 1950, Wahlberg, 2010. Wahlberg inleder sin avhandling med att konstatera att rättsliga avgöranden ofta är beroende av empiriskt material och att både rätten och vetenskapen måste hantera osäkerhet kring vilka bevis som är tillräkliga för att bevisa något. Men efter det konstaterar Wahlberg att det föreligger betydande epistemologiska och ontologiska skillnader mellan rätten och vetenskapen. "More generally, legal rules refer to entities whose importance depends on a complex of legally relevant considerations – considerations relating to morality, economic factors, casual potental, legal efficienty, predictability, and so on." Ibid, s. 51. Därför kommer Wahlberg till slutsatsen att "when legal and scientific ontology differ *the legal ontology should be given priority in a legal context.*" Ibid, s. 53.

Hagerup tanken på att rättens bindande verkan är ett psykologiskt fenomen i en artikel med rubriken ”Det psykologiske grundlag for retten”.[783] Inom den skandinaviska rättsrealismen var olika psykologiska aspekter och förklaringsmodeller populära. Särskilt Alf Ross och dennes direktivteori kan nämnas som exempel. För Ross är rättsregler yttringar utan representativ mening men med påverkansintention i ett socialpsykologiskt meningssammanhang och rättsvetenskap är följaktligen empirisk kunskap om de socialpsykologiska fenomenen.[784] De praktiska svårigheterna med att genomföra och relatera empiriska undersökningar till den rättsliga regleringen är också väl dokumenterade. Roos skriver exempelvis om olika metodproblem inom ersättningsrättslig forskning med rättssociologisk inriktning, samtidigt som han tonar ner dem, då en ungefärlig uppskattning ofta räcker långt.[785]

4.3 Några utgångspunkter för den empiriska studien

4.3.1 Tolkningsmetodens betydelse

Utifrån den ovan beskrivna frirättsskolan och Ehrlich bidrag utvecklades den radikalteleologiska lagtolkningen och intressejurisprudensen genom bidrag av Rudolf von Ihering, Francois Gény, Herman Kantorowicz och Philip von Heck.[786] Den teleologiska metoden möjliggör ett studium av rättsreglerna, där dessa inte endast ses som företeelser i ett begreppsligt system utan mot bakgrund av de värderingar, som bildar rättsreglernas handlingsdirigerande effekter. Betydelsen är således att koppla samman rättens övergripande värden och ideologier med de konkreta rättsreglerna.[787] Genom den teleologiska tolkningsmetodens fokus på rättsreglernas ändamål öppnas frågan om dess effekter och dess praktiska nytta i relation till dessa ändamål. Som noterats tidigare finns det en tydlig koppling mellan den teleologiska metoden och ett rättssociologiskt perspektiv på rätten.[788] Närliggande till den ovan beskrivna teleologiska lagtolkningsmetoden ligger den tyska intressejurisprudensen, som ville

783 Graver, 2010, s. 21.
784 Ibid, s. 22 f. Ross, 1953.
785 ”I juridiska sammanhang är nämligen sällan absolut exakthet eftersträvansvärd” skriver Roos, 1984, s. 509. Jfr Hellner i SOU 1969:58.
786 Peczenik, 1995, s. 366.
787 Lehrberg, 1991, s. 762 f.
788 Åström skriver ”(t)vå tolkningsmetoder, den teleologiska företrädd främst av Ekelöf och Boldings ’öppna modell’, är båda intressanta i diskussionen om normrationalitet och målrationalitet å ena sidan och normativ kunskap och kausalvetenskaplig kunskap å den andra. Både Ekelöf och Bolding försöker finna en logisk grund för att med hjälp av empirisk kausalvetenskaplig kunskap på normativ väg komma fram till vad som är gällande rätt.” Åström, 1988, s. 34.

komplettera och skapa en fastare grund för den teleologiska lagtolkningen genom att ta fasta på de intressen och värderingar, som den aktuella rättsregeln uttrycker. Rätten sågs som ett medel för att tillvarata och skydda förekommande intressen, vilka borde studeras rättssociologiskt.[789] En annan ambition var även att vidga den rättsvetenskapliga förståelsen av rätten i kritik mot både naturrättsliga och rättspositiva perspektiv.[790] Även om en del av de skolor och tolkningsläror som här nämns har haft en begränsad betydelse, så kan man i en generell mening säga att vi gemensamt, både rättsvetenskap och rättssociologi, mer eller mindre vandrar i Iherings fotspår.[791]

Peczenik beskriver att lagtolkningen ”går ut på att lagen tolkas i anknytning till olika i samhället accepterade värdeomdömen, bl. a. sådana som belyser lagens ändamål. Allt som bevisar något om dessa värdeomdömen, och sålunda om lagens ändamål, ingår i den teleologiska lagtolkningens suppleringsbasis.”[792] Teleologisk lagtolkning innebär enligt Peczenik, att man i praktiken ”öppet arbetar med hänsynstagande till ändamål och praktiska konsekvenser.”[793] Den fria tolkningsstilen, som används vid teleologisk lagtolkning och fri tolkning, kännetecknas ofta av en ”lös argumentation, t.ex. beträffande ’allmänt rättsmedvetande’” enligt Ulf Bernitz medan Folke Schmidt å sin sida talar om öppna argument utan direkt stöd i rättskälleläran.[794] Den teleologiska metodens ”fader” i vårt land, Ekelöf, erkänner att metoden innefattar värderingar och normativa ställningstaganden de lege lata, vilket medför att distinktionen mellan deskriptiv och normativ inte är ändamålsenlig. Peczenik är kritisk mot att Ekelöfs teleologiska tolkningsmetod, som i sin renodling skulle innebära en ”flykt till rättssociologin”, särskilt när den kombineras med den skandinaviska rättsrealismen.[795] Även Sandgren tar fasta på att en teleologisk metod ”kräver rimligen att empiriskt material uppmärksammas i ökad grad, eftersom en sådan rättsvetenskap ställer rättsreglernas handlingsdirigerande effekter i förgrunden.”[796] Bert Lehrberg har kritiserat civilrättsforskningen för att oreflekterat ha intagit ett rättsdogmatiskt ”domstolsperspektiv” och ser positivt på tendensen att lyfta fram ändamålsöverväganden och den teleologiska metoden för att den möjliggör att rättsreglerna studeras som samhälleliga företeelser. ”I förlängningen tillhandahåller emellertid metoden också verktyg för att formulera ett nytt sådant övergripande system av grundläggande värden, som tidigare främst utvecklats inom naturrätten” skriver Lehrberg.[797] Det viktiga är dock att den teleologiska metoden öppnar upp för ett tvärvetenskapligt perspektiv på rätten.

789 Liknande tankar återfinns hos de tidiga amerikanska rättsrealisterna (till exempel Roscoe Pound) som såg rättstillämpningen som en form av ”social engineering”. Jfr Peczenik, 1995, s. 367.
790 Banakar, 2002, s. 33 ff.
791 Jfr Strömholm, 1976, s. 17 f., Samuelsson, 2008, s. 77.
792 Peczenik, 1974, s. 150.
793 Ibid.
794 Ibid, s. 66f.
795 Peczenik, 1995, s. 374.
796 Sandgren, 2009, s. 52 f.
797 Lehrberg, 1991 s. 762.

Teleologisk lagtolkning eller ändamålstolkning är den tolkningsmetod, som ligger närmast den jag själv använt mig av, när jag försökt förstå den rättsliga utformningen av kränkningsersättning till brottsoffren. Det betyder att man tar fasta på betydelsen av lagstiftningens syfte och dess ändamål på rättsordningsnivån, främst genom studier av förarbetsuttalanden och att mitt perspektiv i huvudsak är de lege lata, alltså inriktat på rättstillämparen i enlighet med andra som utgår från Ihering, Ekelöf och Savigny.[798] Rättspolitiska värderingar måste beaktas men också att ändamålet med lagstiftningen kan komma att förändras, efterhand som nya omständigheter tillkommer. Främst tillämpas metoden på de säregna fallen, där lagtext och förarbetena ger dålig vägledning av vad som gäller, vilket kan sägas vara fallet vid kränkningsersättningen.[799] En invändning mot Ekelöfs lagtolkningslära är att den har ett monistiskt drag, som kan medföra en stel fokusering vid förarbeten (eller prejudikat) till lagregeln, som ska tillämpas.[800] Hellner har anmärkt att det funktionalistiska grundantagandet får en konservativ prägel, som är mindre lämplig vid lagstiftningsfrågor och en analys de lege ferenda. Å andra sidan skriver Hellner att en funktionell modell som Ekelöfs är mer lämplig vid fokus på rättstillämpningen och dess relation till allmänhetens värderingar.[801]

Enligt Hydén utgör Stjernquists viktigaste budskap just att ett användarperspektiv på rätten lyfter fram samspelet mellan rättsliga former och andra utomrättsliga motivationsfaktorer. Därför leder perspektivet till att det blir viktigt att förstå de mekanismer, som påverkar beteendet hos de aktörer, som berörs av den aktuella regleringen.[802] Även Sandgren lyfter fram värdet av en ”ändamålsorienterad” rättsvetenskap utifrån Ekelöfs teleologiska metod och att en sådan rättsvetenskap har ett ökat behov av empiriskt material.[803] Samtidigt visar den teleologiska lagtolkningsmetoden hur metodologiska överväganden får teoretiska implikationer och vise versa. Principerna för juridisk argumentation och lagtolkning betecknas ibland därför ”metanormer”, vilket anknyter till Harts teori om normer för normer – jämför med igenkänningsregeln.[804] Den teleologiska metoden tar vidare fasta på ”the discretion thesis” inom rättspositivismen, eftersom domstolen vid svåra fall är tvungen att skapa ny rätt men därmed även söka ändamålsvägledning så gott det går för att nå en så sammanhängande argumentation som möjligt.[805] Som jag beskrev i inledningskapitlet, passar kränkningsersättningen att studeras mot bakgrund av de teleologiska ändamåls-

798 Hellner, 2001, s. 175 ff.

799 Enligt Ekelöf har ett lagstadgande ett kärnområde och mera vaga delar, vilket påminner om Harts betonande av språkets vaghet. Ibid, s. 178.

800 Ibid, s. 182.

801 Hellner, 1972, s. 302.

802 Hydén, 1988, s. 221.

803 Sandgren, 2009, s. 52 f.

804 Ibid, s. 74. Jfr Hart, 1997, s. 79 ff.

805 Peczenik, 1995, s. 375 ff. Jfr Wacks, 2009, s. 94 f. För Hart är det främst rättens språkliga beroende, som gör att rättregler har svårt att på förhand ge lösningar på olika uppkomna situationer och problem. Ibid, s. 100.

frågorna, eftersom ersättningstypen medför en rad osäkerhetsfaktorer, inte minst metodologiskt.[806]

Min empiriska studie är utformad i nära anknytning till den rättsliga utformningen av kränkningsersättningen och till de rättsliga källor, som beskriver ersättningens funktioner och olika överväganden.[807] Den utgår därför från ett inom skadeståndsrätten traditionellt funktionellt perspektiv, då fokus ligger på att följa upp ersättningens funktion, så som den framgår av rättskällorna.[808] När man inom skadeståndsrätten talar om skadeståndets funktioner eller ändamål, är det i regel frågan om verkningarna av rättstillämpningen på olika skadevållare och skadelidande eller övergripande värden som rättvisa eller samhällsnytta, som avses och inte samhällsvetenskapens funktionalism.[809] Min främsta källa har varit Hellners utredning om en rättssociologisk undersökning av skadeståndsrätten.[810] Jag kommer i det följande att återge de aspekter i Hellners framställning, som varit av särskilt intresse för min undersökning.[811] Hellners föreslagna undersökning avsåg hela rättsområdet men jag har endast tagit fasta på kränkningsersättningen och dess betydelse för brottsoffren. Hellner tar i sin beskrivning fasta på flera aspekter, som jag ansett vara av vikt även för min studie. För Hellner rör den centrala frågan att öka förståelsen och värderingen av rättsliga institutioner i dess huvuddrag samt hur reglerna faktiskt fungerar. Här ligger alltså fokus på rättsreglernas funktion. Dessa definierar Hellner som: 1) ersättning för förlust, 2) överflytta förlusten till någon annan, 3) den förlust som drabbat den skadelidande ”pulvriseras”, 4) prevenerande mot skador, 5) att tillfredsställa rättskänslan.[812] Därtill lägger Hellner frågor som dess överensstämmelse med allmänt rättsmedvetande och dess betydelse som medel att påverka handlandet. Men dessa aspekter ingår även i skadeståndsrättens ambition att tillfredsställa rättskänslan genom att ge den skadelidande en känsla av upprättelse och skipande av rättvisa. Därmed blir det enligt Hellner intressant att ”söka fastställa attityder hos

806 Ekstedt, 1977, s. 87 ff.

807 Visserligen kan man kalla även rättskällematerialet för empiriskt material men vanligen resarveras begreppet empiriskt material till sådan, som insamlats med metoder såsom intervjuver eller enkäter, som vanligen används inom samhällsvetenskapliga ämnen. Jämför Sandgren, 2099, s. 85.

808 Banakar, 1998, s. 11 ff. Mitt forskningsområde motsvarar i stort vad som brukar kallas för ”socio-legal studies” i den meningen att utgångspunkten är den internt rättsliga bestående av rättskonstruktioner och rättssatser om ersättning för kränkning till följd av brott. Ibid, s. 6. Jfr Strahl, 2005, s. 158. Även Renner kan sägas ha intagit detta rättssociologiska perspektiv vid studiet av hur civilrättens olika institutioners sociala funktioner formas mot bakgrund av förändrade normer. Renner, 1976, s. 74 ff.

809 Andersson, 1993, s. 319 ff, Dufwa, 1993, s. 1681 ff.

810 1966 bemyndigades Hellner av dåvarande departementschefen att undersöka möjligheterna till en rättssociologisk undersökning av skadeståndsrätten. Intresset för rättssociologiska frågor låg i tiden och Lennart Geijer betonar på flera ställen i propositionen vikten av rättssociologisk kunskap inom skadeståndsområdet. Prop. 1972:5 s. 81 f.

811 SOU 1969: 58. Bakgrunden var att Nordiska rådet formulerade en önskan att undersöka skadeståndsrätten i samband med att den då skulle reformeras för att bättre motsvara samtidens krav. Man behövde kunskap om hur skadeståndsreglerna fungerar samt var reformbehoven fanns och insåg då att det saknades empiriska kunskaper. Ibid, s. 32.

812 Ibid, s. 27 ff.

olika kategorier av berörda parter och hos allmänheten."[813] Hellner skriver vidare att "(n)ågon undersökning av attityderna hos den allmänhet, som ej själv kommit i beröring med skadeståndskrav, har veterligen ej utförts."[814]

De aspekter, som här berörts, är alla relativt abstrakta och teoretiska men Hellner framhåller att administrationen av ersättningssystemet är av betydelse liksom aspekter, som den tid det tar innan ersättning utbetalas samt kunskap om ersättningssystemet hos berörda parter.[815] Han tog också fasta på att det var ersättningsförhållandena vid personskadorna, som bör vara huvuduppgiften för en kommande rättssociologisk undersökning. I centrum skulle ersättningsbehovet stå. Därmed kom Hellner in på frågan om hur de skadelidandes förluster ska beräknas för att kunna avgöra i vilken mån, som de blivit ersatta och han finner att de skadelidandes reaktioner på sin aktuella situation bör bli föremål för att närmare undersökas.[816] Genom att utfråga de skadelidande om deras reaktioner finner Hellner att man därigenom även får upplysningar om rättskänslan hos dessa personer. Eftersom skadeståndsreglernas gensvar i rättskänslan och "rättvisan" är en del av funktionen hos skadeståndsrätten och även är kopplad till preventionen, fångar dessa frågor en del av hur väl ersättningssystemet fungerar.[817] En sådan fråga, som Hellner tar fasta på, är hur olika omständigheter vid skadans uppkomst, som vem som står för beloppet, påverkar rättsmedvetandets syn på om den skadelidande bör vara berättigad till full ersättning för sin förlust.[818] Slutligen berör Hellner skador orsakade genom våldsbrott och därmed den viktimologiska dimensionen hos skadeståndsrätten. Enligt Hellner hade denna aspekt börjat uppmärksammas både i riksdagen och i massmedia. Brister har påtalats och dessa har relaterats till "att skyddet för den personliga integriteten tillhör rättssamhällets angelägnaste uppgifter."[819] Hellner anser att en undersökning kring skador med brottslig koppling bör sättas i en särställning och inte göras beroende av de mera allmänna undersökningarna, som han beskrivit, även om resultaten kan utnyttjas ömsesidigt. Forskningsuppgiften att utreda gärningsmännens betalningsvilja

813 Ibid, s. 30. Hellner sammanfattar det som aspekter "hur det förhåller sig med de fakta som antages påverka rättskänslan" och "förekomsten av 'claims consciousness'". Ibid. Adam Podgorecki skriver om rättssociologisk "research into public opinion concerning the genereal appreciation of law and its functioning." Podgorecki mfl, 1973, s. 75.

814 SOU 1969:58, s. 30.

815 Ibid, s. 31.

816 Ibid, s. 39.

817 Ibid, s. 56. "Den rättspolitiska målsättningen är att skapa ett regelsystem som tillgodoser allmänt erkända krav på social rättvisa och trygghet…" Prop. 1972:5 s. 83. Se även Strahls utredning på denna punkt, SOU 1950:16 s. 68: "Ett vanligt önskemål är att åstadkomma en skadeståndsrätt som erbjuder för rättskänslan tilltallande lösningar av uppkommande ersättningsfrågor."

818 SOU 1969:58, s. 57. Hellner tillägger dock att "en undersökning av allmänhetens uppfattning om rättvisan i skadeståndsreglerna möter således många fallgropar." Ibid.

819 Ibid, s. 46.

och i vilken grad, som de tilldömda brottsoffren faktiskt erhåller skadeståndet, hör närmast hemma inom kriminologin enligt Hellner.[820]

Hellners utredning var endast en ”förberedanande” utredning och någon verklig undersökning genomfördes aldrig. Liknande ambitioner som Hellner hade fanns även i de nordiska grannländerna, men även där resulterade inte ambitionerna i något konkret resultat.[821]

4.4 Det allmänna rättsmedvetandet

4.4.1 Inledning. Från rättskälla till ingenjörskonst.

Utifrån Hellners utredning om behovet av en rättssociologisk undersökning av skadeståndsrättsliga frågor framgick att en sådan undersökning är viktig för förståelsen och värderingen av regelverket. Frågan om ersättningsrättens verkliga funktioner utifrån empiriska undersökningar formulerades i nära anslutning till ersättningsförhållandena för enskilda skadelidande och hur reglerna och dess tillämpning överensstämmer med allmänt rättsmedvetande. En kärnfråga i arbetat för att tillvarata brottsoffrens situation är huruvida regelverket är ändamålsenligt utformad. Ändamålen är att minska skadeverkningarna av brotten och andra kriminalpolitiska ambitioner som att öka tryggheten och minska brottsligheten.[822] Brottsskadeersättningen, där kränkningsersättningen utgör den dominerande delen, ingår i rättsväsendets reparativa verksamhet.[823] Därför är kunskap om utifrån vilka parametrar, som brottsoffer och allmänhet upplever och bedömer dessa ersättningar viktig. För att minska brottsoffrens skador och lidande och dessutom ge upprättelse

820 Ibid, s. 47. När Hellner skrev den aktuella utredningen, fanns inte den viktimologiska forskningen som begrepp, utan brottsofferperspektivet som sådant böjade uppmärksammas först under 1970-talet i Sverige. Jerzy Sarnecki definierar brottsofferperspektivet som en del av det mer övergripande brottspreventiva området inom kriminologin. ”Brottspreventiva är sådana åtgärder och förhållanden som minskar sannolikheten för brott och/eller reducerar skadeverkningarna (inklusive rädsla) av brott.” Sarnecki, 2009, s. 482. Därmed skulle även kränkningsersättningen, som är tänkt att fungera reparativt, ingå i rättsväsendets brottspreventiva åtgärder. Hellner var redan inne på tankegången, när han noterade att tillfredställande av skadelidandes och andras rättskänsla var kopplat både till preventionen och reparationen hos skadeståndsrätten utöver ett mer generellt rättvisekrav. SOU 1969:58 s. 29 ff. Jfr om empiri och kunskap om rättsreglernas verkningar inom rättsvetenskapen, Hellner, 2001, s. 111 ff. Se även Aubert, 1972, s. 13 ff.

821 von Eyben, 1983, s. 28. Strömbäck, 1999, s. 1172.

822 Dir 2010:84.

823 Inom politikområdet ”Rättsväsendet” är syftet att ge stöd till dem, som drabbas av brott, ett av verksamhetens huvuduppgifter, som i sin tur sorteras under rättsväsendets verksamhetsområde 5: ”Reparativ verksamhet”. Jfr Prop. 2004/05:1. 4., s 51 ff och Dir. 2010:84 s. 4.

och gottgörelse, måste man ha en bild av hur behovet ser ut.[824] Detta är också viktigt för att vinna allmänhetens förståelse för kriminalpolitiken och de prioriteringar, som görs. Kunskapen och förståelsen om normativa föreställningar och uppfattningar om rätten samt kunskaper om och attityder till lagstiftning och dess tillämpning hos både allmänheten och brottsoffren är viktiga för att förstå i vilket sammanhang ersättningen verkar. Denna normativa miljö bildar utgångspunkten för vilken roll, som ersättningen får men den bildar också en förståelse för att den är föränderlig, vilket medför att rätten också ständigt behöver utvecklas och anpassas.[825] Endast genom en god förståelse och detaljrikedom om under vilka sociala villkor, som ersättningssystemet fungerar i praktiken, kan ersättningen förmå att spegla dessa villkor.[826]

Historiskt har två alternativa och från varandra uteslutande teorier existerat om vad gällande rätt är – religiösa eller sekulariserade naturrättsteorier, som i princip ser rätten som oföränderlig och rättspositivistiska teorier, som oftast ser rättens grund sprungen ur lagstiftarviljan.[827] Idéen om rättsmedvetandet som en betydelsefull faktor för rätten har sin udd riktad mot båda teorierna, då rättssystemet förstås såsom avhängigt av de historiskt utvecklade samhällsförhållandena. Vidare finner man att tanken på ett rättsmedvetande som en betydande rättskälla vid sidan av eller till och med som grund för den positiva rättens giltighet, återfinns i båda följande rättsteoretiska skolor; direkt enligt den historiska skolan och mer indirekt enligt frirättsskolan. I fallet med den historiska skolan betonades det allmänna rättsmedvetandet mot bakgrund av romantiska och organiska uppfattningar att rätten inte går att intellektuellt abstraheras fram av juristen själv, utan denne är beroende av en förståelse av traditionen och folket, som sedan genom rättsvetenskapen kan omvandlas till vetenskap om rätten. I kontrast har rättspositivismen traditionellt sett ”lagstiftarens vilja” bakom varje lagstiftningsprodukt och sällan ansett sig nödgad att söka sig djupare eller ställa andra frågor om till exempel det politiska spelet, som föregår lagen eller ett externt kritiskt värderande synsätt på gällande rätt. Ehrlich beskriver det historiskt ”(t)he teachers of the Natural Law School, in their day, had a much deeper insight into the matter inasmuch as they endeavored to base the law upon the sense of justice, i.e. upon the social trends of justice; Savigny and Puchta with their doctrine of the popular consciousness of right and law as the basis of legal development merely restated thoughts of the natural law in terms of a social point of view.”[828]

Om den tidiga rättspositivismen ansåg att ett rättssystem existerar, när en befolkning har fått vanan att åtlyda befallningar från en viss källa, kom denna uppfattning att radikalt utvecklas och kritiserats av Hart. Enligt Hart ignorerar den klassiska be-

824 Den så kallade kritiska viktomologin utgår ifrån att man tidigare inte tagit tillräcklig hänsyn till brottsoffrens behov och intressen. Jämför Wergens, 2002, s. 27 och Fattah, 2000, s. 37.

825 Eller med Reuterskiölds ord: ”Rättsmedvetandet är människans eget medvetande, så vidt detsamma är verksamt med afseende å det yttre samhällslifvet. Dess innehåll beror af detta samhällslifs faktiska gestaltning och är alltså växlande.” Reuterskiöld, 1912, s. 67 f.

826 Brottsoffermyndighetens referatsamling, 2003, s. 32. Jfr prop. 2000/01:68, s. 19 och 51 f.

827 Victor, 1981, s. 160. Man talar därför ibland om voluntaristisk rättspositivism – lagen som suveränens befallning.

828 Ehrlich, 1962, s. 213.

fallningsteorin frågan om *vad* det är som ger den, som befaller, auktoriteten till detta. Hart visar på att rätt inte endast är en fråga om makt utan om regler (och regler om regler) och åtlydnad av regler. Genom ”igenkänningsregeln”, som fungerar som en slags kompetensnorm, specificeras kriterierna för vilka regler, som är giltiga. Genom att skilja på en regels giltighet och dess status och värde med en yttre måttstock, blir det möjligt att diskutera helt nya aspekter till skillnad från vad de traditionella rättspositivisterna möjliggjorde. Med tiden har skillnaderna mellan rättspositivism och naturrätten därför minskat.[829]

Som har framgått finns det också två grundläggande skillnader inom rättsvetenskapen i synen på rättens förhållande till rättsmedvetandet. Den ena, mer sociologiskt inspirerad, betonar rättens uppgift att fungera som social ingenjörskonst och betonar ofta preventionens betydelse inom skadeånds- och straffrätt. Den andra betonar rättens uppgift att följa och spegla de rådande värderingarna i samhället, ofta i relation till rättens behov av acceptans och legitimitet. Det första perspektivet har ett radikalt och modernt drag över sig, medan det sistnämnda är den traditionella hållningen. Lernestedt har beskrivit polerna på ett intressant sätt: ”Ideologiskt och tillspetsat kunde situationen nog beskrivas i termer av olika ’maktsfärer’: i ena ringhörnan en positivistisk, rätt kasuistisk lagstiftare, i vars ögon straffrätten ofta är ett verktyg bland andra för att uppnå samhällelig förändring (’straffrätt är att vilja’, för att travestera *Olof Palme* och återknyta till vad som inledningsvis i kapitlet sades om ingenjörskonst), i andra ringhörnan en stor del av doktrinen, med delvis andra ideal, och också med en både öppnare och mer fördjupad syn på vad som egentligen ’ingår’ i straffrätten, med en annan åsikt i fråga om vad som är ändringsbart och inte, och så vidare. Doktrinen ser sig enligt denna tradition som tjänande ’folket’ skilt från staten, och där finns ett slags gerillamentalitet mer eller mindre starkt uttalad.”[830]

Att utöver skadeståndsansvaret för ekonomisk skada under vissa omständigheter lägga ett skadeståndsansvar för ideell skada på den ansvarige, kan ses som en ”extra” betoning av preventionens värde. Problemet är då att om en ideell skada är för handen, finns det också en uppfattning om att den skadelidandes skada skall kompenseras, även om det inte grundas på culpa.[831] Idag ser vi hur brottsskadeersättningen inte fordrar någon culpabedömning och grundas heller inte på någon uttalad preventiv idé.[832] Det ska dock inte tolkas som om preventionens betydelse överlag är överspelad, utan endast att skadeståndsrätt och ersättningssystemet speglar våra rättsliga traditioner och institutionella, sociala och politiska förhållanden. I den traditionen har förhållandet och hänsyn till rättsmedvetandet mer eller mindre varit

829 Man talar även ibland om en naturrättslig renässans under senare delen av 1900-talet. Se Klami, 1990, s. 25, SOU 1999:76, s. 76, Josefson & Stjernquist, 1961, s. 79. Även Hart har berört temat: “Natural Law arguments were revived in Germany after the last war in response to the acute social problems left by the iniquities of Nazi rule and its defeat.” Hart, 1997, s. 208.

830 Lernestedt, 2010, s. 87.

831 SOU 1957:36 s. 43. Edvard Nilsson har beskrivit rättsfrågan om ersättning för ideell skada ska begränsas till en preventiv betoning av culpaansvaret. Nilsson, 1990, s. 118 f.

832 Brottsskadeersättningen har överlag sina rötter i ett ”behovsinriktat system”. Friberg, 2010, s. 424.

ett återkommande inslag om än i skiftande betydelse. Hur brottskador ersätts har därför också uppfattats som en fråga om att vinna allmänhetens förståelse för kriminalpolitiken.[833] I det följande avsnittet kommer jag därför att titta närmare på detta fenomen, som berör såväl rättsvetenskapen som sociologin.

4.4.2 Historisk tillbakablick

Även om det allmänna rättsmedvetandet som begrepp är närmast överanvänt i olika sammanhang, betyder inte det att man i samma utsträckning verkligen undersökt dess innehåll empiriskt. Ofta används begreppet som en del i ett vidare resonemang, utan att det grundar sig i ett förutsättningslöst sökande efter dess inre sammansättning. Ofta är det alltså i relation till preventionens roll inom straffrätten eller skadeståndsrätten, som kunskap om det allmänna rättsmedvetandet har aktualiserats. Främst är det straffets allmänpreventiva sida som är intressant, eftersom det berör möjligheten till olika sociala normbildningsprocesser i samhället.[834] Under mitten av 1800-talet började man få upp ögonen för samhällsförhållandenas betydelse för rätten och att detta kunde undersökas med vetenskapliga metoder.[835] Modéer har ur ett rättshistoriskt perspektiv skildrat hur den tidiga rättssociologin växte fram ur Iherings kritik av begreppsjurisprudensen, en världsfrånvänd rättsvetenskap och intresset för samhällsvetenskaperna.[836] För Ihering var försvaret av rätten, uttryckt genom rättskänslan, fundamentalt för den enskilde, samhället och rätten själv.[837]

833 SOU 1977:36 s. 140.

834 ”För rättssociologin och normvetenskapen utgör straffets påverkan på sociala strukturer och normbildningsprocesser ett naturligt fokus” skriver Måns Svensson. Svensson, 2008, s. 193.

835 Enligt Auguste Comte borde samhällslivet underkastas empiriska undersökningar som ett led i den positivism han framställde, där sociologerna intog en central plats. För Comte var syftet med den positiva kunskapen baserad på observation och formulerandet av lagar ”att veta för att förutse för att handla.” Comte, 1979, s. 88. En annan sociologisk ”milstolpe” utgörs av Durkheims presentation av samhällets normer som sociala fakta, vilka kan undersökas med empiriska metoder, eftersom de är att betrakta som ting. Inom samtida rättssociologi har Måns Svensson tydligt tagit fasta på arvet från Durkheim, Svensson, 2008, s. 42 ff. För Durkheim var sociala fakta relaterade till folks sätt att handla, tänka och känna genom en påtryckning utifrån. Ett samhälles rättsmedvetande är därför ett socialt faktum och blir därmed allmänt, därför att det är socialt. Därutöver menar Durkheim att det bör behandlas som ting på grund av att sociala fakta kan utgöra vetenskapliga data, medan detta inte gäller de underliggande idéer och de idéer som utvecklas därur, då dessa inte på samma sätt är direkt givna. Durkheim tog mest notis av undersökningsobjektets gemensamma (objektiva) yttre kännetecken. Durkheim representerar ett grundläggande förhållningssätt, som får ses i ljuset av en ambition att som ett självändamål förklara sociologin som självständig och relevant vetenskap. Därför ansåg Durekheim att ämnets nytta måste vara vetenskapligt möjlig och nyttan bestod i att kunna styra mänskligt beteende. Därmed snävades perspektivet ned till en självrefererande verksamhet, där sociala fakta endast kunde förklaras genom andra sociala fakta. Se exempelvis Durkheim, 1978, s. 91. Den positivism, som Durekheim och andra samhällsforskare representerar, har sedan blivit utsatt för kritik av bland andra Bhaskar. Buch-Hansen & Nielsen, 2005, s. 16.

836 Modéer, 2009, s. 103. Sociologin beskrevs senare av Ehrlich och Kantorowicz som 1900-talets viktigaste vetenskapsdisciplin för juristerna. Ibid, s. 104.

837 Ihering, 1941, s. 40.

Källan till olika skyddsändamålsläror och teleologiska metoder utgörs av denna reaktion mot att rättsvetenskapen lämnade de praktiska verkningarna av rätten utanför sin analys.[838] Varför dessa uppfattningar fått stort utrymme, beror också på att de har kommit att återaktualiserats genom de nuvarande brottsideologierna, som i sin tur är relaterade till det kriminalpolitiska klimat, som kränkningsersättningen vuxit fram ur. Grunden för bedömningen av brottet är den ”kränkning av eller ett hot mot ett värde som bör skyddas av rättsordningen (ett rättsligt skyddat intresse, alltså ett rättsgott)”, förklarar Träskman.[839]

Tidigare, innan några moderna empiriska undersökningar gjorts, hade rättsmedvetandet förklarats vara både den gällande rättens riktighetsnorm och grundvalen för all ny rättsbildning men man hade inte lyckats fånga vari den egentlig bestod eller hur det skulle göras.[840] Även om den historiska skolan tillmätte det allmänna rättsmedvetandet en stor roll, fanns det mer vaga uppfattningar om hur begreppet definierades och hur kunskapen om densamma skulle erhållas. För Savigny, en av den historiska skolans främsta företrädare, fanns det tre sätt att finna det allmänna rättsmedvetandet: (1) genom lagarna om dessa tillämpats länge utan kritik, (2) genom seder och praxis och (3) genom juristernas uttalanden om rättsuppfattningen hos folket. I synen på rättsmedvetandet innebär detta ett holistiskt synsätt, då folket står för ett kollektivt historiskt medvetande, vilket är någonting mer än summan av de enskilda individerna. Mot denna holistiska ståndpunkt kan en mer reduktionistisk ställas, som dominerar, när begreppet rättsmedvetande normalt används inom förarbeten och doktrin, vilket helt enkelt betyder att ett tillräckligt stort antal enskilda individer har likartade attityder i någon rättslig fråga i en sådan grad, att det är befogat att beakta detta faktum vid olika rättsliga frågor, vanligen vid rättstillämpningen. Begreppet avser då normativa föreställningar om rätten samt kunskaper om och attityder till strafflagstiftning, rättsväsen, brott och påföljder, vilket aktualiserar empiriska metoder på ett mer konkret sätt än vad som företrädare för den historiska skolan vanligen tänkte sig.

För att illustrera vilken betydelse rättsmedvetandet tillmättes hos juristerna såsom rättskälla i Sverige för ca 100 år sedan, kan illustreras med ett citat från C. A. Reuterskiöld:

> Positiv rätt, den vanliga beteckningen på den juridiskt gällande rätten i ett visst land, d. v. s. sammanfattningen af de af denna stats faktiska maktorgan autoritativt velade och upprätthållna rättsnormerna. Motsatsen härtill är dels rationell rätt, hvarmed förstås sammanfattningen af de rättsnormer, som enligt logisk deduktion ur det allmänna rättsmedvetandet anses böra gälla, äfven om de icke äro gällande, dels moralisk rätt eller de ur det subjektiva rätts- eller sedlighetsmedvetandet härledda normerna; båda dessa slag af rätt ha, i motsats till den positiva rätten, blott subjektiv, ej objektiv giltighet.[841]

838 Andersson, 1993, s. 193.
839 Träskman, 1997, s. 74.
840 Reuterskiöld, 1912, s. 72, Axberger, 1996, s. 35, Victor, 1981, s. 152 ff.
841 Reuterskiöld, 1912.

Reuterskiölds tankegång är intressant, eftersom han delar upp rätten i positiv, rationell och moralisk rätt, varav endast den positiva rätten har objektiv giltighet. Vad som avses med subjektiv giltighet är oklart men den uppfattning Reuterskiöld har är influerad av den historiska skolan och den står i grova drag i opposition med både rättspositivism och naturrättsliga uppfattningar genom att betona rättens karaktär som föränderligt kulturfenomen. Dag Victor har återkopplat till Reuterskiöld, när han beskriver synen på rättsmedvetandet som rättskälla och rättsfenomen genom rättshistorien.[842] Om hur man ska nå kunskap om denna rättskällas innehåll skriver Reuterskiöld något kryptiskt, att "(d)et allmänna rättsmedvetandets innehåll fixeras dels genom positivering till förverkligad objektiv rätt, dels genom logisk bearbetning till rationell rätt. Skillnaden mellan positiv rätt och rationell rätt ligger däri, att den förra uppstår genom autoritativa organviljeförklaringar med ledning af rättsmedvetandet, den senare genom individuell logisk tankeverksamhet med rättsmedvetandet såsom material." [843]

När man tar del av Reuterskiöld ovan, förstår man att det skett en dramatisk förskjutning i fråga om vad, som utgör rättens "motor". Idag står lagstiftaren och lagtexten i centrum men så har det alltså inte alltid varit. Tidigare uppfattades snarare det centrala rättsliga fältet bestå av rättstillämparen och rättsvetenskapens rättsutveckling. Juristernas tolkning av vaga begrepp utifrån sedvänjan och rättsmedvetandet betonades särskilt av frirättsskolan, vars uppkomst är intimt förknippad med rättssociologin.[844] Ehrlich intog en empirisk och praktisk synvinkel på frågan om rättens natur. Rätten är för honom ett samhälleligt fenomen med en levande dimension vid sidan av det formella normkomplexet. Klami förklarar på följande vis:

> Aldrig kan man finna rätten i sin helhet i lagböcker. För att utreda innehållet av den levande rätten måste man s a s gå ut; man bör gå från arbetsrum och bibliotek till samhället för att göra iakttagelser om rätten i den samhälleliga verklighet som rätten tillhör.[845]

Till denna uppfattning lade även företrädarna för frirättsskolan uppfattningen (vilken de delar med Hart) att rätten är full av luckor och vagheter, vilket gör den beroende av rättstillämparens personliga egenskaper men med skillnaden att frirättsskolan hävdar till och med att domaren inte alltid är bunden av en skriven lagregel. Ehrlich betonade rättsvetenskapens uppgift att beskriva de normer som åtföljs, förstå den inre ordning som grundar sig på samhälleliga fakta samt de sociala relationerna mellan människor och grupper.[846] Den historiska skolan på 1800-talet är inte i sig central för mitt avhandlingsämne, förutom det faktum att man såg rätten som ett "öppet system", som går utöver rättens egna gränser och som öppnar upp för supplerande

842 Victor, 1981, s. 160 f.
843 Reuterskiöld, 1912, s. 72. Även Hagstömer såg det allmänna rättsmedvetandet som källan för den postiva rätten men det var inte i en empirisk mening utan mer historiskt och kulturellt kopplat. Axberger, 1996, s. 35.
844 Klami, 1990, 154.
845 Ibid.
846 Ibid, s. 156.

och alternativa källor för rättstillämpningen.[847] Det finns således en paradox i att historiska skolan stod i polemik med naturrättsliga läror men att det samtidigt finns likhet i att vilja påvisa andra faktorers, än den positiva rättens, betydelse för rättsliga spörsmål. Likheten med hur lagstiftaren har beskrivit hur rättstillämparen ska göra en skönsmässig bedömning av vilken kränkning, som typiskt sett kan anses ha uppkommit av det brottsliga angreppet, är slående. Den schabloniserade bedömning som utvecklats i praxis i kombination med kränkningsersättningens förankring i samhällets grundläggande värden om individens integritet, ger naturrättsliga associationer. Aubert beskriver dock en naturrätt, som kan studeras: ”Natturretten henviser i prinsippet ikke til empiriske fakta som kjennetegen på rettslig gyldighet. Derimot fins det et annet gyldighetskriterium som ofte blir brukt for liknende foremål som naturretten, men som viser til fenomener tilgjengelig for iakttagelse. Det er *rettsbevisstheten eller rettsoppfatningene* i befolkningen eller i spesielle grupper av den.”[848] Hans-Gunnar Axberger kallar detta intressanta fenomen för ”sociologiska naturrättsläror.”[849] Kränkningsersättningens familjelikhet, i Wittgensteins mening, med dessa läror kan vara en ledtråd till dess svaga status, något som kommer att undersökas nedan.

Mot både historiska skolan och frirättsskolan vänder sig den skandinaviska realismen, då denna lära hävdar att det är lagstiftarens och rättstillämparens sak att inprägla hos rättsmedvetandet, vad som är gällande rätt och inte efter bästa förmåga avläsa vilka reaktioner, som olika kränkningar och brott ger upphov till. Bakgrunden till denna omvändning var Hägerströms etiska emotivistiska nonkognitivism, värdenihilism och moraliskt antirealistiska syn i ontologiska frågor. Det finns inte någon värdemässig skada eller brottslig skuld att reparera eller återställa genom skadestånd och straff enligt Lundstedt, utan rättsplikten uppstod på grund av att handlingen är belagd med straff. Preventionens betydelse betonades, då den enda funktionen var att inprägla i det allmänna rättsmedvetandet, vilka handlingar som var otillåtna genom lämpliga metoder utvecklade utifrån psykologiska och sociologiska hänsyn.[850] Denna mycket radikala modell nådde dock ”vägs ände” under slutet av 1970-talet, då man fann sig stå allt för långt ifrån den traditionella synen på straff och skadestånd hos allmänheten och nu är det åter rättstillämparens och lagstiftarens uppdrag att försöka tolka såväl straffvärdet som skadevärdet mot bakgrund av en uppskattning av rådande uppfattningar av vad som är rättvist och proportionerligt.[851] Den så ka-

847 Axberger, 1996, s. 36.

848 Aubert, 1976, s. 41.

849 Axberger, 1996, s. 36.

850 Victor, 1981, s. 153. Rättssociologiska aspekter får således en mycket framträdande roll enligt den skandinaviska realismen, då syftet var att avvisa vidskepliga föreställningar om mänskliga rättigheter och rättvisa till förmån för kunskap om bl.a. ”de nationalekonomiska och allmänna socialpsykologiska sammanhangen” som medel för en modern och rationell utveckling av samhället i början av 1900-talet. Hägerström, 1939, Bjarup, 2000, s. 105 f.

851 Andersson, 2002, s. 162. Jämför även SOU 2008:58 “”Straff i propotion till brottets allvar” där man betonar moralbildande och moralförstärkande effekter inom straffrättssystemet. Brå tillsatte ”Arbetsgruppen rörande kriminalpolitik”, som publicerade den avgörande rapporten ”Nytt straffsystem” 1977.

llade nyklassicismen inom straffrätten betonar värdet av rättvisa, proportionalitet utifrån gärningens straffvärde och straffet samt förutsägbarheten.[852] Framväxten av brottsofferperspektivet har delvis skett på behandlingstankens och teorin om allmänpreventionens bekostnad. Istället för att åtgärda sociala och individuella missförhållanden, är ambitionen att motsvara medborgarnas behov och förväntningar på rätten genom ett rättspolitiskt uttolkande av ett allmänt rättsmedvetande i plenisalen.[853] Straffrätten och skadeståndsrätten, som traditionellt tillhör den formella rätten och historiskt varit nära sammankopplade och även delar en rad gemensamma begrepp, som till exempel prevention hade tagit intryck av responsiv och materiell rätt men samtidigt förlorat delar av sin traditionella normrationella grund.[854]

En historisk tillbakablick visar hur den historiska skolan, med Savigny i spetsen, går utanför den positiva nationella rättens ramar för att finna rättens grund utifrån pluralistiska och historiska fakta, där rättsmedvetandet ingår som en viktig aspekt.[855] Denna approach inspirerade Ehrlich att utveckla den moderna rättssociologin och den gör Ehrlich relevant än idag.

4.4.3 Rättsmedvetandets återkomst

Inom svensk skadeståndsrätt har kritiken mot ”rättviseskeptikern” Lundstedt varit hård liksom mot ”den svenska modellen” med dess fokus på tekniska försäkringslösningar. Nu förstärks även det moraliska elementet i påföljdssystemet.[856] Att istället för att se straffet eller skadeståndet som ett medel, till exempel prevention, är det nu mer av ett mål i sig, vilket även medför en förändring i fråga om normkällan. Därmed lyfts också något av fokuset från den skadelidande till den ansvarautlösande gärningen. Kristina Jerre och Henrik Tham har beskrivit utvecklingen:

852 Olika bestraffningsteorier kan övergripande delas in i de relativa, som ser straffet som ett medel (som prevention) och de absoluta, som ser straffet som ett självändamål (som vedergällning). I praktiken går de olika teorierna inte att helt särskilja från varandra utifrån hur den svenska straffrätten kommit att utvecklats. Det är även skillnad på utmätning av straff och frågan hur straffet sedan ska verkställas, som öppnar upp för olika nyansskillnader.

853 Andersson, 2002, s. 130 ff.

854 Hydén, 2002, s. 111 ff. Maciej Zaremba har kritiserat denna utveckling mot bakgrund av den moderna rättens brist på förankring i folkets rättskänsla. Inom rättsvetenskapen har Anna Christensen i likhet med den historiska skolan påtalat värdet av att rätten följer folkets upptrampade stig eller som hon träffande skriver ”ge en juridisk kropp till de värden och värderingar som faktiskt råder i samhället.” Christensen, 1997, s. 128.

855 Ehrlich, 1962, s. 16 f.

856 Kant återfinns åter i straffrättsliga läroböcker, Wennberg, 2009, s. 15. Jerre & Tham, 2010, s. 6.

> Tidigare var lagen och straffbudet något som gavs ovanifrån. Lagstiftaren uttryckte med hjälp av jurister och andra experter vilka påföljder som kunde förväntas vara mest effektiva för att minska brottsligheten. Med den förändrade synen på strafflagstiftningen och utdömande av straff lyfts en annan normkälla tydligare fram – allmänheten, folket eller 'den vanliga människan'. Hänvisningar sker nu allt oftare till det allmänna rättsmedvetandet för att berättiga kriminaliseringar och straffskärpningar. (…) En analys av successiva regeringars budgetpropositioner från 1970-talet till 1990-talet visar att omsorgen om det allmänna rättsmedvetandet, som utsätts för kränkningar genom brott, tar över den tidigare omsorgen om lagöverträdaren.[857]

Det finns också en växande uppfattning om att det ligger något positivt i att samhället hålls samman av gemensamma värden och normer. John Rawls är ett modernt exempel på en sådan politisk filosofi.[858] Samtidigt är det i opposition till Rawls och andras "atomistiska människosyn" som olika kommunitaristiska författare som betonar gemenskapen och traditionens betydelse. Som jag tidigare har lyft fram, finns det flera exempel på rättsliga teorier och förklaringar, där rättsmedvetandet och rådande rättskänsla görs till en del av det rättsliga materialet. Peczenik stipulerar exempelvis två villkor, som måste vara uppfyllda, för att en rättsprincip ska uppstå: Principen ska (1) passa väl till rättens "institutionella historia" (lagar, prejudikat och andra rättskällor) och principen ska (2) uttrycka juristers och allmänhetens föreställningar om riktighet, rättvisa eller annan etisk dimension.[859]

Av tradition har begreppen "rättsmedvetande" och "det allmänna rättsmedvetandet" ändå haft påtagligt låg status som vetenskapligt begrepp och företeelse inom såväl rättssociologi som rättsvetenskap.[860] I Hydéns svar på Banakars artikel i Retfaerddebatten om rättssociologins kärna, presenterar han normperspektivet som en väg ur den förlamning och konflikt, som beskrivs mellan sociologin och rättsvetenskapen. Normperspektivet presenteras som en återknytning till den klassiska sociologin, som empiriskt undersöker normativa förändringar särskilt i relation till de samhällsförändringar, vilka är en följd av informationssamhället.[861] Allmänhetens kunskaper och åsikter i förhållande till lagen är ett klassiskt rättssociologiskt forskningsfält, som är viktigt för att förstå under vilka förhållanden, som rättens adressater verkar.[862] Måns

857 Ibid.

858 Kymlicka, 1995, s. 229. En gemensam rättskänsla är "en stor kollektiv tillgång" enligt Rawls. Rawls, 1999, s. 331. Jfr Kukathas & Pettit, 1992, s. 35.

859 Peczenik, 1995, s. 92. Ett rättsfall som brukar nämnas, när relationen mellan principer och rättspositivism diskuteras, är rättsfallet "Riggs v. Palmer" från 1889. Dworkin menar att rättfallet visar att den juridiska rätten innehåller både bindande regler och principer. Simmonds, 1996, s. 104 ff.

860 Baier & Svensson, 2009, s. 162. Se även Gustafsson, 2002, s. 112 f om föreställningen om en "Volksgeist". Man kan dock notera att Axberger utgår från att det är ett rättsligt begrepp men "(d)et hindrar självfallet inte en sociologisk utforskning av materialet…". Axberger, 1996, s. 51.

861 Hydén, 1999, s. 77. Det finns också ett allmänt ökat intresse för att nå kunskap om samhällets normer, Baier & Svensson, 2009, s. 30 f.

862 Det anknyter till den tredje norm-essensen enligt Baier & Svensson; att normen handlar om individens uppfattningar om förväntat beteende. Ibid, s. 135. Rättsgenetiken kan beskrivas ha en rättssociologisk sida, som belyser sociala, kulturella faktorer och rådande rättsuppfattningars betydelse för rättsreglernas utformning och effektivitet. Jfr Forslund 1978, s. 84, s. 110.

Svensson skriver i sin avhandling om sociala normer och regelefterlevnad inom trafiksäkerhet ”(a)tt rättsregler, rättsmedvetande och normer i någon mening utgör varandras förutsättningar och utövar påverkan på varandra förefaller stå tämligen klart.”[863] Ibland sammanförs detta forskningsområde under begreppet KOL (Knowledge and Opinion about Law) som ett speciell rättssociologiskt ämne.[864] Svensson skriver att ”(i) förhållande till rätten diskuterar man ofta gemensamma och kollektiva ställningstaganden i moraliska frågor utifrån det allmänna rättsmedvetandet.”[865] På grund av de problematiska aspekter, som finns runt begreppet, anser Svensson att normbegreppet är mer fruktbart.[866] Klaus A Zigert beskriver i artikeln ”System theory and Qualitative research” hur äldre rättssociologiska undersökningar av empirisk karaktär om det allmänna rättsmedvetandet misslyckades att generera intressanta resultat. Orsaken enligt Zigert var att man betonande det kvantitativa på bekostnad av en förståelse av den sociala kontexten vari respondenterna levde samt att man inte tillräckligt undersökte den komplexa funktionen hos rätten.[867] Det är därför intressant att notera att Zigert anser det vara en god idé att återuppta den rättssociologiska ambitionen att göra empiriska undersökningar av det allmänna rättsmedvetandet, bland annat i relation till ”rule of law”.[868] En invändning mot värdet av att undersöka rättsmedvetandet är att det saknas en allmänt förekommande rättskänsla i samhället.[869] Därtill är fenomenet ”rätten” komplext och består av så många olika lagar och tillämpande myndigheter att det är svårt att undersöka en rättskänsla eller ett rättsmedvetande, som är relevant för dessa olika aspekter av rätten. Det är därför viktigt att avgränsa det område, som man har ambitionen att uttala sig om.[870]

Segerstedts starka normintresse gör honom till något av en pionjär inom den rättssociologiska eller kriminalsociologiska, som han själv uttryckte det, forskningen

863 Svensson, 2008, s. 27.

864 ”KOL research is a vital part of the sociology of law” skriver Berl Kutchinsky och fortsätter: ”The functioning of law in society connot be properly studied without continuing research into the public image of law, the legal conceptions, the knowledge and opinion of those who are not only being controlled by the law, but who should also be the controllers of law.” Podgorecki mfl, 1973, s. 134.

865 Svensson, 2008, s. 155.

866 Ibid, s. 156. I relation till rättskälleläran aktualiseras ”det allmänna rättsmedvetandet” ofta i samband med normutfyllnad vid vagare juridiska begrepp, allmänna rättsgrundsatser, sakens natur m.m. Axberger, 1996, s. 27 ff.

867 Ziegert, 2005, s. 65.

868 Ibid, s. 65. Även Mary Senevirantne beskriver en sådan hållning i en artikel, Senevirantne, 2005, s. 166 och Travers gör det än mer utförligt i sitt bidrag i samma antologi, Travers, 2005, s. 327 ff.

869 Podgorecki, 1973, s. 21.

870 Trots invändningarna och framförallt svårigheterna att undersöka rättsmedvetandet, har forskningsområdet ansetts vara viktigt. J. Van Houtte och P. Vinke skriver ”We consider research on the acceptance of rules of law, and in particular on attitudes towards laws characteristic of our welfare state, to be the first order of business in the field of the sociology of law. Another subject requiring study is that of social behaviour in the context of law.” Podgorecki, 1973, s. 40

inom landet.[871] Segerstedt definierade rättssociologin som relationen mellan ramnormer och partikulära normer och särskilt de moraliska reglerna, samt frågan hur rättsvårdens funktionärer verkligen beter sig.[872] För Segerstedt är det centralt att undersöka relationen mellan ramnormkällor som exempelvis lagstiftaren och rättstillämparen och partikulära normkällor, som representeras av mellanmänsklig social interaktion på arbetsplatser och olika sociala grupper. Men attityder är i grunden komplexa fenomen och det differentierade samhället har inte minskat komplexiteten sedan Segerstedts dagar.[873] Detta hindrade dock inte Strahl från att betona utvecklingen mot att juristerna måste beakta de praktiska resultaten av sin verksamhet:

> På senare tid har rättsvetenskapsmän börjat mycket mer än förr intressera sig för sociologiska undersökningar. Det har alltmera framstått såsom viktigt, att lagstiftningen äger rum med kännedom om de faktiska förhållandena som lagarna skall reglera. Även för rättsskipningen tillmäts kännedom om de faktiska förhållandena i samhället större vikt än tidigare.[874]

Om rättsmedvetandet skriver Strahl att tanken på att rätten ska tillfredsställa denna ”är kär för många” och att synen på ”rätten såsom ett utflöde av folkets liv” alltjämt spelar en stor roll.[875] Han lyfter även fram att begreppet är problematiskt, men rör vid ett slags mänskligt behov, som i sin tur rör frågan om rättens legitimitet. Samtidigt är det enligt Strahl viktigt att hänsyn till rättsmedvetandet vägs mot andra hänsyn, eftersom det annars kan vara skadligt och riskabelt för förutsägbarheten, inte minst därför att det är så känslomässigt och ofta därför saknar ett genomtänkt stöd.[876]

Axberger konstaterar i en Brå-rapport med titeln ”Det allmänna rättsmedvetandet” att begreppet har låg status och är tvivelaktigt men att begreppet ändå används

871 Segerstedt, 1949, s 323 ff. Segerstedt & Lundqvist, 1952, s. 14 ff. Även internationellt beskrivs studien som en ”pioneer study on ’the general sense of justice’”. Särskilt hur Segerstedt definierade ”social grupp” har uppmärksamats. Podgorecki, 1973, s. 121. Se även Hydén & Svensson, 2008, s. 131.

872 Segerstedt, 1968, s. 40, Segerstedt, 1972, s. 608.

873 ”Most people do not have one solid and consistent set of attitudes, rather within the same individual there exist several different layers of attitudes.” ibid, s. 128. Habermas har beskrivt ökad social komplexitet och pluralism i samhället och dess effekter på rätten och demokratin. Habermas, 1996, s. 287 ff. Jfr om allmän pluralism och differentiering som teman inom samtida samhällsteori, Andersen & Kaspersen, 2008, s. 386 ff.

874 Strahl, 2005, s. 145. Det är enligt min mening svårt att ge en korrekt bild av hur det intresse, som Strahl syftar på, ser ut och har utvecklats över tid. Det finns helt enkelt flera och ibland motstående tendenser beroende på att det finns en rad olika rättsområden liksom olika typer av domstolar, rättstillämpare m.m. Var den sociologiskt inspirerade straffrätten, som fokuserade på gärningsmannens återanpassning i samhället, mottagligare för rättens konsekvenser och sociala förhållanden än den nuvarande, där brottets straffvärde står i centrum? Svaret är inte givet, eftersom prognosen tenderar att formas av andra proffesioner än den juridiska. Inom rättssociologin är det dock inte säkert att man delar Strahls beskrivning: ”När en rättssociolog studerar verksamheten i domstolar – så sker det utifrån en medvetenhet om att domarkåren inte tar hänsyn till rättens konkreta aspekter – och därmed blir kunskap om det rättsdogmatiska paradigmet relevant.” Svensson, 2008, s. 93.

875 Strahl, 2005, s. 161.

876 Ibid, s. 163.

i en rad olika sammanhang.[877] Axberger har identifierat tre orsaker till begreppets problematik; 1) det är svårdefinierat som begrepp, 2) det är svårt att identifiera dess innehåll och 3) begreppet associeras med mystiska föreställningar om ”folksjälen” med mera.[878] Delvis finns det den äldre holistiska synen på ett antaget kollektivt rättsmedvetande, som något mer än de samlade individernas uppfattning, som förlorat i relevans.[879] Mot denna kan den reduktionistiska synen ställas, som dominerar, när begreppet används inom förarbeten och doktrin, vilket helt enkelt betyder att ett uppmätt och tillräckligt stort antal enskilda individer har likartade attityder i någon rättslig fråga i en sådan grad att det är befogat att beakta detta faktum vid olika rättsliga frågor.[880] Axberger anger två argument för att lagstiftaren ska beakta det allmänna rättsmedvetandet: ett principiellt som grundar sig i demokratiargumentet och ett praktiskt som kallas konceptionsargumentet (”lagstiftning utan stöd i rättsmedvetandet är sådd på hälleberget”).[881] Normativa föreställningar om rätten samt kunskaper om och attityder till strafflagstiftning, rättsväsen, brott och olika påföljder, aktualiserar empiriska metoder och rättssociologisk analys.[882]

En återkommande tendens vid undersökningar av folks uppfattningar av rättsväsendet är att den grundar sig i felaktiga uppfattningar om den gällande rätten

877 ”Ulla Bondeson må ha haft rätt när hon karakteriserade ’det allmänna rättsmedvetandet’ som en ’legal fiktion’. Fiktion eller inte, en viss dragningskraft verkar denna rättslivets lika närvarande som undflyende primadonna utöva.” Axberger, 1996, s. 15. Se även Baier & Svensson, 2009, s. 162. Trots att begreppet är problematiskt används det och speglar ett lika rättsligt som socialt behov. Även Hellner noterar att ogrundade hänvisningar till det allmänna rättsmedvetandet är en typ av rättfärdigande förklaring med osäkert värde. Hellner, 2001, s. 47.

878 Axberger, 1996, s. 7.

879 Enligt Håkan Gustafsson var det främst Georg Puchta, som utvecklade denna riktning, som byggde på ”Volksgeist” och strävandet efter rättens organiska inre enhet. Gustafsson, 2002, s. 113.

880 Ibid, s. 39.

881 Ibid, s. 42. Jfr Victor, 1981, s. 152 ff.

882 Mathiesen beskriver normperspektivet som frågan hur samhällets övriga normer påverkar rätten. Därtill finns enligt Mathisen det närliggande opinionsperspektivet, som har rötter i fenomenologisk filosofi om varseblivningen av objekten och riktadheten i medvetandet. Mathiesen, 2005, s. 86 f. Historikern Eva Österberg har visat ett intresse för ett aktörsperspektiv, som betonar individens värderingar och attityder gentemot rätten. I ett forskningsprojekt finansierat av Brottsoffermyndigheten problematiserar hon företeelsen brottsoffer ur ett historiskt och feministiskt perspektiv men även frågor om samhällsmoral och normbildning ur ett vidare samhällsperspektiv. En av de många viktiga frågor hon ställer är bl.a. den om ett brottsoffer på något vis kan få en upprättelse, som hjälper henne existentiellt och i så fall hur. Genom att väva samman samhällsdebatt, lagstiftning och rättspraxis undersöker hon brottsofferdiskursen över tid och hur viktimiseringen av offret påverkat dennes identitet som offer och därmed möjligheten för samhället att ge adekvat hjälp och upprättelse. Är det så att den ersättning som rättssystemet erbjuder förstärker en känsla av godtycke och hjälplöshet i det moderna samhället? Österberg konstaterar att det är grundläggande frågor, som inte är enkla att besvara. Bergenlöv mfl., 2002, s. 9 ff.

och rättstillämpningen.[883] Ett annat, kanske förvånande, resultat är att brottslingar och icke-brottslingar i stort delar samma värderingar gentemot brottsliga gärningar.[884] Överlag är resultaten från de olika undersökningarna svårtolkade och risken är att analysen stannar vid ytfenomenen, vilket kan ge en splittrad och osammanhängande bild.[885] Trots detta finns det skäl för att försöka förstå de samhälleliga informella normerna och deras relation till olika rättsliga fenomen.[886] Främst när det gäller ”glapp” eller tydliga skillnader mellan det rättsliga innehållet och en avgränsad population, som är berörd av rätten. Oavsett med vilket begrepp, man beskriver denna situation, kommer den att återkomma som social realitet med en blandning av människors normativa föreställningar – rättskänslan – och rättsuppfattningar — kunskapen om existerande lag och rätt. Därutöver föreligger ett komplext och ständigt föränderligt samband mellan föreställningar och kunskaper. Om man tidigare har tänkt sig att rättsmedvetandet eller rättskänslan står i kontrast eller relation till rätten som helhet, kan man fråga sig hur väl den bilden är anpassad till en tid, då rätten framstår som allt mindre enhetlig.

Ulla Bondeson har kritiskt granskat det allmänna rättsmedvetandet ur olika rättspolitiska aspekter och funnit att begreppet är en ”legal fiktion”.[887] Orsaken härtill är att begreppets innehåll är oklart och inte beskriver de verkliga förhållandena. Hennes slutsats bli då, att begreppet inom doktrinen snarare används ideologiskt och att argument, som bygger på hänvisningar till ett allmänt rättsmedvetande, har ett legitimerande syfte.[888] Bondeson går igenom en rad undersökningar och prövar dess resultat mot sina hypoteser, där en är att människors attityder beträffande brott och straff inte är ostrukturerade. Hennes slutsats är att människor i olika undersökningar har gett uttryck åt relativt strukturerade attityder till brott och straff och har ganska nyanserade rättsuppfattningar men att kunskaperna genomgående är relativt ostrukturerade och bristfälliga.[889] Troligen är detta en slutsats, som fortfarande är gällande, inte minst med tanke på att komplexiteten inom det rättsliga området har ökat,

883 Podgorecki mfl, 1973, s. 108 f. ”In conclusion, no clearcut picture emerges concerning the covariance between law and legal attitudes. Whether they are in agreement or not in a certain society seems to depend upon what sociaty, what time in history, what types of crime we are dealing with, and probably upon several other factors.” Ibid, s. 112. Det är en orsak till att det är problematiskt att hävda ståndpunkten att rättssystemet bör anpassa sig till undersökningar av rättsmedvetandet. Victor, 1981, s. 11.

884 Podgorecki mfl, 1973, s. 118.

885 Victor, 1981, s. 11. Lindén & Similä, 1982, s. 4 f.

886 Axberger, 1996, s. 47.

887 Bondeson, 1979, s. 141.

888 Ibid.

889 Ibid, s. 133 ff. Det verkar som om Bondessons kritik främst rör allmänpreventionsteorin och att politiker kan uppleva det som om rättsmedvetandet hindrar dem från att genomföra olika reformer. Ibid, s. 139 f. Synen på det allmänna rättsmedvetandet som en fiktion har även framförts före Bondesson, då man insett att det inte finns någon ”Medelsvensson” och att begreppet snarare är en abstrakt norm. Axberger, 1996, s. 36.

bland annat som en följd av internationaliseringen och det europeiska samarbetet.[890] Samtidigt har det funnits en kriminalpolitisk ambition att närma sig vanligt folks rättskänsla.[891]

4.4.4 Några särskilt relevanta undersökningar

Det finns resultat hos olika undersökningar om rättsmedvetandet, som kan vara intressanta att begrunda inför den kommande analysen av mitt material. En sådan är att allmänheten ofta anser att påföljder och särskilt straffen är för låga.[892] Dessutom har det visats att skillnaderna i synen på straff mellan olika grupper är relativt små och att de skillnader, som uppmäts, är svåra att tolka.[893] I grova drag förefaller det alltså som om man kan tala om en tendens till ”hårdare tag” hos allmänheten och därtill en misstro mot det rådande rättsväsendet.[894] ”Moralisk fördömelse” är ett sådant begrepp, som återkommer, när det gäller folks bedömningar av olika kriminaliserade handlingar.[895] Ofta finns det en uppfattning om att moralen är hotad i samhället och att strängare straff kan råda bot på den negativa utvecklingen.[896] Särskilt gäller detta för de ”traditionella brottstyperna” sexual- och våldsbrott samt egendomsbrott med ett tydligt offer, som ingick i min vinjettstudie, medan mer tekniska och administrativa brott inte fördöms på samma hårda sätt. En annan sådan återkommande tendens är att den ovan redovisade ”aptiten” på straff brukar mattas, när respondenten får ta del av fler fakta om gärningspersonen och andra omständigheter runt gärningen i frågan.[897] Bilden av allmänheten som straffhungrig är således inte så given, som man kanske kan tro.[898] Man skiljer därför på det generella/abstrakta, det informerade och det konkreta rättsmedvetandet. Undersökningar av det generella

890 Antalet rättsliga normer, som är överordnade de politiska instansernas, även riksdagens, normgivning och beslutsfattandet, har ökat under senare tid. Allt fler samhällsområden blir reglerade, domstolarnas bedömnings- och beslutsdomän utvidgas och den rättsliga diskursen är ofta relaterad till politiska, sociala och ekonomiska teman. Man talar därför ibland om förrättsligande, rättsliggörande, juridifiering eller judikaliseringen av samhället. Brännström, 2009, s. 37 ff.

891 Andersson, 2002, s. 130. Jfr SOU 2008:85. Henrik Tham ser utvecklingen mot bakgrund av att när det ekonomiska utrymmet för sociala reformer minskats, går utvecklingen från social ingenjörskonst till moralisk ingenjörskonst med projekt kring identifiering och integrering, där frågor om brottsoffer, rättsmedvetande och straffvärde passar in. Tham, 2011, s. 45.

892 Lindén & Similä, 1982, s. 56. Jfr Prop. 2009/10:147, s. 11.

893 Ibid, s. 59. Samstämmigheten är alltså ofta slående. Ibid, s. 78. Exempelvis har undersökningar visat på att högre samhällsklasser är paradoxalt nog både strängare i synen på brott (egendomsbrott) och mildare (droger och sexuallbrott). Kvinnor är ofta mer överseende än män, Podgorecki, 1973, s. 122. Om det beror på att kvinnor ofta också har sämre kunskaper om ”lag och rätt” är oklart. Lindén & Similä, 1982, s. 17. Det är också intressant att notera att de, som tidigare utsatts för brott, inte fördömde andras brottsliga handlingar hårdare. Ibid, s. 64.

894 I en nordisk jämförelse är Sverige det land där flest anger att straffen är för milda; (83 procent angav antingen mycket eller något för milda straff). Bondeson, 2008, s. 97.

895 Ibid, s. 67.

896 Ahlberg & Håkansson, 1997.

897 Axberger, 1996, s. 61.

898 Bondeson, 2005, s. 41.

eller abstrakta rättsmedvetandet brukar resultera i krav på hårdare straff, medan en fokusgruppsundersökning, alltså det konkreta rättsmedvetandet, med lekmän har resulterat i förslag på straff, som tydligt och återkommande understiger praxis.[899] Även om allmänheten föreslår lägre fängelsestraff än domarna i undersökningen, kombinerar de straffet i stor utsträckning med ekonomisk kompensation till brottsoffren och andra resocialiserande åtgärder. En sådan ”tilläggspåföljd” kan enligt Jerre och Tham ses som ett folkligt förslag på tredelat straff; rättvisa och proportion uttrycks genom fängelsestraffet, upprättelse och hjälp till brottsoffret genom skadestånd och slutligen åtgärder för att gärningsmannen inte ska begå brott i framtiden.[900] De skriver att ”(d)et kan också vara ett uttryck för upprättelse direkt från gärningspersonen eller ett erkännande från staten genom ersättning från Brottsoffermyndigheten.”[901] Om tanken på ett tilläggsstraff är väl förankrat hos rättsmedvetandet, kommer att kunna utläsas ur mitt undersökningsresultat. Samtidigt har den rådande skadeståndsrättsliga, straffrättsliga och straffprocessuella utvecklingen medfört att det sammanlagda regelverket är så komplext och svåröverblickbart, att principerna och rättvisan riskerar att osynliggöras för den enskilde.[902]

En relevant enkätundersökning av personer, som har fallit offer för vålds- eller tillgreppsbrott, publicerades i BRÅ:s rapport ”Brottsoffer” år 1988. Ett urval av brottsoffer kontaktades genom en enkät, där man ställde frågor om bakgrundsförhållanden, omständigheter vid brottet, uppkommen skada och psykiska reaktioner, kontakter med myndigheter och åsikter om åtgärder samt kunskaper om myndigheters verksamhet. Mot bakgrund av mitt kunskapsintresse är det intressant att notera att begreppet ”kränkning” inte berördes i undersökningen. Begreppet infördes i skadeståndslagen och brottsskadelagen först 1 januari 2002. Tidigare talade lagtexten om det lidande personen drabbats av genom ett brott men heller inte den skadan undersöktes i BRÅ:s studie. Istället var det den kroppsliga och ekonomiska skadan, som undersöktes. Däremot undersöktes brottsoffrens och samhällets reaktioner på

899 Jerre & Tham, 2010, s. 67. Undersökningen av det konkreta rättsmedvetandet genomfördes så att fokusgrupper med vanliga Stockholmare tog del av en filmvisning om en fingerad rättegång utifrån olika brottstyper och sedan jämfördes straffbenägenheten med en domarpanel bestående av ett antal tingsrättsdomare. Internationellt kallas forskningstraditionen ”deliberative polls” (röstning efter moget övervägande) och brukar ge liknande resultat med lägre straffnivå. Ibid, s. 71. Liknande resultat återfinns i Brå-rapporten från början av 1980-talet. Lindén & Similä, 1982, s. 69 och hos Ulla Bondesons nordiska undersökning, Bondeson, 2008, s. 76.

900 Skadestånd är också ett mycket populärt alternativ till fängelsstraff enligt Bondesons undersökning. Ibid, s. 101. Det är t.o.m. så att skadestånd anses vara den ”bästa” konsekvensen av straffet (i relation till andra följder som själva processen, arbetslöshet eller straffet i sig). Ibid, s. 103.

901 Jerre & Tham, 2010, s. 70. ”Också t.ex. samhällstjänst, medling eller kompensation till brottsoffret kan ses som återanpassande påföljder, där gärningsmannen får ’göra rätt för sig’ och en möjlighet att lägga brottet bakom sig.” Jerre & Tham tolkar sitt resultat som att allmänheten strävar ”efter åtgärder som ger positiva resultat för både gärningsperson och brottsoffer – återfallen ska minskas och brotten ska ställas till rätta.” Ibid.

902 Enligt Dir. 2010:84 behövs en översyn av brottsskadelagen för att säkerställa att den är ändamålsenligt utformad, bland annat utifrån den kriminalpolitiska ambitionen att skadevållaren (gärningsmannen) ska ersätta de uppkomna skadorna hos brottsoffret på skadeståndsrättslig grund.

brottet. Av de brottsoffer, som råkat ut för grov våldsbrottslighet, angav 61 procent att de haft psykiska besvär som en följd av brottet. Vad som var mer slående var att 89 procent angav att de inte fått sakkunnig hjälp.[903] Vad gäller inställningen till sammanträffande med förövaren framkom att detta inte ansågs som en möjlig väg, då endast 9 procent säkert skulle acceptera ett sådant sammanträffande.[904] Kunskapen om brottsskadenämnden, som var föregångaren till Brottsoffermyndigheten, var mycket låg, då endast 4 procent kände till myndighetens existens samt vilka ärenden som handläggs av den.[905] Resultaten från BRÅ:s utredning var en del av bidragen till att arbetet för brottsoffrens rättigheter, intressen och behov institutionaliserades genom bildandet av Brottsoffermyndigheten 1994.

2007 presenterade Brå en ny rapport ”Förtroendet för rättsväsendet”, där man tog fasta på att allmänna värderingar och opinionsklimatet i samhället är en viktig faktor, som påverkar människors förtroende för rättsväsendet.[906] För min studie är det intressant att man i den rapporten särskilt intresserade sig för brottsoffers förtroende för rättsväsendet. Det visade sig att brottsutsatta har lägre förtroende än andra – 41 procent uppger stort förtroende för rättsväsendet som helhet mot 57 procent bland övriga – och att allmänheten dessutom har mycket lågt förtroende för hur rättsväsendet behandlar brottsoffren.[907] I svaren på frågan om förtroendet av rättsväsendet såg man endast små skillnader mellan de olika svarsgrupperna (som utbildningsnivå, kön, ålder och bakgrund). Dessutom uppgav nästan hälften av Sveriges befolkning att brottsligheten ökar kraftigt samtidigt som den kriminologiska forskningen bedömer att brottsligheten i stort är förhållandevis stabil.[908] Uppfattningen om ökad brottslighet sammanföll även med ett lågt förtroende av rättsväsendet.[909] En av rapportens slutsatser blev därför att en av rättsväsendets stora utmaningar är att lyfta fram brottsofferperspektivet, då identifikationen och förståelsen är riktad mot brottsoffrens utsatthet och rättigheter inom både den offentliga debatten och kriminalpolitiken. Samtidigt finns det en inneboende paradox, som innebär att brottsofferstödjande insatser driver upp allmänhetens och brottsoffrens förväntningar.[910] Förväntningar som riskerar att punkteras i ett medieklimat, som är inriktat på polarisering och rädsla. Därför betonade Brå vikten av tydlig information och att rättsväsendet kommunicerar det arbete som utförs, då det i sin förläggning är en

903 Brå-rapport, 1988:1, s. 46.
904 Ibid, s. 60.
905 Ibid, s. 63.
906 Brå-rapport, 2007:9, s. 6.
907 Ibid, s. 7.
908 Ibid, s. 27. Man antar därför att media och opionionsklimatet samverkar här och betonar istället vikten av en kunskapsbaserad förtroendebedömning.
909 Ibid, s. 25.
910 Ibid, s. 28.

fråga om rättsväsendets legitimitet.[911] Som tidigare noterats återfinns även brottsoffer i den övriga populationen, vilket gör att de båda grupperna är delvis överlappande.[912]

Man kan relatera den ovan redovisade undersökningen till den, som Brå presenterade i början av 1980-talet, som också nämnts ovan. Ett av de resultat, som tydligt framgick, var att allmänheten i hög grad ser ”lagen som ett instrument för att upprätthålla ordning och stabilitet”, lagen har hög ”prestige” och cirka 65 procent av allmänheten upplever rättssystemet som i helhet rättvist.[913] Om den kritik och misstro, som redovisades ovan runt brottsoffrens situation, även återkommer i min egen studie, är det anmärkningsvärt och bör tas på allvar. Det är möjligt att brottsofferperspektivet, som inte fanns i samhällsdebatten på samma sätt i början av 1980-talet, i själva verket har ökat spänningen mellan rättsväsendet och allmänheten, trots att arbetet för brottsoffren ofta kombineras med ett uttalat ”medborgarperspektiv” inom rättsväsendet.[914] Som Mathiesen skriver rör en viktig del av analysen att ”synliggöra skillnaden mellan åsyftade – ofta vackert formulerade – verkningar å ena sidan och reella – ofta mycket mindre utsträckning accepterade – icke åsyftade verkningar å den andra sidan.”[915] Särskilt intressanta är de latenta dysfunktionerna, givet ett så sammansatt och mångfasetterat rättsområde som kränkningsersättningen till brottsoffren utgör. Och särskilt mot bakgrund av de anmärkningsvärt ”vackert formulerade” åsyftade verkningarna, som kännetecknar dessa ersättningar i ändamålsformuleringarna.[916] Risken för dubbel viktimisering innan brottsoffren väl erhåller sin brottsskadeersättning är överhängande.

När man studerar undersökningar om vad som brukar kallas för allmänt rättsmedvetande, kan man tänka på att även om det finns likhet mellan olika länders rättssystem och olika sanktioner, finns det också betydande skillnader. Att tala om något verkligt allmänt, i meningen universellt, rättsmedvetande blir därför svårt. Men samtidigt finns det en undersökning (International Crime Victims Surveys), som visat på att Sverige har ett förhållandevis ”genomsnittligt” rättsmedvetande, åtminstone i relation till jämförelseländerna i studien.[917] Samma undersökning (ICVS) visade på liknande genomsnittliga resultat avseende utsattheten för brott ”overall victimisation” i Sverige, men rädslan för att utsättas för brott är genomgående relativt låg i de skandinaviska länderna.[918]

Om man ska försöka placera in min mitt undersökningsområde i ett vidare sammanhang, hamnar man lätt i den övergripande utvecklingstendens, som sociolo-

911 Jfr Auberts beskrivning av rätten som ett kommunikationsmedel, Aubert, 1972, s. 36 f.

912 I den undersökning som riktade sig till allmänheten angav ca 19 procent att de varit utsatta för integritetskränkande brott under de senaste 24 månaderna. Majoriteten av dessa brottsutsatta hade råkat ut för stöld. Ulla Bondesons nordiska delundersökning utifrån självrapporterad brottslighet uppvisade ett liknande mönster. Bondeson, 2008, s. 84.

913 Lindén & Similä, 1982, s. 82 ff.

914 Prop. 2000/01:79. Eftersom det funnits utsatta grupper och kritik även tidigare, kan det röra sig om en förskjutning av diskursformationen. Jfr Nilsson, 2008, s. 51 ff.

915 Mathiesen, 2005, s. 71.

916 Ekstedt, 1977, s. 97.

917 Van Dijk, van Kesteren, Smit, 2008.

918 Ibid. von Hoffer, 2005.

gen Ronald Inglehart har beskrivit som en ökning av postmateriella värderingar.[919] Inglehart har utifrån det internationella forskningsprojektet ”World Values Survey”, som återkommande kartlägger värderingsförändringar genom omfattande surveyundersökningar, beskrivit hur välutvecklade välfärdsländer som Sverige över tid kommer att domineras av postmateriella och individualistiska värderingar.[920] Enligt Inglehart ser vi, som en konsekvens av ökad existentiell trygghet, en ökning av värderingar som betonar värdet av individens självförverkligande (”livsstilsfrågor”), respekten för fri- och rättigheter och ökad tolerans, samtidigt som traditionella auktoriteter förlorar i stöd, samhällskritiken ökar och repressiva värderingar försvagas.[921] Utifrån kränkningsersättningens möjlighet att verka i ett sådant postmateriellt klimat, kan man anta att de postmateriella värderingarna stödjer framväxten av ett skydd av den personliga integriteten, just som ett exempel på ett icke-ekonomiskt eller postmateriellt intresse förankrat hos den enskilde. Men samtidigt innebär de postmateriella värderingsförändringarnas roll för samhällslivet att tilltron till den traditionella rätten försvagas och antagligen särskilt den straffrättsliga, som bygger på förutsägbarhet, absoluta regler och auktoritär stränghet.[922] Exempelvis finns det en stark korrelation mellan att värdera hårt arbete, som antas vara en indikator på materiella värderingar, och hårda straff.[923] Kränkningsersättningen befinner sig därför i ett normativt korstryck, där den rättsliga auktoriteten minskar, differentieringen ökar genom ökad individualism, samtidigt som ett ökat betonande av självförverkligande och integritet rimligen ökar kraven och förväntningarna på att dessa aspekter skyddas och värderas (även rättsligt).[924] Några av de tidigare nämnda undersökn-

919 Ulla Bondeson har introducerat Inglehart i ett rättssociologiskt sammanhang, Bondeson, 2008, s. 39. Sverige är förhållandevis värderingsmässigt extremt och hamnar lämngst upp i det högra hörnet på Ingleharts karta över väldens länder, som domineras av ”Well-being” istället för ”Survival” och ”Secular-rational Authority” istället för ”Traditional Authority”. Inglehart, 1997, s. 93. På ett idéhistoriskt plan kan man tala om att vad Nozick kallar för rättigheterna över en själv – “självägarskap” hamnar i fokus. Rothstein, 2002, s. 12.

920 Inleharts beskrivning av en ”tyst revolution” i västvärldens värderingsmönster tog form under 1970-talet och byggde till stor del på Abraham Maslows behovstrappa. 2011 är Inglehart aktuell som årets skytteanska pristagare tillsammans med Pippa Norris. En tanke är att när de postiva friheterna (utifrån Isaiah Berlins definition) har uppnått en viss omfattning, övergår intresset till de negativa friheterna. Berlin, 1984, s. 133. Inom rätten menar jag att vi ser en sådan utveckling från sociala, politiska och preventiva intressen till legalitet, rättslig likabehandling och andra rättsstaliga intressen.

921 Inglehart, 1990, s. 3 ff. Inglehart, 1997, s. 43.

922 Ibid, s. 76. ”Fight Crime” och ”Maintain Order” är exempel på materialistiska värderingar enligt Inglehart, ibid, s. 119.

923 Enligt Bondeson är detta en beskrivning, som utgår från Durkheims beskrivning av samhällets arbetsdelning och olika solidaritetsformer. Bondeson, 2008, s. 214.

924 Om normativa korstryck inom rättssociologin, se Leo, 2010, s. 41, s. 161 ff. Ur ett brottsofferperspektiv är detta särskilt påtagligt. Brottsofferperspektivet har delvis sina rötter i kvinnorörelsen på 1970- och 80-talet. Sonander, 2008, s. 78. Här ingick bl.a. Leif G. W. Persson och sexualbrottskommittén SOU 1981:64. Brottsofferperspektivet är också en del av en nyklassicistisk straffrättskola, som betonar straffvärdet vid påföljdvalet. Bondeson finner dock att ”more sympathy with women’s movements is related to a more lenient attitude towards punishment”. Bondeson, 2008, s. 220. Henrik Tham har ingående beskrivit brottsofferperspektivets uppkomst ur ett svenskt perspektiv. Tham, 2001, s. 27 ff och Tham , 2011, s. 23 ff.

ingarnas resultat kan också relateras till Ingleharts beskrivning av de postmateriella värderingarna som exempelvis den låga rädslan för brott och återhållsamheten i repressionen, trots att den kroppsliga integriteten ses som allt mer skyddsvärd.[925]

Mot bakgrund av beskrivningen av Inglehart och dess förklaringsvärde för den rättssociologiska förståelsen av kränkningsersättningen, kan det också vara intressant att notera dess betydelse för rättsvetenskapen. Särskilt Bo Wennström har uppmärksammat hur rättens gränser blivit problematiska i takt med olika samhällstendensers ökade betydelse och dess påverkan på rätten. Han sammanfattar de relevanta tendenserna i begreppet ”individualisation”.[926] Poängen här är att Wennströms slutsats är att rättens tidigare mer definitiva gräns blir mer lik en ”kulturgräns” och därmed behöver rättsvetenskapen öppna upp för samhällsvetenskaplig kunskap.[927] Mer konkret är det kopplat till den ökade betydelsen av ”subjektiviteten, osäkerheten och skönsmässigheten beträffande den juridiska praktiken.”[928]

När man har att bedöma hur rätten, rättsliga institutioner och rättstillämpningen bedöms av allmänheten eller av en specifik grupp som brottsoffren, är det viktigt att få kunskap om utifrån vilka parametrar, som bedömningen görs. Överlag uppfattas rätten som en del av den moraliska infrastrukturen i samhället.[929] När SOM-institutet analyserar förtroendet för olika samhällsinstitutioner, använder de ett antal skilda dimensioner vid bedömningen. En av dessa institutioner utgörs av domstolarna och det är intressant att notera att folk bedömer domstolarnas arbete utifrån dimensionerna i fallande grad ”samhällsbevarande”, ”fostran” och ”politik”.[930] Domstolarna som samhällsinstitution utmärks dock av att de inte går att enbart bedöma utifrån en dimension utan flera relativt jämnstarka, vilket exempelvis inte gäller för regeringen (politik) eller kungahuset (samhällsbevarande).[931] Förutom den uppenbara slutsatsen, att rättstillämpningen befinner sig i ett komplext korstryck, förefaller det som om allmänheten bedömer rättstillämpningen utifrån traditionella värden som ”moral” och ”samhällsbevarande”.[932] De samhällsgrupper, som anger högst förtro-

925 Knutsson & Kühlhorn, 2005. Andelen otrygga har minskat från 21 till 16 procent de senaste åren i Sverige, Brå 2012:2.

926 De utvecklingslinjer, som Wennström nämner, är uppmärksamheten mot mänskliga rättigheter, betonandet av barnets bästa, kvinnans förändrade ställning och ett ökat minoritetsskydd. Wennström, 2002, s. 146.

927 Ibid, s. 147.

928 Ibid, s. 147 f.

929 Bondeson skriver om ”Institutions Upholding Morality” i nordiska samhällen och räknar upp hemmet, skolan och rätten mfl. Bondeson, 2008, s. 57.

930 Holmberg & Wibull, 2006, s. 75.

931 Ibid. Vid den senaste SOM-undersökningen (2010) sorterades domstolarna under dimensionen ”samhällsservice” men inte lika utmärkande som för institutioner som sjukvården eller polisen. Holmberg, Weibull, Oscarsson, 2011, s. 55.

932 Man kan jämföra med Bondesons undersökning av folks uppfattningar om varför man använder fängelsestraff. Resultatet visar att det är förhållandevis jämnt mellan fyra olika variabler: 1) behandling, 2) skydda samhället, 3) vedergällning och 4) avskräckning. Bondeson, 2008, s. 95. Man kan också jämföra med de funktionalistiska tankegångarna, som Talcott Parson presenterat om samhället bestående av olika subsystem, där rättsväsendet tillsammans med religionen rör samhällets interna integration. Andersson, 1994, s. 49.

ende för domstolarna, är medelålders, högutbildade kvinnor med högerinriktad politisk profil.[933] När det gäller svenskarnas tilltro till domstolarnas verksamhet, visar SOM-institutets undersökning att en knapp majoritet – 46/48 procent – anser att domstolarna utdömer straff, som är rimliga för de brott, som begåtts.[934] Tilltron till domstolarna är förhållandevis stabil över tid och utmärker sig varken som en samhällsinstitution med utmärkande högt förtroende som exempelvis sjukvården eller lågt förtroende som exempelvis kommunledningen.[935] Det förefaller dock som om spänningen mellan den ”allmänna” rättskulturen och den rättsliga ”elitens” kultur är påfallande stabil över tid. Denna spänning kan säkert delvis förklaras av att rättens positiva ytnivå ligger närmare juristerna, medan rättens icke-positiva djupkultur förändras långsammare och ligger därmed närmare de breda samhällslagren.

Av särskilt intresse för min studie är även den Riks-SOM undersökning, som genomförts om föreställningar och uppfattningar om brottsoffer.[936] Syftet med undersökning var att få kunskap om vad befolkningen tycker i olika brottsofferrelaterade frågor och då främst vilken uppfattning man har om brottsoffer generellt. Resultatet visar att svenska folkets inställning är att personer, som utsätts för våldsbrott ofta både är oförsiktiga men framförallt kriminella. Bara 23 procent ansåg att brottsoffer i mycket hög grad är ”vanliga oskyldiga människor”.[937] Resultaten av den explorativa SOM-undersökningen ligger i linje med tidigare kriminologisk forskning om att gärningsmannen och brottsoffret ibland är samma person, vilket gör det ”ideala brottsoffret” till något relativt ovanligt.[938] Om utgångspunkten är att det inte är självklart att brottsoffren själva saknar skuld till det inträffande, är det intressant ifall min undersökning visar ett övergripande stöd för tanken att brottsoffren ska få kompensation för sina skador och då särskilt som en tydlig reaktion på att det inträffade är allvarligt. Det skulle kunna tolkas som att allmänheten betraktar brottsofferfrågor utifrån en rättighets- och rättviseaspekt.[939] Att som brottsoffer bli kompenserad blir då ett symboliskt bevis på att samhället erkänner det felaktiga i vad som hänt och tar avstånd från det.[940] Frågan anknyter till jämknings- och medvållandereglerna i brottskadelagen, vilka i sin tur knyter samman kriminalpolitiska frågor om preventionen och det allmänna rättsmedvetandets hållning gentemot brottsoffren.

Före lagändringen 1999,[941] var den genomgående kriminalpolitiska tanken med brottsskadeersättningen att den främst skulle tillgodose socialt motiverade ersättningsbehov. Tidigare fanns det en jämkningsregel, som utifrån culparegeln antog att

933 Holmberg, Weibull, Oscarsson, 2011, s. 57.
934 46% avser Väst-SOM från år 2000 och 48% avser Riks-SOM från år 2010. Ibid, s. 98.
935 Ibid, s. 47, s. 104.
936 Holmberg & Weibull, 2006, s. 219 ff.
937 Ibid, s. 222.
938 Nils Christie har infört det viktimologiska begreppet ”the ideal victim”. Christie, 2001, s. 46. Se även Fattah, 1986. Jfr Lenke, 1973 s. 140 f. och von Henting, 1948.
939 Se Hans Klette som betonat medborgar- och rättighetsperspektivet, Klette, 2004, s. 45 ff. Se även Henrik Tham om brottsofferperspektivet i relation till ett ökat fokus på de mänskliga rättigheterna, Bergenlöv, mfl., 2002, s. 38.
940 Se även Mannelqvist, 2005/06, s. 795.
941 Lag 1999:253.

rättvisa och billighet krävde att den ansvarige för en skada står för de ekonomiska följderna – även den skadelidande. En alltför generös utbetalning av statligt finansierad brottsskadeersättning, då brottskadelagen fordrade särskilda skäl för jämkning, motiverade lagstiftaren att åter öka rättstillämparens möjlighet till jämkning genom införande av ett allmänt skälighetsrekvisit. Det intressanta är att lagändringen gjordes med kriminalpolitiska hänsyn till att brottsoffrens ersättning från staten kunde uppfattas som stötande, om brottsoffret inte lever upp till bilden av det ”ideala brottsoffret”. 1988 hade Sverige ratificerat Europakonventionen om ersätt-ning till offer för våldsbrott. Enligt konventionen kan ersättningen sättas ned eller helt falla bort om ersättningen skulle ”strida mot det allmänna rättsmedvetandet eller ’ordre public’”.[942] Det var även rättvisehänsyn, som låg till grund för ändringen av medvållandereglerna och ändringen ligger i linje med rättsmedvetandet enligt SOM-institutet, så det uppstår en diskrepans mellan lagen och synen på kränkningsersättningen som förankrad i människovärdet, vilket också kan ses som ett rättviseperspektiv.[943] Brottsoffrens rätt till kränkningsersättningen är alltså villkorad, även om det är svårt att definiera villkoren, eftersom de är grundande i olika rättvisehänsyn. Ur ett övergripande perspektiv är det dock en motsägelsefull utveckling, som kränkningsersättningen efterhand tagit, eftersom rättviseskäl både motiverar ökad jämkning – allmänt skälighetsrekvisit utifrån en förtjänstetik och en restriktivare – särskilda skäl utifrån allas rätt till integritet. Oavsett utgången av vilken tolkning eller argument som premieras, tycks värderingen göras i ett kriminalpolitiskt perspektiv och med hänsyn till rättsmedvetandet. Därför är jämkningsgrunderna ett exempel på hur rättstillämpningen av kränkningsersättningen konstrueras socialt och i ett komplext värdemässigt kortstryk.

4.5 Sammanfattning

Den teleologiska lagtolkningsmetoden har visat hur kränkningsersättningens ändamål blir viktiga, när det råder osäkerhet om ersättningens materiella innehåll och hur den ska tillämpas. Skadeståndslagen är att betrakta som ramlagstiftning och skadeståndsrättens möjlighet att döma ut ersättning för ideell skada kan jämföras med en generalklausul, som ger rättstillämparen en frihet att fastställa skäliga ersättningsnivåer. Ett sådant rättsområde kan fungera som inkörsport för olika läror och

942 Prop. 1998/99:41 s. 15.

943 Huruvida jämkning- och medvållandereglerna omfattar brottsoffrens ersättning för kränkning har det funnits en viss osäkerhet om. Enligt SOU 1992:84 s. 263 finns det inte utrymme för jämkning, när det kommer till ersättning för kränkning genom brott men tanken har inte anammats av lagstiftaren, prop. 1998/99:41 s. 13. Jfr ”(u)tmärkande för de brott som grundar rätt till sådan ersättning som avses i 1 kap. 3 § är att de innefattar ett angrepp på den skadelidandes personliga integritet, här närmast dennes privatliv och människovärde.” Prop. 2000/01:68, s. 48. Jfr Bengtsson & Strömbäck, 2011, s. 335 f.

ambitioner, vilket gör rättsområdet dynamiskt och intressant att studera.[944] Främst är det två omständigheter som är av intresse här: 1) syftet att den skadelidande ska få full ersättning för sin skada och 2) den skadelidande ska få upprättelse genom symbolvärdet som ersättningen utgör och därmed kompensera för olika negativa känslor.[945] Om upprättelse ses som ändamålsbestämningen hos ersättningen, är det genom en värdering, som den skadelidande och/eller någon utomstående gör, som avgör om ändamålet realiserats. Själva (rätts)uppfattningen av ersättningen blir då central men uppfattningen kommer lätt att gå utöver den snäva skadeståndsrättsliga eller det rådande ersättningssystemets ramar och inbegripa straffrättsliga aspekter.[946] Kunskapen om hur brottsoffrens erfarenheter ser ut liksom allmänhetens värderingar och attityder, blir alltså en viktig del av funktionsanalysen liksom förståelsen av själva ersättningsområdet, eftersom dess ändamål inbegriper aspekter som förståelse, bedömningar och betraktelser. Begreppet ”intresse”, som återfinns hos såväl intressejurisprudensen och läror om skyddsvärda intressen, innebär ett kunskapsintresse och en metodisk ansats i linje med rättskällorna, som öppnar upp för ändamålsenliga avgränsningar kring mångfasetterade sociala och rättsliga värderingar, som kan undersökas ur ett brottsofferperspektiv.[947] Kapitlet visar även på att det historiskt har funnits en rad perspektiv och uppfattningar om hur rättslig kunskap ska avgränsas och vilken status som fenomen som allmänt rättsmedvetande och rättskänslan ska ges. Genom det kriminalpolitiska skiftet mot att betona rättvisa och proportionalitet har rättsociologisk kunskap om sociala och informella normer i samhället kommit att återaktualiserats. Slutsatsen är också att även om det finns relevanta återkopplingar till historiska skolan och frirättsskolan, ger inte dessa skolor något klart underlag för att diskutera betydelsen av allmänt rättsmedvetande idag. Istället får man ta fasta på att det finns en bred och återkommande uppfattning om rättsmedvetandets roll som rättskälla och sociologiskt studieobjekt. Det finns även en rad undersökningar som min egen undersökning och dess resultat kan och bör relateras till.

944 Wilhelmsson, 1987, s. 143, Ramberg & Hultmark, 1990, s. 190.

945 Friberg, 2010, s. 372 ff. SOU 1992:84 s. 87 ff.

946 Friberg, 2010, s. 366. Ekstedt, 1977, s. 118. Ändamålsbeskrivningarna för ideellt skadestånd spänner över en linje från ekonomiskt vederlag för en ideell skada till mer symbolisk vedergällning (”satisfaction”) för en känsla, som rent ideell kränkningsersättning utgör. Samtidigt blir bilden än mer komplicerad, om man därutöver beaktar preventiva aspekter, regelverkets förhållande till både försäkringar och straffrätten liksom kränkningsersättning för överträdelser av Europakonventionen och diskrimineringsersättningen. Ds 2007:10 s. 14.

947 Intressebegreppet är även rättssociologiskt relevant, Aubert, 1972, s. 81 ff.

KAPITEL 5

Två enkätundersökningar

5.1 Inledning

I detta kapitel kommer mina två undersökningar om allmänhetens respektive brottsoffrens uppfattningar av brottsoffrens kränkningsersättning att presenteras. Det är svårt att finna en tillfredställande metod, med vilken man kan värdera och beräkna en icke-ekonomisk skada i pengar. Den icke-ekonomiska – ideella – skada, som här undersöks, är den kränkning av den personliga integriteten, som ett brottsoffer kan uppleva vid själva brottsögonblicket.[948] Vid avsaknad av en möjlighet till objektiv värdering ska ersättningen vid rättstillämpningen spegla de sociala normerna i samhället, vilket beskrivits i kapitel 2. Bestämmandet av kränkningsersättningen skall vara en skönsmässig bedömning, baserad på förhärskande etiska och sociala värderingar.[949] Förmågan att spegla de sociala normerna påverkar troligen möjligheten att ersättningen fungerar enligt sitt syfte, vilket är att ge upprättelse och gottgörelse till brottsoffren. Annorlunda utryckt är ambitionen med kränkningsersättningen enligt rättskällorna, att det skall råda överensstämmelse mellan den praxis, som utvecklas kring kränkningsersättning grundat i brottsliga angrepp och de informella normerna. Särskilt gäller detta vid beräkningen av ersättningsnivåerna eller ersättningsbestämningen. Beskrivningen bygger på ett funktionsantagande om att upprättelse för kränkningen förutsätter att rättstillämparen förmår att göra en så

948 I Brottsoffermyndighetens referatsamling beskrivs det som att ”(k)ränkningsersättningen avser till allra största delen upplevelsen vid och karaktären av själva skadehändelsen (momentalt), medan ersättning för personskada tar sikte på följdverkningarna efter skadehändelsen.” Brottsoffermyndighetens referatsamling, 2009, s. 12.

949 Prop. 2000/01:68 s. 51.

riktig värdering som möjligt av skadan utifrån förståelsen av de förhärskande etiska och sociala värderingarna i samhället.[950]

Den aktuella studiens övergripande ambition är att med empiriska metoder undersöka om de ersättningsnivåer, som råder enligt praxis, speglar folks förväntningar och värderingar av kränkningen vid ett visst brott. I samband med denna undersökning ställs även frågor om respondentens uppfattning av kränkningsersättningen som fenomen och hur de uppfattar dess roll och effekter. Genom att undersöka brottsoffrens uppfattning av den praxis, som råder och kränkningsersättningens funktion utifrån deras egna erfarenheter av ersättningen, ges en bild av vad ersättningen ersätter och hur dess betydelse uppfattas av såväl brottsoffer som ett urval av allmänheten. Sammantaget ger de båda enkätstudiernas resultat en uppfattning om hur skadevärdet bedöms hos dessa rent ideella skador. Undersökningen utgår från problemområdet som utgörs av om den ultimära avsikten med ersättning för kränkning – att lindra verkningarna av kränkningen genom reparations- och upprättelsefunktionen, är beroende av ett primärt mål – att rättstillämparen, vid ersättningens bestämmande, ska spegla rådande etiska och sociala värderingar i samhället. Men är detta möjligt om det saknas en adekvat metod för att värdera den rent ideella skadan i monetära termer? Eftersom problemområdet är relativt generellt och övergripande med flera möjliga och relevanta infallsvinklar, har jag valt två frågeställningar kopplade till kunskapsintresset, som väglett mig genom forskningsprojektet, utformningen av metoden och empirianalysen:

1. Kan den icke-ekonomiska skadan värderas i pengar och finns det uppfattningar om ersättningsnivåerna i samhället utifrån inkommensurabiliteten och differensproblematiken hos kränkningsersättningen?
2. Speglar Brottsoffermyndighetens praxis normerna och värderingarna i samhället som det är tänkt enligt lagen?

Undersökningen syftar till att med empiriska metoder undersöka om den rättsliga utformningen av kränkningsersättningen och de ersättningsnivåer, som råder enligt praxis, speglar folks förväntningar och värderingar av kränkningen vid ett visst brott. I samband med denna undersökning ställs således även frågor om respondentens uppfattning av kränkningsersättningen som fenomen och dess funktion. I detta syfte ingår även att undersöka brottsoffrens uppfattning av den praxis, som råder och kränkningsersättningens funktion utifrån deras egna erfarenheter av ersättningen. Med funktion avses här, i likhet med vad som ibland görs inom skadeståndsrättsliga framställningar, rättsreglernas verkningar, när de tillämpas.[951] Metoddesignen syftar

950 Ett sätt att förstå kränkningsbegreppet och det skadeståndsrättsliga orsakskravet är att se det som ett treledsresonemang; handlingen (brottet) ger kränkningen, som i sin tur ger skadan, som ska kompenseras med kränkningsersättningen. Schultz, 2008, s. 33. Problemet är dock att orsaksbedömningen blir otydlig, då de olika följderna förutsätts på ett typiserat sätt, vilket gjort det oklart, huruvida det är skadan eller gärningen, som utgör grunden för ersättningen, vilket aktualiserat liknelsen med den medeltida boten. Friberg, 2010, s. 904.

951 Andersson, 1993, s. 320 f.

till att knyta den empiriska undersökningen, inte till några ”*extrinsikalt identifierade* funktioner”, utan till den interna rättsliga förståelsen av rättsområdet. Egentligen kan man beskriva det som att tre förståelser relateras till varandra, brottoffrens ur ett aktörsperspektiv, allmänhetens ur ett allmänt perspektiv och det internt rättsliga.[952] De två enkätundersökningarna försöker därför undersöka de faktiska funktionerna hos brottsoffrens kränkningsersättning, mot bakgrund av hur de aktuella rättsmedlens funktion beskrivs i rättskällorna.

5.2 Presentation av undersökningarna

5.2.1 Översiktlig metodbeskrivning

Mitt insamlade material kan relateras till de rådande normerna, som utgörs av praxis, vilken i sin tur enligt lagstiftaren ska spegla allmänhetens sociala och informella normer. Utifrån studien ges också en förståelse av brottsoffrens erfarenheter för att finna de mekanismer och den kontext, vari ersättningen verkar. Det betyder också att den redovisade forskningsdesignen främst är extensiv och handlar om kvantitativ datainsamling och statistisk analys med hjälp av IMB SPSS Statistics – i fortsättningen förkortat SPSS[953]. Enkäten till brottsoffren avslutades även med en möjlighet för respondenten att själv få uttrycka sina erfarenheter och kommentarer, vilket således är en faktor av kvalitativ art. Valet att undersöka både allänhetens och brottsoffrens uppfattningar om kränkningsersättningen utgår från att individer orienterar sig mot varandra. Delvis är de båda grupperna överlappande, eftersom brottsoffer återfinns bland allmänheten och brottsoffrens uppfattningar grundar sig på ett tolkande, som görs i ett vidare socialt sammanhang. I kommunikationen och interaktionen med andra kan brottsoffrets upplevelser förstärkas eller omförhandlas, vilket gör att kunskap om de genrella mönstren hos allmänheten är relevanta även för förståelsen av brottsoffrens egna upplevelser. På flera vis är de båda populationerna integrerade men somliga frågor – de som rör erfarenheten av kränkningsersättningen – kan av naturliga skäl endast besvaras av brottsoffren. Därför har två delvis olika enkäter utformats, där flera frågot är gemensamma för de båda respondentgrupperna.

Den empiriska kunskapsinhämtningen består av enkäter till ett urval av befolkningen om deras syn på ersättningssystemet och med hjälp av en vinjett med fall hämtade från Brottsoffermyndighetens referatsamling får respondenten själv ange

952 Schultz, 2007, s. 74 ff.

953 SPSS står för ”Statistical Package for the Social Sciences” och utarbetades på Stanford University i slutet av 1960-talet.

vilket belopp, som borde utgå för att ge ett brottsoffer upprättelse. Även jämkningsmöjligheterna, som motiveras utifrån kriminalpolitiska hänsyn mot bakgrund av brottsoffrets eget agerande, undersöks.[954] Ett urval av de personer, som erhållit kränkningsersättning utbetalad från Brottsoffermyndigheten under en månad kontaktades med en enkät bestående av frågor om hur ersättningen har upplevts och fungerat utifrån de ambitioner som finns. Även brottsoffren får värdera vilket belopp, som borde utgå enligt samma fall hämtade ur Brottsoffermyndighetens referatsamling. För att få kvalitativ kunskap om ersättningens funktion, hur den fungerar i praktiken, har enkäten till brottsoffren, som erhållit kränkningsersättning från Brottsoffermyndigheten, avlutats med ett utrymme för egna kommentarer och reflektioner kring ämnet. I centrum för denna uppgift står därför brottsoffrets egna erfarenheter och den underliggande problematiken kring hur man värderar aspekten, som kallas för inkommensurabiliteten och differensproblematiken – svårigheten att värdera en kränkning av människovärdet i pengar.

5.2.2 Vinjettfrågor

Undersökningsproceduren för insamlandet av data om de sociala och informella normerna i relation till brottsoffrens kränkningsersättning har skett genom två enkätstudier utformade som en attitydundersökning. Denna studie består således av två enkätstudier, varav den ena som riktade sig till ett urval av befolkningen bestod av en enkät med frågor kring kränkningsersättningens funktion med ett viktimologiskt perspektiv, medan den till brottsoffren tog fasta på deras erfarenheter av ersättningen i fråga. Till enkäten finns även en vinjettdel med brottsbeskrivningar hämtade från Brottsoffermyndighetens referatsamling och två exempel på hur jämkningsregeln i Brottsskadelagen tillämpas av Brottsoffermyndigheten – se bilagorna. Attityder och normer kan alla ses som mer eller mindre latenta variabler, vilka kräver mer kreativitet från forskarens sida för att undersöka och få kunskap om, än vid manifesta variabler som är lättare att observera.[955] Därför är en vinjettdel lämplig för att testa respondentens tillämpning av sina värderingar genom uppskattningen av skadevärdet. Tills skillnad från manifesta variabler, som kan undersökas genom konkreta frågor – exempelvis bakgrundsvariabler som kön och ålder – ger vinjettdelen mätvärden, som får ses som indikatorer på respondenternas värderingar.

Surveyundersökningar brukar delas in i olika kategorier, faktamässiga, attitydmässiga, socialpsykologiska och förklarande.[956] I mitt fall kan man säga att undersöknin-

954 Enligt Brottskadelagen (BrL), jämkningsparagrafen 9 § 2st, möjliggörs en strängare bedömning än skadeståndslagen, som domstolen annrs tillämpar. I slutet av 1990-talet, när kränkningsersättningarna började bli omfattande, beslutade man att jämkningsmöjligheten skulle skärpas, så att det istället för särskilda skäl räckte med en allmän skälighetsbedömning för att jämka ett av domstolen fastställt ersättningsbelopp. Prop.1998/99:41 s. 16 och Ds 1997:45 s. 37f.

955 Svenning, 2003, s. 144. Ett attitydtest kan även bestå av manifesta variabler, vilka kan mätas eller observeras direkt.

956 May, 2001, s. 114.

gen innehåller en blandning av både faktamässiga – till exempel om brottsoffrens ersättning och det ersättningsgrundande brottet, attitydmässiga – synen på ersättningsnivåerna, socialpsykologiska – respondenternas reaktioner och upplevelser samt förklarande, eftersom enkätstudien också prövar mina frågeställningar och antaganden om kränkningsersättningen. Vid utformningen av de båda enkäterna valdes övervägande en strukturering med fasta svarsalternativ, för att underlätta hanteringen och analysen av svarens jämförbarhet men även för att öka respondentens svarsbenägenhet.[957]

När enkäten utformades, var syftet att täcka in ett relativt brett fält av perspektiv och ingångar på ersättningen hos såväl brottsoffren som allmänheten. För att närmare förstå deras uppfattningar, hur de hänger samman och vari de består, har jag utformat en rad frågor, som närmar sig ersättningens funktion och hur den kan tänkas uppfattas från en rad olika vinklar.[958] Den valda metodkombinationen syftar till ökad träffsäkerhet och att ge en mer fullstädig bild av det fenomen eller område man undersöker.[959] Enkäten innehåller frågor om behovet av ersättningen, om nivåerna på ersättningen, om betydelsen av ersättningen, förväntningar på den samt frågor om olika orsakers betydelse för ersättningens funktion. Enkäten till brottsoffren innehåller samma frågor som allmänheten fick i sin enkät men därtill innehåller brottsoffrens enkät en rad frågor relaterade till brottsoffrens erfarenheter. Dessa frågor finns under rubriken ”Del 2. Frågor av allmän karaktär om ersättningen” och ”Del 3. Praktiska exempel”.[960] I den praktiska delen bestående av vinjettfrågor får respondenten välja vilket ersättningsbelopp, som ”Du anser skulle vara skälig ersättning för kränkningen hos det integritetskränkande brottet som beskrivs i de följande fallen så att brottsoffret får upprättelse”. Här får således personen, som besvarar enkäten, själv välja ett belopp mot bakgrund av sex olika brottsbeskrivningar hämtade från Brottsoffermyndighetens referatsamling. Slutligen innehåller enkäten två frågor om Brottsoffermyndighetens jämkningspraxis, där respondenten får ta ställning till två jämkningsfall, som beskrivs kortfattat. Brottsoffermyndigheten har en möjlighet att jämka ersättningen utifrån brottsoffrets uppträdande i samband med brottet enligt Brottsskadelagen (1978:413) § 9.

Tanken att använda sig av en vinjettstudie som metod växte fram mot bakgrund av mitt kunskapsintresse, karaktären på undersökningsämnet och befintliga kunskapskällor. Den kunskapskälla, som åsyftas, är främst Brottsoffermyndighetens referatsamling, där olika brottsliga angrepp på den personliga integriteten beskrivs kortfattat, ungefär som en kortare tidningsartikel. Under varje fall finns ett belopp angivit, som är praxis och referatsamlingen fungerar som en komplexitetsreducerande norm för domstolar och jurister i deras vardagliga arbete. Man kunde be ett representativt urval av befolkningen att värdera den kränkningen, som beskrivs i de olika fallen i

957 Eriksson & Wiedersheim-Paul, 2001, s. 90.

958 Funktion är enligt Durkheim intimt förknippat med den sociala miljön, vari ”de sociala fenomenens nyttovärde” bedöms. Durkheim, 1978, s. 97.

959 Denscombe, 2099, s. 149 ff.

960 Se enkäterna i bilagorna.

referatsamlingen och sedan relatera de svar man erhåller med den praxis, som utgår enligt samlingen. Vinjetter i en enkät är lämpliga, när man vill fånga någons bedömning av en viss konkret situation, hur de värderingar den information som ges samt hur de tror att de kommer att agera.[961] Normer kan i sin tur sägas vara grundade i värderingar och fungera som medel för dess uppfyllande.[962]

Respondenterna tar alltså ställning till samma information i de korta historier, som beskriver något, vilket forskaren finner är karakteristiska. En annan fördel är att metoden ger möjligheter att mäta människors attityder, bedömningar och värderingar med relativt liten risk att forskaren påverkar, genom sättet att fråga, de svar som ges.[963] Detta innebär att man måste noga överväga, vilka fall från referatsamlingen man väljer att använda, eftersom en alltför omfattande enkät med många vinjetter skulle kunna påverka svarsfrekvensen negativt. En annan omständighet, som rör det ämne som är aktuellt i just detta fall, är i vilken utsträckning som ämnets komplexitet – som inkommensurabiliteten mellan pengar och själsligt lidande eller kränkning – lämpar sig för denna typ av standardiserade enkäter till ett urval av befolkningen.[964] Ytterligare en invändning, som ligger nära den förra, är att vinjetterna grundade i referatsamlingen ger en förenklad bild av verkligheten och situationen kring de olika brotten. Det är därför viktigt att inledningsvis i enkäten ge vissa fundamentala förutsättningar för respondenten att besvara frågorna och vinjetten. Dessa är att ersättningen finansieras gemensamt, att ersättningen skall sträva efter fullständig upprättelse eller reparation och att det är själva kränkningen och inte medicinska effekter av brottet som ersätts. En speciell omständighet med vinjettstudien är att ett internt bortfall för de frågor, som rör möjligheten för respondenten att värdera kränkningen i pengar, kan säga något om inkommensurabiliteten kring dessa ersättningar. Inkommensurablilitetstesen testas delvis i vinjettstudien, då frågan är om respondenten ens förmår att fylla i ett belopp samt hur detta förhåller sig till praxis.

---

961 Jergeby, 1999, s. 12. Jfr Östberg mfl., 2000, s. 17. Exempelvis har vinjettmetoden används vid studiet av socialarbetare inom individ- och familjeomsorgen. Vid denna studie betonades särskilt vikten av att vinjetterna gav en trovärdig beskrivning av de fall, som bedömdes. Skillnaden gentemot den vinjett, som jag utarbetat, är att vinjetterna i den studien utgjorde grunden för öppna resonemang av mer kvalitativ art. Ibid, s. 18. Att undersöka reaktioner på olika brottsbeskrivningar har återkommande gjorts i vinjettformen inom kriminologin, se t ex Jerre & Tham, 2010 s. 13, Balvig, mfl., 2010, s. 232 ff. och Axberger, 1996, s. 59.

962 Baier & Svensson, 2009, s. 135. Normer operationaliserar underliggande värden. Ibid, 143. Vilhelm Aubert beskriver två perspektiv på rättsreglernas efterlevnad, dels den som betonar tvångsmakten bakom rätten och dels den som betonar det representativa kriteriet hos rättsreglerna. Som exempel på den första kan representanter för Uppsalakolan nämnas, då dessa betonar rättens aktiva roll att påverka och förändra värden och normer i samhället (jfr ”straffets moralbildande verkan”). Mot denna skola ställer Aubert de tidiga rättssociologerna Sumner och Ehrlich, vars rötter återfinns hos Savigny. Aubert, 1972, s. 126 f.

963 Vid intervjuer talar man ibland om intervjuareffekten för samspelet mellan intervjuare och intervjuad. Samtidigt är kontrollen över svarssituationen sämre vid postenkäter än vid injervjuer. Esaiasson mfl., 2007, s. 265.

964 Eriksson & Wiedersheim-Paul, 2001, s. 107 om problemet, när fenomenet man undersöker, saknar ”gemensamma måttband” som trivsel eller arbetsgemenskap.

Vinjettundersökningen är i den meningen teoriprövande, vilket också är ett klassiskt sätt att närma sig ett vetenskapligt angreppssätt med hjälp kvantitativ metod.[965]

Svaren på vinjettfrågorna, som rör ersättningsnivåerna, kan sättas i inbördes relation till de sex olika brottstyperna och detta resultat kan sedan relateras till två andra kunskapskällor, vilka utgörs av samma vinjettdel men som istället brottsoffren alternativt allmänheten fått besvara och slutligen den rådande praxis, som återfinns i Brottsoffermyndighetens referatsamling. På detta sätt kan jämförelser göras mellan hur allmänheten och brottsoffren svarar i vinjettdelen och beloppen enligt Brottsoffermyndighetens referratsamling, vilket ger att jag har tre olika variabler att jämföra mellan. Som beskrivits tidigare avslutas vinjetten och enkäten, som riktats till brottsoffren, med att respondenten får möjlighet att själv skriva ner sina kommentarer eller reflektioner kring ämnet. Ersättningen är att betrakta som en oberoende variabel och upplevelsen av upprättelse och gottgörelse hos brottsoffren är den beroende variabeln. Detta eftersom den naturliga tanken är att ersättningen föregår och påverkar upplevelsen av upprättelse och gottgörelse men att detta endast kan beskrivas som en hypotes, eftersom sambandet är oklart och oprövat sedan tidigare.[966] Från en sådan beskrivning, där den oberoende variabeln ”används” för att öka insikten om den beroende variabeln genom att undersöka hur x påverkar y, sätts brottsoffrens erfarenheter i centrum för analysen, vilket bär på en viktig viktimologisk dimension. Vilken roll ersättningen har för brottsoffren är oklart liksom vilka faktorer som påverkar dess roll.

I kriminologiska och rättssociologiska studier görs ibland en metodologisk och deskriptiv skillnad mellan tre typer av rättsmedvetande – det generella, det informerade och det konkreta. Dessa skillnader beskriver hur man metodologiskt har nått kunskap om rättsmedvetandet och beskriver alltså skillnader i hur själva designen på hur empirin samlats in men ger också upphov till olika innehållsmässiga typer av rättsmedvetande.[967] De tre typerna beskriver således en skiftning från det abstrakta och distanserade rättsmedvetandet till det mer konkreta och informerade. Även jag har utgått ifrån denna uppdelning vid min utformning av metoden av forskningsprojektet. Det innebär att det generella rättsmedvetandet undersöks genom de traditionella enkätfrågorna, medan det informerade utgörs av vinjettdelen, där respondenten får ta ställning till konkreta exempel efter en text, som beskriver ersättningstypen. Något konkret rättsmedvetande har dock inte undersökts, även om brottsofferpopulationen kan sägas stå närmare det konkreta genom sina erfarenheter än allmänheten.

Arbetet med att utforma den slutgiltiga enkäten föregicks av flera provenkäter, som prövades under vårvintern 2008. Det förberedande arbetet med att utforma och testa olika frågor utgör ett viktigt stadium, där konstruktionen av surveyundersökningen

965 Jfr Creswell, 2003, s. 19, Flick, 2006, s. 34, Danermark mfl, 2003, s. 344.

966 Esaiasson, mfl., 2007, s. 73 ff. Det kan vara lämpligt att här återupprepa att ersättningen är tänkt att kompensera för de känslor, som den kränkande handlingen har framkallat hos den skadelidande, såsom rädsla, förnedring, skam eller liknande, som inte tar sig sådana medicinska uttryck att det föreligger en personskada. Prop. 2000/01: 68 s. 48 och 51 f.

967 Jerre & Tham, 2010 s. 11. I Norden är det Flemming Blavig som främst förknippas med metoden genom sin studie om danskarnas syn på straff. Balvig, mfl., 2010, s. 232 ff..

utarbetas.[968] Främst inriktades arbetet på att pröva om människor i allmänhet, som hittades på bibliotek och centralstationen kunde ta till sig ämnet för enkätstudien. Juridiska begrepp och komplicerade framställningar fick så långt det var möjligt undvikas, utan att enkäten förlorade för mycket i precision.[969] Samtidigt började min egen förståelse för hur ämnet som sådant uppfattas av ”mannen på gatan” att växa, vilket var intressant och lärorikt. Under denna vårtermin var jag samtidigt engagerad som lärare på en av Rättssociologiska enhetens distanskurser i rättssociologi och på det viset kom enkäten att prövas genom att en metodövning gick ut på att studenten skulle be ett antal personer att fylla i enkäten och sedan skulle studenten själv koda in resultaten och jag fick därigenom tillgång till alla de andra studenternas inkodade enkäter.

Efter att ha tillämpat detta upplägg under två kurser uppgick antalet inkodade enkäter till 1519 st. Även om materialet inte var användbart i vetenskaplig mening, var det en viktig del av metodutvecklingen inför de kommande undersökningarna.[970] Ett problem var att provenkäterna av praktiska skäl endast gick att prova på allmänheten och därmed var det bara den enkäten, som gick att utveckla på ett kontrollerat sätt. Skillnaderna mellan de båda enkäterna är dock begränsade till att enkäten till brottsoffren innehåller frågor om respondentens erfarenheter av rättsprocessen, medan övriga frågor om kränkningsersättningen och vinjettdelen är de samma.

5.2.3 Enkäten till allmänheten

När frågornas utformning var färdigbearbetade och dess innehåll motsvarade mitt kunskapsintresse, omvandlades enkäten med hjälp av det webbaserade enkätverktyg, som undersökningsföretaget Easyresearch Scandinavia AB erbjuder, till ett frågeformulär, som kan distribueras via e-post. Sammantaget består webbenkäten, som döptes till ”Allmänhetens erfarenheter och uppfattningar om kränkningsersättning till brottsoffer”, av 30 frågor. Respondenten gavs även möjlighet att lämna avslutande kommentarer, genom att den sista ”frågan” gav möjlighet till öppna svar. Enkätfrågorna föregås av en informationstext, som kortfattat berättar vad enkäten handlar om, vilka som genomför den och hur dessa kan nås, varför den genomförs och slutligen hur resultaten kommer att tas om hand. Easyresearch är ett företag som Rättssociologiska enheten samarbetar med sedan några år och vars webbenkäter och enkät- och analysverktyg har använts både inom forskningen och grundutbildningen. Genom att göra enkäten till en webbenkät, som kan distribueras via e-post, kan man låta en internetbaserad panel besvara frågorna. Cint AB samarbetar med olika

968 May, 2001, s. 122. En sådan aspekt rör hur många klassifikationsfrågar (bakgrundsvariabler) man väljer att ha med i enkätens början. Har man ett omfattande frågebatteri i denna del (t ex inkomst, utbildning, bostadsförhållanden och så vidare), kan det lätt medföra att människor ryggar tillbaka och lägger enkäten åtsidan.

969 Jfr Esiasson mfl, 2002, s. 270 ff om betydelsen av att undvika komplicerat fackspråk i enkäter.

970 Ibid, s. 195 och s. 256.

undersökningspaneler bestående av personer, som gått med på att medverka i olika undersökningar. Företaget förmedlar CINT CPX (Cint Panel eXchange), som består av ca 250 000 svenskar, som används till olika undersökningsinstitut, där Lunds universitet och Rättssociologiska enheten ingår som kund.[971] Respondenterna i panelen har alla på förhand accepterat att delta i en enkätundersökning via internet mot att de får en mindre ersättning.

I början av mars 2009 påbörjades respondentundersökningen genom att ett riksrepresentativt urval av 1434 personer ur CINT CPX panelen mottog enkäten och gavs möjlighet att besvara den över nätet. Den 22 mars 2009 stängdes enkäten ner; då hade 1099 personer besvarat enkäten, vilket ger en svarsfrekvens på 77 procent. 315 personer hade tagit möjligheten att lämnat egna kommentarer om enkäten och dess ämne, vilket är mer än var fjärde (28 procent). När all data var insamlad, transformerades den om från det ursprungliga Exel-formatet för att passa i SPSS-miljön, där den efterföljande statistiska resultatanalysen skulle göras.

Att genomföra surveyundersökningar via internet är ett växande och ett populärt sätt att genomföra datainsamlingen på. Genom det elektroniska förfarandet uppstår en rad fördelar av främst arbetsekonomisk art. Allt det omfattande pappersarbete, som traditionella enkätundersökningar medför, med olika tidsödande hanteringar kring utskrifter, adressetiketter och kuvert undviks. Även inkodningen av besvarade pappersenkäter undviks genom att en survey via internet möjliggör att svarsresultaten direkt överförs till en datafil, som sedan kan föras över till lämpligt statistikprogram. Det faktum att enkäten presenteras i elektronisk form, istället för på papper, anses inte spela någon roll för respondenternas uppfattning av enkätfrågorna eller undersökningen.[972]

5.2.4 Brottsofferenkäten

Om enkäten till allmänheten gick relativt enkelt att genomföra tack vare ett elektroniskt frågeformulär i kombination med CINT CPX-panelen, blev brottsofferenkäten mer arbetskrävande. De etiska aspekterna gjorde att man behövde utforma ett tillvägagångssätt, som var så smidigt som möjligt utifrån brottsoffrens perspektiv, tog tillvara på deras integritetsintresse och praktiskt genomförbart. Möjligheten att genom de lokala brottsofferjourerna komma i kontakt med brottsoffer, som fått kränkningsersättning, visade sig inte genomförbar, eftersom jourens kontakt i regel ligger tidigt i processen och det tar dessutom ofta lång tid, innan brottsoffret väl får sin ersätt-

971 Exempel på olika rättssociologiska undersökningar, som genomförts med hjälp av CINT CPX, är Måns Svenssons avhandling om trafiksäkerhetsfrågor, Svensson, 2008, s. 77. De sociala normerna i relation till fildelningen har också undersökts med CINT CPX, Svensson & Larsson, 2009, s. 30.

972 Denscombe, 2009, s. 28.

ning.[973] Den lösning som valdes, efter ett hjälpsamt samarbete med brottskadechef Per Rubing på Brottsoffermyndigheten, var att löpande under en tid få adresser till brottsoffer, som fått brottsskadeersättning utbetalad från Brottsoffermyndigheten, men med någon månads fördröjning, så att beslutet och hela processen hunnit ”sätta sig” något men ändå vara förhållandevis färskt i minnet. Upplägget innebar en stor fördel vid planeringen av enkätutskicken och en stor tillgång till respondenter spridda över hela landet. De första enkäterna tillsammans med svarskuvert började sändas ut under försommaren 2009. Enkäten som döptes till ”Enkät om brottsskadeersättningen” och består av 37 frågor, varav 19 var identiska med allmänhetens enkät för att möjliggöra jämförelser mellan de båda gruppernas svar. På liknande sätt som enkäten till allmänheten föregicks frågorna av en kortare informationstext om enkätens ämne, varför den är viktig, vilka som står bakom den och slutligen hur resultatet kommer att användas. Enkäten avslutades med att respondenten gavs utrymme att kommentera och reflektera kring ämnet.

Den praktiska hanteringen kring enkätstudien blev tyngre än väntat. För en besvarad och återsänd enkät fordrades att respondentens adress fördes över från dokumentet, som kom från Brottsoffermyndigheten till en adresslapp, som sattes på kuvertet, som innehöll enkäten och ett svarskuvert. Sedan återstod att vänta på att den ifyllda enkäten kom tillbaka, så att den kunde kodas in i SPSS. Av hänsyn till de känsliga personuppgifter, som kunde finnas i beslutsdokumentet, varifrån adresserna hämtades, beslutades att de ifyllda enkäterna skulle förbli helt anonyma. Nackdelen med den prioriteringen var att någon påminnelse till de, som inte återsände någon enkät, inte kunde göras eftersom man inte viste vilka det var, som inte svarat av de som fått enkäten.

Planen var att samla in minst 300 ifyllda enkäter. Genom samarbetet med Brottsoffermyndigheten kunde sammanlagt cirka 1000 adresser erhållas till brottsoffer, som erhållit brottsskadeersättning genom månadsvisa utskick om cirka 150 beslut per e-mail. Utskicken av enkäten pågick mellan maj 2009 och november 2009. Innan antalet ifyllda enkäter nått 300 fick 904 enkäter med svarskuvert sändas ut. Av de utsända enkäterna återkom, 16 procent på grund av orsaker som att adressaten är okänd, giltig eftersändning saknas eller att adressen varit ofullständig på annat viss. Det förekom även ett antal dubbletter bland adresserna, då samma brottsoffer förekommit flera gånger i materialet. Eftersom brottsskadeersättning är en del av statens yttersta skyddsnät för de, som varken fått skadestånd från gärningsmannen eller försäkringsersättning från ett försäkringsbolag – ofta genom hemförsäkringen, kan det förklara varför adresserna i flera fall inte var användbara. Naturligtvis kan även själva brottet vara en orsak till att personen flyttat eller på annat viss gjort det

973 Ett tag såg det ut som om enkäten redan skulle följa med Brottsoffermyndighetens beslut om utbetalning av brottsskadeersättning. Lösningen hade arbetsekonomiska fördelar och den etiska fördelen att inte behöva återkomma till känsliga minnen i framtiden och genom att komma samtidigt som ett positivt beslut om utbetalning, kunde man vara relativt säker på att kuvertet blev öppnat. Samtidigt innebar lösningen nackdelar i form av att enkäten kunde upplevas komma från myndigheten och frågornas karaktär fordrade att en tid förflutit mellan det att beloppet utbetalats och enkäten besvarades, vilket gjorde att metoden avvisades.

svårare för oss att nå denne. Sammantaget hamnar svarsfrekvensen på 40 procent, vilket för anses förhållandevis acceptabelt med beaktade av omständigheterna. Vad som åsyftas är främst enkätämnets känsliga karaktär i kombination med det faktum att respondentgruppen utgörs av brottsoffer, som erhållit brottskadeersättning från Brottsoffermyndigheten. Särskilt det partiella – interna – bortfallet är påfallande lågt, vilket tyder på att respondenterna som besvarat enkäten varit motiverade att medverka i studien men nedan kommer jag att redovisa en bortfallsanalys för att undersöka hur bortfallet ska förstås och hanteras.

5.3 Urval och bortfallsanalys

Vid enkätundersökningar, där enkäten förmedlas genom posten till ett större antal respondenter, förekommer i regel en diskrepans mellan de antal enkäter, som sänds ut, och det antal besvarade enkäter, som sedan återkommer. Eftersom en empirisk undersökning i grunden har en ambition att kunna generalisera sina resultat, är olika former av felkällor och diskrepanser mellan forskningsmaterialet och hela populationen, något som den empiriskt inriktade forskaren måste hantera.[974] Saken rör undersökningens tillförlitlighet, dess reliabilitet.[975] Det optimala vore därför att inkludera samtliga relevanta analysenheter genom en totalundersökning men av praktiska skäl får man istället göra olika urval och analysera vad bortfallet av olika analysenheter betyder.[976]

Båda enkätundersökningarna genomfördes utifrån ett slumpmässigt urval som tillämpades på en definierad population. I den första enkäten till allmänheten bestod delurvalet av vuxna svenska medborgare och i den andra enkäten till brottsoffren bestod delurvalet av brottsoffer, som fått kränkningsersättning utbetalad från Brottsoffermyndigheten under året 2009. Slumpmässigt urval är en vanlig urvalsteknik vid samhällsvetenskapliga undersökningar, där man vill undersöka något och göra generella uttalanden på den grunden att urvalet är ett representativt tvärsnitt av den aktuella totalpopulationen. Därför kallas slumpmässigt urval för en form av sannolikhetsurval. I fallet med undersökningen, som riktade sig till allmänheten, där respondenterna hämtades ur en digital undersökningspanel, kan man tala om ett flerstegsurval, eftersom deltagarna i panelen representerar ett första urval ur befolkningen. Panelen utgör således själva urvalsramen.

I fallet med brottsoffren rekryterades dessa respondenter från de, som erhållit kränkningsersättning från Brottsoffermyndigheten, då endast de brottsoffer, som er-

974 Generaliserbarheten rör den externa validiteten, som i sin tur kan sägas vara en del av verifieringen av data. Denscombe, 2009, s. 379.

975 Bortfallsanalys och reflektion över urvalsfrågor är viktiga både för generaliserbarheten och undersökningsmetodens ”genomskinlighet”. Karlsson & Pettersson, 2008, s. 61 f.

976 Esaiasson, mfl., 2007, s. 195 ff.

hållit kränkningsersättning, var intressanta. Här kan man tala om ett klusterurval, som specificerats genom ett kvot- eller stratifierat urval bestående av just brottsoffer, som erhållit kränkningsersättning från Brottsoffermyndigheten. Totalpopulationen utgörs här därför av brottsoffer, som erhållit kränkningsersättning och urvalsramen är Brottsoffermyndighetens register och det är ur den gruppen, som det slumpmässiga urvalet gjorts.[977] Eftersom det var en tidsmässig avgränsning, som avgjorde vilka brottsoffer ur Brottsoffermyndighetens register som fick enkäten, kan man också tala om ett tidsavgränsat stratifierat urval och utifrån denna avgränsning gjordes en totalundersökning, där alla enheter inkluderades.

Bortfallet i den första enkätstudien, som riktade sig till allmänheten, landade på 23 procent. Ett bortfall på mellan 20-35 procent anses i dagsläget vara ”normalt” vid olika typer av individbaserade frågeundersökningar.[978] Fördelen med att använda sig av en undersökningspanel (CINT CPX) är att den består av personer, som aktivt har valt att bli medlem i panelen och därmed är villiga att besvara olika enkäter men inom panelen kan personerna välja bort en enkät, som verkar besvärlig eller ointressant på annat viss. Därför kan svarsfrekvensen och bortfallet skilja sig mellan olika enkätundersökningar, som använder sig av en undersökningspanel (CINT CPX).[979] Då enkäten består av hela 30 frågor, varav sex stycken är av vinjettkaraktär, vilket innebär mycket text, och dessutom rör ett komplicerat rättsområde, är bortfallet på 23 procent förhållandevis litet. Samtidigt kan det tänkas vara just enkätens kriminologiska ämnesområde, som engagerar och berör, vilket påverkar svarsfrekvensen positivt.[980] Om man övergår från det externa bortfallet och tittar på det interna/partiella istället, det som rör huruvida olika frågor lämnas obesvarade – med följden att alla ingående variabler inte kan beräknas tillfredställande vid efteranalysen – är det också relativt lågt.[981] För frågorna ligger det interna bortfallet på mellan 1-3 procent, medan vinjettfrågorna ligger högre med 6 procent. Att genomföra någon kvalitativ bortfallsanalys, genom att kontakta de som inte valt att besvara enkäten, eller strukturjämförelse av det interna bortfallet, anser jag därför inte vara motiverat.

När det gäller enkäten, som riktade sig till brottsoffren, ser bilden annorlunda ut. Bortfallet är betydande men inte direkt överraskande med tanke på omständigheterna eller i jämförelse med liknande undersökningar.[982] En undersökning, som är

977 Denscombe, 2009, s. 36. Här finns därför en dragning åt ett icke-sannolikhetsurval, där det subjektiva urvalet fått ett visst, men ändå begränsat, utrymme. Ibid, s. 37.

978 Ibid, s. 210. Som jämförelse har Riks-SOMs enkätundersökningar en svarsfrekvens på mellan 56-60 procent. Holmberg, Weibull, Oscarsson, 2011, s. 558. Trots detta skriver man att undersökningen utgör en ”mycket god grund för beskrivningar och analyser” av Sveriges befolknings attityder och vanor. Ibid, s. 573.

979 Måns Svenssons respondentundersökning om trafiksäkerhetsfrågor besvarades av 84 procent, medan en undersökning om fildelning och upphovsrätt besvarades av 74 procent. Svensson, 2008, s. 77 och Svensson & Larsson, 2009, s. 30.

980 Ämnen som berör avvikande beteende, brott, straff och kriminalpolitik tenderar att få stort genomslag i samhället överlag. Jfr Sarnecki, 2009, s. 50. Ett högt intresse hos respondenten för det ämne, som undersökningen rör, anses även öka svarsviljan hos denne, Groves, 2006.

981 Arvidsson & Rosengren, 2002, s. 133.

982 Lindén & Similä, 1982, s. 7.

relevant att jämföra med, är den kriminologiska undersökning om synen på straff, utifrån information om gärningsperson och brottsoffer, som gjordes under september 2009. Telefonundersökningen, där intervjudeltagarna värvades både utifrån en panel från Synovate och genom att telefonnummer slumpades fram – random digit dialing – fick en svarsfrekvens på 31 procent, medan postenkäten besvarades av 35 procent.[983] Detta trots att två påminnelsebrev gick ut och att respondenten genom sin medverkan i enkätundersökningen bidrog till BRIS – Barnens rätt i samhället. Bortfallsproblematiken är ett ökande problem inom olika respondentundersökningar som exempelvis postenkäter och telefonintervjuer, vilket ställer den empiriskt undersökande samhällsvetenskapen inför en metodologisk utmaning.[984] Man uttrycker det ibland som att ”uppgiftslämnarklimatet försämras” med resultat att den statistiska kvalitén blir lidande med skeva skattningar m.m. som följd.[985] Ett högt bortfall behöver dock inte nödvändigtvis medföra ett skevt bortfall eller i övrigt hög svarsbias.[986] Frågor om svarsfrekvens och bortfallsanalyser är i regel endast intressant i den grad, som den skapar en snedvridning på grund av uteblivna svar.[987] För att göra en substantiell intern bortfallsanalys behövs det information om skillnaden mellan svarsstratum och bortfallsstratum, alltså skillnaden mellan de svarande och de icke-svarande utifrån undersökningsvariablerna.[988] Genom att studera ett medelvärde bland svarande och ett uppskattat medelvärde bland bortfallsobjekten, kan bortfallsfelet förstås och i den mån svarsstratum skiljer sig kraftigt från bortfallstratum blir bortfallet ett reellt skevhetsproblem. I mitt fall betyder detta att brottsofferundersökningens bortfallsanalys får göras genom en jämförelse med resultatet från den undersökning som riktade sig mot allmänheten men främst de statistiska uppgifter, som Brottsoffermyndigheten har lämnat om kränkningsersättningen och brottsoffren under år 2009.[989]

983 Jerre & Tham, 2010, s. 12 f. Vid storskaliga surveyundersökningar är det inte så ovanligt att endast 10-15 procent av postenkäterna återsänds. Denscombe, 2009, s. 45.

984 Tidsbrist och minskad respekt och pliktkänsla kan medverka till bortfallsökningen. Arvidsson & Rosengren, 2002, s. 135. ”Folk har både blivit mer oroliga att lämna ut sig och helt enkelt tröttnat på att ställa upp i undersökningar av olika slag”, Svenning, 2003, s. 125. Att undersökningar av det slag, som här behandlas, är ett riskabelt projekt konstaterade dock Hellner redan i slutet av 1960-talet: ”En undersökning av allmänhetens uppfattning om rättvisan i skadeståndsreglerna möter således många fallgroppar, och värdet förefaller rätt tvivelaktigt.” SOU 1969:58, s. 57.

985 SOU 1999:96 s. 20.

986 Groves, 2006. Detta gällde även när svarsfrekvensen var låg (under 40 procent). Rüding, 2010. Jfr Jerre & Tham, 2010, s. 18.

987 Denscombe, 2009, s. 44.

988 Japec, 1997, s. 27.

989 Brottsoffermyndigheten har genom brottsskadechef Per Rubing lämnat statistiska uppgifter gällande samtliga sina ärenden under år 2009, där sökanden beviljats kränkningsersättning (5121 st), vilket möjliggör jämförelser med mitt material.

Tabell 1. *Jämförelse mellan populationen, bestående av brottsoffer som erhållit kränkningsersättning från Brottsoffermyndigheten, år 2009 och respondentgruppen*. Procent.

	Populationen	**Respondentgruppen**
Kön:		
Man	49	46
Kvinnor	51	54
Ålder:		
15-44	76	63
45-64	20	32
65+	4	5
Brott:		
Sexualbrott	9	5
Våldsbrott	74	45
Stöld	2	2
Ofredande	5	16
Rån	10	25
Domstolsprövning	67	61
Utbetalad ersättning	16 442 kr	12 936 kr

I stort överensstämmer mitt insamlade material med det totala antalet ärenden, t ex för kön gäller en marginell överrepresentation av kvinnor i mitt material (54 procent i relation till 51 procent för totalpopulationen). För totalpopulationen utgör den dominerande åldersgruppen 15-44, 76 procent, samma åldersgrupp utgör i mitt material av 63 procent av respondenterna. För totalpopulationen tillhör 20 procent åldersgruppen 45-64 år, vilket i mitt material motsvaras av 32 procent och den återstående åldersgruppen 65+ utgör 4 procent i totalpopulationen och 5 procent i mitt material. Det finns således en viss överrepresentation av de äldre, bland de som besvarat enkäten, i förhållande till totalpopulationen. Från ett bortfallsperspektiv är det en förväntad snedfördelning, då äldre och ”etablerade” personer har en högre svarsfrekvens än yngre.[990] Brottstyperna är något olika definierade, vilket försvårar jämförelser men i stort återfinns liknande mönster, där våldsbrott utgör den dominerande kategorin. Eftersom enkäten till brottsoffren även innehåll svarsalternativet ”övrigt”, blir det sammanlagda värdet 93 procent och inte 100 procent. Flera respondenter har också angett flera olika brottstyper i skilda kombinationer och några brottstyper har också definierats något annorlunda i de skilda materialen. Gemensamt för de båda populationerna är att våldsbrott utgör den dominerande brottstypen, 74 procent i totalpopulationen och 45 procent i mitt material. För sexualbrott är siffran 9 procent för totalpopulationen och 5 procent i svarsgruppen. Stöld utgör endast 2 procent i båda grupperna. Både ofredande och rån är överrepresenterade i

990 Problemet med betydande bortfall vid enkätundersökningar är också ett ökande problem på grund av förändrade beteenden och normer i samhället. Svenning, 2003, s. 125.

svarsgruppen, 4 procent mot 16 procent vad gäller ofredande och 10 procent mot 25 procent vad gäller rån. Eftersom samma brottsoffer kan ha uppgett att flera brott utgjorde grunden för kränkningsersättningen, blir jämförelserna osäkra. Antalet som domstolsprövade belopp utgör i totalgruppen 67 procent, medan för svarsgruppen har 61 procent angett att de tilldömts kränkningsersättning vid domstol – 6 procent i svarsgruppen svarade ”vet ej”, vilket minskar skillnaden mellan de båda grupperna. När det slutligen gäller utbetalad kränkningsersättning som medelvärde, är den lägre i svarsgruppen – 15171 kr för totalgruppen mot 12938 kr för svarsgruppen – men skillnaden mellan beloppen är endast 15 procent. Bortfallsanalysen kan ses som en del av reproducerbarhetsbedömningen och trovärdigheten hos en surveyundersökning genom att man undersöker om den är reliabel.[991]

Som visats ovan kan man jämföra resultatet av enkätundersökningen med uppgifter om totalgruppen eller populationen, som alltså består av alla brottsoffer som erhöll kränkningsersättning under 2009. Utöver de uppgifter, som Brottsoffermyndigheten lämnat, och som analyserats ovan, finns det också officiell statistik om avvikelser avseende Brottsoffermyndighetens bedömning av kränkningsersättning i relation till domstolarnas sakprövade belopp. Även om statistiken avser beslut fattade mellan åren 2003 och 2004, ger en jämförelse en övergripande bild. Enligt min enkätundersökning hade 80 procent av brottsoffren, som angett att de tilldömts kränkningsersättningen vid en domstol, sedan fått ett längre belopp från Brottsoffermyndigheten. Motsvarande siffra var 77 procent enligt den undersökning justitieutskottet presenterat i sin rapport.[992] Trots att de båda undersökningarnas material bestod av olika fall, som hade valts ut på olika sätt och genomförts med flera års mellanrum, är den dominerande tendensen inom materialet den samma i den aktuella frågan.

Man kan anta att ämnet för enkäten och det faktum att den riktade sig till brottsoffer påverkade svarsfrekvensen negativt, eftersom respondenten blir påmind om en negativ upplevelse i sitt liv. Redan vid studiet av brottsoffrens adresser kunde man exempelvis notera ett oväntat stort antal c/o-adresser. Vissa grupper har större sannolikhet att råka ut för brott och den ökar för fattigare, yngre, män och etiska minoriteter i städernas ytterområden.[993] Nils Christie har tagit fasta på att gärningsmän och brottsoffer sällan är de ”idealiska” och kontradiktoriska typer, som det kan finnas

991 May, 2001, s. 117.

992 ”Beträffande ersättning för *kränkning* har Brottsoffermyndigheten gjort en annan bedömning än domstol i 276 fall, vilket motsvarar drygt 13 % av samtliga ärenden med sakprövade skadestånd. Av dessa har högre ersättningsbelopp beslutats i 54 fall och lägre ersättningsbelopp beslutats i 222 fall.” 2005/06:RFR1.

993 ”Forskningen har visat att personer som är brottsoffer är kraftigt överrepresenterade bland personer som själva har begått brott.” Holmberg & Weibull, 2006, s. 220. Brottsoffer överlag och särskilt de som erhållit kränkningsersättning från Brottsoffermyndigheten är även mer socio-ekonomisk svaga grupper än genomsnittet i samhället, vilket kan medföra att man är mer kritisk till rättsväsendet och även till den aktuella enkätstudien. Jfr Podgorecki, mfl, 1973, s. 76. Kritiken kan följa av att man betraktar rätten ur ett instrumentellt perspektiv med fokus på utfallet och inte med någon djupare förtroende. Jfr, s. 83. Giddens, 2008, s. 601.

riminalpolitiska intressen att framställa dem som.[994] Andra svarsanalyser har visat att högutbildade och de med hög social status är mer svarsbenägna än andra grupper.[995] Denna aspekt, att enkäten riskerar att ”riva upp” negativa tankar, ligger nära de etiska frågorna kring undersökningen, som riktade sig till brottsoffren, eftersom det ligger i kränkningsersättningens syfte att förmå brottsoffret att lämna upplevelsen bakom sig. En låg svarsfrekvens kan tala för att detta syfte uppnås, eftersom ett lågt intresse – man har lämnat saken bakom sig – hos respondenten tenderar att ge en låg svarsfrekvens.[996] Därför kan de kritiska och missnöjda bli överrepresenterade bland de svarande, samtidigt som den risken vägs upp av att många riktigt kritiska och de med sämre erfarenheter av myndigheter och liknande helt negligerar enkäten. Slutligen är kvinnorna överrepresenterade i de båda undersökningarna. Att kvinnor har högre svarsfrekvens än män är något som beror på att kvinnor i allmänhet har något högre svarsbenägenhet än män.[997]

En annan svarsvariabel, som kan användas vid en jämförelse mellan mitt material och andra undersökningar, är den om viktimisering. I enkäten till allmänheten fanns det en fråga om den egna erfarenheten av att vara brottsoffer under de senaste 24 månaderna. Frågan var avgränsad till att endast handla om ”integritetskränkande” brottslighet för att göra svarsmönstren mer relevanta i relation till vilka brott, som ger rätt till kränkningsersättning. Resultatet visade att ca 20 procent angett att de haft sådan erfarenhet under de senaste 24 månaderna och 70 procent angav att någon närstående utsatts för liknande brottslighet under samma tid. Enligt International Crime Victims Survey (ICVS), som undersökt viktimisering i olika länder sedan 1989, ligger den självrapporterade brottsligheten på strax över 20 procent (Finland har exempelvis 18.8 procent medan Sverige ligger på 23.4 procent). Men då inkluderas även brott som inte kan sägas vara integritetskränkande som bland annat cykelstölder och bilvandalism.[998] Även utifrån denna fråga visar således enkätundersökningen ett resultat, som i stort speglar tidigare genomförda undersökningar. Frågan om hur många ur allmänheten, som kan tänkas ha erfarenhet av att vara brottsoffer, är också relevant vid frågan om hur eventuella skillnader eller likheter mellan de båda svarsgrupperna ska förstås. Någon skulle kunna hävda att de båda grupperna i stort är överlappande. Vad som skiljer dem åt är inte viktimiseringen, utan erfarenheten av att erhålla kränkningsersättning men erfarenheten av att vara offer för integritetskränkande brott är något, som endast en minoritet visar sig ha.

---

994 Christie skriver att många våldsbrottslingar känner sina offer och till och med kanske står dem intimt nära eller att det kan vara ganska oklart vem som initierar de brottsliga gärningarna. Christie, 2001, s. 55.

995 Lindén & Similä, 1982, s. 9. Även SOM-institutet har gjort samma iakttagelse, där främst unga män har lägre svarsfrekvens. Holmberg & Weibull, 2066, s. 468.

996 Ibid. Groves, 2004.

997 Detta har återkommande noterats i de årliga SOM-undersökningarna. I t ex åldersgruppen 20-24 år är skillnaden hela 11 procent till kvinnornas ”fördel”. Holmberg, Weibull, Oscarsson (red.), 2010, s. 564.

998 von Hofer, 2005, s. 59.

5.4 Etiska överväganden

När man närmar sig ett forskningsområde som detta aktualiseras etiska aspekter, då frågor kring kränkningsersättning kan väcka svåra minnen hos dels de brottsoffer, som ingår i det representativa urvalet av befolkningen men också vid den enkätstudie, som genomfördes med brottsoffren själva. Det är viktigt att vara medveten om denna aspekt och förhålla sig proaktivt till den under forskningsprocessen.[999] Etiska hänsynstaganden aktualiseras ofta inom kriminologisk och viktimologisk forskning kring erfarenheten av integritetskränkande brott.[1000] Med beaktande av de etiska aspekterna kan en viktig fråga i datainsamlingen bli, hur man får ”access” till lämpliga och villiga respondenter, som är brottsoffer och erhållit kränkningsersättning.[1001] Medverkan i undersökningen kan dels vara ett sätt att bidra till att stärka brottsoffrens rättigheter, intressen och behov, men medverkan kan också tänkas ha en viss terapeutisk effekt för respondenten, då denne får tillfälle att berätta om sina upplevelser. Att få tillfälle att ge uttryck för sina erfarenheter och uppfattningar, vilka kommer att sammanställas och redovisas för den ansvariga myndigheten, kan upplevas som att någon lyssnar och att man bidrar till ökad kunskap på området, vilket upplevs som positivt. Risken finns dock att medverkan i en attitydundersökning om betydelsen och funktionen hos brottsskadeersättningen kan väcka respondentens erfarenheter av egen eller andra närståendes integritetskränkande brott och andra svåra eller känsliga upplevelser. Denna forskningsetiska risk finns, då frågornas karaktär rör respondentens attityder och sociala normer, vilka formas av tidigare erfarenheter och referenser.[1002] Eftersom forskning i regel syftar till att öka förståelsen av ett fenomen och utveckla ny kunskap, uppstår dessa frågor av ”andra ordningen”, frågor *om* saker och ting är särskilt om förhållandet mellan medel och mål inom forskningen.[1003] Att ämnet för en enkätstudie engagerar respondenten är ofta positivt för svarsbenägenheten men det finns också risker utöver de etiska, när ämnet berör på ett personligt plan.[1004] Till de positiva sidorna av forskningsprojektet kan adderas att det finns en underliggande aspekt av ”empowerment” i att låta brottsoffrens erfarenheter göras rättsligt relevanta.

---

999 Flick, 2006, s. 44 ff.

1000 Tiby, 2008, s. 92.

1001 Flick, 2006, s. 117.

1002 Denscombe skriver att ”(s)amhällsforskare ska vara etiska”, vilket betyder att denne ska (1) ”respektera deltagarnas rättigheter och värighet”, (2) ”undvika att deltagarna lider någon skada genom att medverka i forskningsprojektet” samt att (3) ”arbeta på ett sätt som är ärligt och som respekterar deltagarnas integritet.” Denscombe, 2009, s. 193.

1003 Utgångspunkten är här att ställa frågor om det som kunskapsintresset rör istället för att utgå från hur man tror hur något förhåller sig. May, 2001, s. 79 ff. Hellner skriver att för socialvetenskaperna är särskilt ”uppgiften att lämna bidrag till grunden för rationella beslut” central. Hellner, 2001, s. 33.

1004 Podgorecki skriver: ”Thus the subject matter of the study should be emotionally important for the respondents, but on the other hand it should not involve their interests in such a way as to produce a tendency towards systematic bias in their answers.” Podgorecki, 1974, s 114.

Enkäten utformades på ett sådant sätt att integritetsintrång undvikits så långt det är möjligt genom att frågorna i så låg utsträckningen som möjligt rör personliga erfarenheter och upplevelser av själva brottet. Men genom studiens kunskapsintresse, som består av respondenternas erfarenheter av det rättsliga efterspelet av ett integritetsinträngande brott, kan även negativa erfarenheter av hur rättsväsendet hanterat ärendet och bemötandet uppkomma. Det blir främst en del av bortfallsanalysen att närmare undersöka hur ämnets natur kan ha bidragit till att respondenterna valt att inte medverka. Att inte undersöka vilka av brottsoffren som lämnat enkäten obesvarad medförde att missivbrevet kunde garantera att svaren och svarspersonen inte kunde kopplas ihop, vilket visserligen påverkade bortfallet negativt men möjliggjorde en helt anonym behandling.[1005] Främst rör de etiska aspekterna brottsofferundersökningen men även den undersökning som riktade sig till allmänheten, rör känsliga och obehagliga ämnen. Genom upplägget med CINT CPX-paneler är respondenten är helt anonym och fyller själv i enkäten vid sin dator, vilket kan tänkas vara positivt, när ämnet är känsligt eller personligt. Att använda sig av kvantitativ metod har den etiska fördelen att forskaren är relativt distanserad i meningen att dennes person är av mindre betydelse i jämförelse med kvalitativa studier.[1006] Slutligen, forskningsprojektet har etikprövats och godkänts vid den Regionala etikprövningsnämnden i Lund, vårterminen 2009.[1007]

5.5 Resultatredovisning

I detta avsnitt kommer resultatet från de båda enkätstudierna att redovisas. Presentationen av kvantitativa data kommer att i huvudsak göras med hjälp av olika tabeller och figurer. Både enkätstudien som riktade sig till allmänheten och den till brottsoffren har matats in och bearbetats i SPSS. Eftersom det sammanlagda enkätmaterialet är relativt omfattande, redovisas ett urval av de båda enkätundersökningarnas resultat. Syftet är således att redovisa svarsmönster och relationer mellan olika variabler för att ge ett analysunderlag. För att ta del av enkäterna, som respondenterna tog del av, hänvisas till avhandlingens bilagor. Procenttalen redovisas som avrundade värden och inom parentes anges det absoluta antalet.

Bakgrundsvariabler:

1005 Svenning, 2003, s. 121.
1006 Tiby, 2008, s. 43. Därmed inte sagt att ”distans” nödvändigtvis är etiskt.
1007 Dnr. 2009/43.

Tabell 2. *Kön.* (Fråga 1) Procent, heltal inom parentes.

	Allmänheten	Brottsoffren
Kvinnor	51 (555)	54 (163)
Män	49 (544)	46 (137)
N=	1099	300

Tabell 3. *Ålder* (Fråga 2) Procent och antal inom parentes.

	Allmänheten	Brottsoffren
15-24	7 (62)	20 (60)
25-44	30 (326)	43 (128)
45-64	36 (397)	32 (96)
65-	27 (311)	5 (16)
Inget svar	(3)	
N=	1099	300

5.5.1 Brottsoffrens erfarenheter och reaktionsmönster

Följande resultatredovisning kommer att fokusera på brottsoffrens erfarenheter av kränkningsersättningen i relation till deras erfarenheter och reaktionsmönster utifrån brottet, som ligger till grund för ersättningen. Som inledning redovisas vad brottsoffren har angett för svar på frågan hur brottet påverkat dem och hur de mår vid enkättillfället.

Tabell 4. *Har brottet påverkat hur Du mår idag?* (Fråga 9) Procent.

Nej, inte längre	21
I begränsad grad negativt	32
Ganska negativt	17
I mycket hög grad negativt	27
Till det positiva	2
Vet ej	1
	100 %
Ej svarat	1 (2)
N=	300

Brottsoffrens svarsmönster får tolkas med viss försiktighet, eftersom de enskilda respondenterna kan lägga olika innebörder i begreppen, som används. Vad som framkommer är att en klar majoritet, 76 procent, anger en negativ påverkan i någon grad, medan 21 procent har lämnat saken bakom sig och ett fåtal (2 procent) har angett en positiv påverkan av brottet. Frågeställningen är relevant och intressant, eftersom det rättsligt formulerade syftet med ersättningen är att helt återställa skadan, som brottet orsakat brottsoffret. För att få en djupare bild av vilken betydelse ersättningen har haft för hur brottsoffret mår vid tidpunkten för enkätstudien, kan man göra en korstabell med de båda variablerna, brottets respektive ersättningens betydelse för hur brottsoffret mår ”idag”.

Tabell 5. *Betydelse och påverkan*. (Fråga 9 och 10). Heltal.

Har brottet påverkat hur Du mår idag? * Vilken betydelse har ersättningen haft för hur Du mår idag?

		Vilken betydelse har ersättningen haft för hur Du mår idag?					Total
		Mycket stor betydelse	Ganska stor betydelse	En begränsad betydelse	Ingen betydelse alls	Vet ej	
Har brottet påverkat hur Du mår idag?	Nej, inte längre	6	14	24	18	2	64
	I begränsad grad negativt	7	25	39	23	0	94
	Ganska negativt	10	18	14	8	1	51
	I mycket hög grad negativt	10	18	27	22	2	79
	Till det positiva	0	0	2	3	0	5
	Vet ej	1	0	0	0	1	2
Total		**34**	**75**	**106**	**74**	**6**	**295**

Resultatet visar att ersättningen har haft en begränsad betydelse. För de brottsoffer, som inte upplever att brottet påverkar dem längre, verkar det bero på andra orsaker än ersättningen, eftersom endast en mindre andel angett att ersättningen haft en stor betydelse för dem. Bland de som uppgett att brottet inte påverkar dem längre, har flera angett att ersättningen inte haft någon betydelse eller en begränsad betydelse. Det är annars svårt att utläsa några klara tendenser i materialet. En omständighet, som försvårar analysen, är att det är en stor spridning på de brottstyper, som finns i materialet, vilket betyder att bland de som angett att ersättningen inte har haft någon

betydelse alls, kan man anta att både de som råkat ut för de mest allvarliga brotten som de mer begränsade kränkningarna återfinns. Eftersom tabellen ovan är relativt omfattande så analysen och framställningen är förtjänt av att man slår samman likartade kategorier och utelämnar svarsalternativet ”vet ej”. En sådan ”fyrfältare” får följande utseende:

Tabell 6. *Betydelse och påverkan*. (Fråga 9 och 10). Heltal. Sammanförda värden.

Påverkan/Betydelse:	Stor betydelse	Begränsad/ingen bet.
Negativ påverkan	88	133
Inte längre/positivt	20	47

Nu ser man tydligare att de flesta brottsoffer har angett att ersättningens betydelse för hur de mår vid tidpunkten för enkätundersökningen är begränsad eller ingen. Man ser också tydligare att brottet för de allra flesta har en negativ inverkan på hur de mår vid samma tidpunkt. Mot bakgrund av ersättningens ambition att återställa brottsoffrens känslomässiga upplevelser i samband med brottet, verkar det därför som ersättningen inte har den funktionen i detta material, eftersom majoriteten av de som angett att brottet inte längre påverkar hur de mår, inte heller anger att ersättningen haft så stor betydelse.[1008] Svarsmönstren kan till och med tolkas som att ersättningen, och troligen även den föregående processen och handläggningen, haft negativ effekt för somliga brottsoffer. Bland dem som angett ”mycket stor betydelse” på frågan om ersättningens betydelse, har de flesta också angett att brottet påverkat dem efter erhållen ersättningen ”ganska negativt” eller ”i hög grad negativt”. Utifrån ambitionen med brottsoffrens kränkningsersättning, att återställa brottsoffren efter vad de råkat ut för, är det nedslående att rutan i det vänstra hörnet innehåller fyrfältarens lägsta siffra då det egentligen borde vara tvärtom. Om nu brottsoffren inte direkt upplever att kränkningsersättningen har haft verkan som reparation för en skada, kan den ju ändå ha en viktig symbolisk betydelse. Därför ställdes också just den frågan till både brottsoffren och allmänheten, om huruvida det kan tänkas finnas ett behov av ersättningen som ”plåster på såren”, även om skadan inte helt kan ersättas.

1008 Inte heller gruppjämförelser (med beroende och oberoende varibler) har visat på något annat samband mellan ersättningen och brottet. Om ändamålet hos ideell ersättning att åstadkomma angenäma känslor, se Ekstedt, 1997, s. 97 ff. “Kränkningsersättningen syftar alltså till att kompensera olika typer av känslor som det brottsliga angreppet har givit upphov till. Men det är inte fråga om att kompensera de känslor av rädsla, förnedring, skam eller liknande som den skadelidande själv har upplevt.” Friberg, 2010, s. 64. Istället aktualiseras kunskap om de i samhället rådande värderingarna i relation till kränkningen. Prop. 2000/01:68 s. 51.

Tabell 7. *Finns det ett behov av kränkningsersättning som ett ”plåster på såren” åt brottsoffren även om skadan inte helt kan ersättas med pengar?* (Fråga 21) Procent.

Mycket stort behov	57
Ganska stort behov	28
Ett begränsat behov	11
Inget behov alls	1
Vet ej	3
	100%
Ej svarat	1 (4)
N=	300

Det visar sig att brottsoffren tillmäter kränkningsersättningen en stor betydelse som ”plåster på såren”, även om inte skadan kan repareras. Det ligger nära till hands att jämföra med att kränkningsersättningen inte kan göra den brottsliga gärningen ogjord. Av naturliga skäl finns det ett nära samband mellan skadan och gärningen, när det kommer till brottsoffrens kränkningsersättning, vilket också försvårar såväl utformandet av enkätfrågorna som tolkningen av dem. Slår man samman dem som svarat ”mycket stort behov” med dem som svarat ”ganska stort behov”, ger det att hela 85 procent angett något av dessa båda svarsalternativ. Eftersom frågan inleds med formuleringen ”(f)inns det ett behov av kränkningsersättningen…”, ligger det nära till hands att respondenterna tagit fasta på behovsaspekten och vill betona brottsoffrens behov av kränkningsersättningen, även om den inte helt kan kompensera för skadan.

Frågeställningen är både relaterad till den övergripande problematiken kring att ersätta och kompensera en icke-ekonomisk skada med ett ekonomiskt belopp, liksom frågan om varifrån kränkningsersättningen utgår. Är det brottsoffrets behov, en sanktion för en brottslig gärning eller en statligt sanktionerad rättighet?[1009] För att nå större detaljrikedom i bilden av brottsoffrens egen syn på den kränkningsersättning de erhållit, har därför ytterligare en fråga ställts med liknande innehåll men med en mindre generell formulering.

1009 Jämför Friberg, 2011, s. 356.

Tabell 8. *Anser Du att ersättningen ändå har en ”symbolisk betydelse” även om den inte kan ersätta den skada Du drabbats av?* (Fråga 11) Procent.

I mycket hög grad	35
I ganska hög grad	31
I begränsad grad	24
Inte alls	8
Vet ej	2
	100%
Ej svarat	1 (4)
N=	300

Något förvånande har inte kränkningsersättningens symboliska betydelse ett starkare stöd hos brottsoffren. Även om 66 procent anger antingen ”i mycket hög grad” eller ”i ganska hög grad”, har nära en tredjedel angett ”i begränsad grad” eller ”inte alls”. En möjlig orsak är att ett betonande av ersättningens symboliska betydelse innebär en form av nedvärdering av ersättningen reparativa funktion och därmed av ersättningsnivåerna. Ytterligare en möjlig orsak är att man helt enkelt anser att en ersättningsform, som inte fungerar, bör omprövas och inte ges en symbolisk funktion alls. Oklarheten över vad den antagna ”symboliska funktionen” utgör i förhållande till ersättningsfunktionen, återspeglas också i förarbetena, där lagstiftaren talar om att kränkningsersättningen kan *lindra* verkningarna av kränkningen och *bidra* till brottsoffrets upprättelse.[1010] Om frågan upplevs som ett antagande om att den kränkningsersättning, som brottsoffret fått, ändå har en symbolisk funktion, även om den inte kunnat ersätta skadan, uppstår frågan ur vems perspektiv den är symbolisk. Eftersom respondenterna ofta relaterar kränkningsersättningen till straffrätten, har troligen den symboliska funktionen en betydelse som går utanför den snäva reparationen för det enskilda brottsoffret. Istället lutar det åt att den symboliska funktionen spelar rollen av sanktion för en brottslig gärning.[1011]

För de brottsoffer som är kritiska till den ersättning som de erhållit representerar symboliken troligen något negativt, eftersom den kan antas legitimera en mer begränsad ersättningsnivå som ”plåster på såren”. Då blir det problematiskt att besvara frågan, när den bygger på ett antagande (”ändå har en”) om att ersättningen har eller kan ha en symbolisk betydelse i positiv mening. Trots dessa aspekter är det endast 8 procent, som helt avvisar tanken om den symboliska funktionen och det kan tänkas betyda att brottsoffren förstår att ersättningen verkar på ett mer abstrakt plan och inte är en direkt ekonomisk värdering av deras upplevelser eller någon direkt mätbar skada. En distinktion i frågans formulering, som skiljer den från den ovan redovisade

1010 Enkätens frågor har, som beskrivits tidigare, utformats efter det kunskapsbehov som rättskällorna reser. Prop. 2000/01:68 s. 48. Jämför Friberg, 2011, s. 339.

1011 En såda förskjutning eller glidning från reparation för brottsoffrets skada till sanktion för otillåten gärning har även diskuterats inom doktrinen. Ibid, s. 345 ff.

om ersättningen funktion av ”plåster på såren”, är att den är allmänt formulerad, medan den aktuella frågan rör den egna upplevelsen. Man är således mer ”generös”, eller har större tilltro till ersättningens möjlighet att fungera symboliskt, när det gäller andra och på ett mer generellt plan, än när det kommer till den egna upplevelsen. Samtidigt är det viktigt att notera att en klar majoritet (66 procent) stödjer ersättningstypen, trots att den inte kan ersätta brottsoffrets skada.

En möjlig tolkning är att man stödjer tanken på en ersättning som har ”symbolisk betydelse” men att detta inte är fallet idag givet de rådande ersättningsnivåerna. En annan rimlig tolkning, som förklarar den mer utslätade svarsfördelningen i den sist redovisade frågan i relation till den förra, är att ett starkt stöd för att kränkningsersätt-ningen ”ändå har en symbolisk betydelse”, kan legitimera en restriktiv och återhållsam utveckling av kränkningsersättningen.

Det kan troligen, paradoxalt nog, vara så att de båda grupper, som har de allvarligaste och de med de mindre allvarliga brottsupplevelserna, har ett liknande svarsmönster, eftersom för dessa båda grupper upplevs inte ersättningen spela så stor roll. Frågan uppkommer då, om brottsoffren anser att det överhuvudtaget varit möjligt att de kunnat bli kompenserade för den kränkning, som brottet inneburit.

Tabell 9. *Anser Du att ersättningen kunnat kompensera för den kränkning som Du drabbats av som en följd av brottet?* (Fråga 12c) Procent.

I mycket hög grad	5
I ganska hög grad	23
I begränsad grad	40
Inte alls	28
Vet ej	4
	100%
Ej svarat	7 (22)
N=	300

Att tolka hur brottsoffren besvarat frågan om ersättningen kunnat kompensera för kränkningen är problematiskt, eftersom man inte kan veta om respondenten tolkat frågan utifrån den ersättning man faktiskt erhållit eller om det är mer hypotetiskt. Faktorer som påverkar den faktiska ersättningen att fungera som kompensation kan vara, utöver själva ersättningsnivån, tiden det tar att erhålla ersättningen och hur processen varit fram till att ersättningen erhållits inklusive aspekter som till exempel bemötande. De respondenter, som är negativa till möjligheten att ersättningen kan fungera kompenserande, kan ha tagit fasta på dessa omständigheter. Samtidigt finns det rimligen en betydande andel som menar att ersättningen, oberoende av de ovan angivna orsakerna, inte har möjlighet att kompensera för den kränkning, som respondenten upplevt som en följd av brottet.

Den här aspekten berör således inkommensurabiliteten hos ersättningen, vilket betyder i korthet, att det är en svårighet med ekonomisk ersättning för en icke-ekonomisk skada. Vi ser att 32 procent anger ”inte alls” eller ”vet ej”, vilket kan tolkas som en kritik mot den övergripande ambitionen att överhuvudtaget försöka kompensera för den kränkning, som brottsoffret upplevt. Att så många som 22 personer (7 procent) inte har besvarat frågan, beror på att frågan föregicks av en tredelad så kallad filterfråga om det brottsliga angreppet medfört en kränkning av brottsoffret. De som inte ansåg detta kunde därför hoppa över en rad frågor i syfte att underlätta enkäten och renodla materialet. Frågan som är numer 12 i enkäten till brottsoffren löd: ”Anser Du att det brottsliga angreppet medfört en kränkning av Dig personligen?” 90 procent svarade ”ja” och 7 procent svarade ”nej”, 3 procent ”vej ej” och 1 procent lämnade frågan obesvarad.

Mot bakgrund av det, som här får sammanfattas som ”inkommensurabilitetsproblematiken” kring de icke-ekonomiska ersättningarna, är det intressant att hela 68 procent ändå anger att ersättningen för deras kränkning i någon grad kunnat ersättas; jag har då slagit samman alla som besvarat antingen ”i mycket hög grad”, ”i ganska hög grad” och ”i begränsad grad”. Att de flesta i denna grupp sedan återfinns bland de som valt ”i begränsad grad”, kan bero på osäkerhet kring vad frågan syftar på, den konkreta ersättningen man fått givet den praktiska handläggningen, eller en mer hypotetisk eller ”teoretisk” tolkning av frågan, som alltså berör inkommensurabilitetstemat relaterat till ersättningen. Man kan också notera en intressant detalj att precis lika många svarat antingen ”i mycket hög grad” eller ”i ganska hög grad” som ”inte alls”, nämligen 28 procent. Sammantaget med att majoriteten av respondenterna valt svarsalternativet ”i begränsad grad”, betyder det att det inte finns någon riktig tydlig riktning i de svaren, som brottsoffren lämnat angående ersättningens kompenserande möjlighet. Det är dock endast ett fåtal (5 procent), som anser det vara möjligt att ”i mycket hög grad” bli kompenserad för kränkningen, vilket kan tolkas som att det för de flesta endast är frågan om en symbolisk ersättning och inte om fullständig kompensation.

Då frågan om inkommensurabiliteten utgör i viktig del av enkätstudiens förklarande dimension, som alltså rör dess syfte att pröva en hypotes, som är härled ur teoretiska överväganden och antaganden, har enkäten utformats så att temat berörs ur flera olika perspektiv. Nästa fråga gäller därför i vilken grad respondenten anser att ersättningen faktiskt har medverkat till att kompensera för den kränkning, som brottet medfört. Det är endast de som tidigare har besvarat att det brottsliga angreppet har medfört en kränkning, som behövt besvara denna följdfråga.

Tabell 10. *I vilken grad anser Du att ersättningen har medverkat till att kompensera för den kränkning som brottet medfört?* (Fråga 12d) Procent.

I mycket hög grad	3
I ganska hög grad	23
I begränsad grad	52
Inte alls	18
Vet ej	4
	100%
Ej svarat	8 (24)
N=	300

Det kanske något förvånande resultatet, att sammanlagt hela 78 procent anger att ersättningen i *någon* grad medverkat till att kompensera för den kränkning, som brottet medfört, även om den stora andelen, 52 procent, angett ”i begränsad grad”, är positivt. 18 procent av brottsoffren anger att ersättningen inte alls fungerat som kompensation, vilket tillsammans med de 4 procent, som inte vet om ersättningen har medverkat till att kompensera kränkningen, kan ses som ett stöd för inkommensurabilitetstesen. Återigen finns det dock ett tolkningsutrymme kring om frågan rör ersättningen överlag eller den egna upplevelsen. Givet hur frågan är formulerad, är dock tolkningsutrymmet förhållandevis begränsat, genom att den riktar in sig på den egna upplevelsen av ersättningen. I grova grad anger hälften att ersättningen har haft en begränsad funktion, medan återigen två ungefär lika stora grupper antingen anger att ersättningen fungerat kompenserande eller inte alls/vet ej. Om man ska tolka resultatet konstruktivt, finns det således en utvecklingspotential hos ersättningen, eftersom det inte verkar finnas något skäl till att tro, att det vore omöjligt att förmå majoriteten att uppleva att ersättningen i hög grad kompenserar för kränkningen. Något stöd för tanken att ersättningen fullt ut kompenserar och försätter brottsoffret i en liknande situation före brottet, kan däremot inte återfinnas i materialet, vilket naturligtvis är problematiskt om man utgår från tanken på full ersättning för den skadelidande.[1012] Frågan lider även av ett internt bortfall på 8 procent, vilket också ska beaktas.

För att enkelt ge en överblick över hur brottsoffren besvarat de olika frågorna om hur ersättningen fungerat utifrån de funktioner, som ersättningen är tänkt att ha, kan man räkna ut ett medelvärde för varje svar. Samtliga svar är i denna del av enkäten kodade, så att ”i mycket hög grad” motsvarar 1, ”i ganska hög grad” 2, ”i begränsad grad” 3 och ”inte alls” 4. Varje funktionsfråga har föregåtts av en filterfråga av typen ”Anser Du att det brottsliga angreppet medfört en kränkning av Dig personligen?”, som därmed gör att det interna bortfallet minskar. För frågan ovan ”*I vilken grad anser Du att ersättningen har medverkat till att kompensera för den kränkning som brottet medfört?”,* blev medelvärdet 2,98. Då kompensation är en av flera tänkta

1012 Friberg, 2010, s. 418.

funktioner hos kränkningsersättningen och kompensation kan i sin tur definieras och framförallt upplevas olika, har brottsoffren således fått besvara hur ersättningen fungerat utifrån andra närliggande parametrar. Dessa utgörs av ”förbättra eller återställa självkänslan”, ”kompensera för förnedring”, ”lindrat lidandet”, ”fungerat som upprättelse” och ”erkännande som brottsoffer”. Medelvärdena för dessa frågor blir följande:

Tabell 11. *Brottsoffrens erfarenheter*. (Fråga 12d-17b) Medelvärden.

Kompensera för kränkningen (fråga 12d)	2,98
Förbättra eller återställa självkänslan (fråga 13b)	3,27
Kompensera för förnedringen (fråga 14b)	3,00
Lindrat lidandet (fråga 15b)	3,14
Fungerat som upprättelse (fråga 16b)	2,86
Erkännande som brottsoffer (fråga 17b)	2,46

När man studerar dessa värden, är det alltså viktigt att hålla i minnet att ett lågt värde betyder att ersättningen enligt brottsoffren fungerat positivt och i linje med intentionerna med ersättningen enligt rättskällorna. Att erkännande från rättsväsendet är viktigt återkommer ofta, när man tar del av brottsoffers berättelser men vad som avses med att få ”erkännande som brottsoffer” kan ändå förbli något dubbelt, då brottsofferidentiteten i grunden är negativt laddad. Det är därför något beklagansvärt att det är på den punkten, som ersättningen för brottsoffren framstår som mest framgångsrik. Samtidigt är det försåtligt i den meningen att det är en förhållandevis neutral fråga, med en viss dragning åt ett cirkelresonemang, huruvida ersättningen gett ett erkännande att man är brottsoffer, då det är själva utgångspunkten för temat i enkätstudien. Den fråga, som handlar om i vilken grad som ersättningen har bidragit till att förbättra eller återställa respondentens självkänsla, framstår då i jämförelse som mer problematisk och personlig, vilket också möjligen kan avläsas i det faktum att denna fråga har det högsta medelvärdet. Genomgående anger dock respondenterna att ersättningen har haft en begränsad betydelse utifrån de teman som här tas upp, vilket sammantaget innebär att allvarlig kritik riktas mot rättsväsendets förmåga att leva upp till det, som man utger sig för att göra. Samtaget verkar det som att de tre aspekterna, på vad ersättningen ska ersätta eller återställa ”självkänslan”, ”förnedringen” och ”lidandet”, är de områden där ersättningen har svårast att lyckas med sitt uppdrag.

Ett annat sätt att undersöka brottsoffrens svarsmönster för att förstå ersättningens funktioner är att titta på i vilken grad, som respondenterna överhuvudtaget besvarat filterfrågan jakande. Genomgående upplevde respondenterna de sex olika aspekterna som relevanta. Detta gäller särskilt kränkningen, som 89 procent angett att det brottsliga angreppet medfört, medan endast 63 procent angett att brottet påverkat respondentens självkänsla. Relativt många har även angett att de upplevde

brottet som förnedrande (82 procent), medan lidande angetts av färre (76 procent), liksom upprättelse behovet (75 procent) och erkännande från rättsväsendet (77 procent). Sammantaget innebär resultatet att det finns allvarlig kritik att ta till sig, men att det inte går att avvisa påståendet att de aktuella skadorna går att ersätta, om än i varierande grad.

Utöver de ovan behandlade aspekterna på kränkningsersättningens uppgifter, finns det enligt rättskällorna en tanke om att ersättningen ska kunna ekonomiskt möjliggöra en förändring i livssituationen, som beror på brottet. Det kan vara olika praktiska åtgärder eller av typen allmän förströelse för att skingra tankarna på brottet. Det ligger också nära till hands att tänka sig att det ekonomiska tillskott, som ersättningen representerar, ska bekosta någon form av åtgärd, som ska spegla det inträffade i för brottsoffret positiv mening. Däri kan då själva tanken på att skadan repareras återfinnas, även om det är på ett symboliskt plan. Det behöver dock inte direkt resultera i konsumtion av något slag, utan pengarna kan istället möjliggöra en buffert, som kan användas i en speciell situation. En naturlig fråga uppkommer då om brottsoffren upplevt att ersättningen möjliggjort någon sådan förändring i livet.

Tabell 12. *Har ersättningen möjliggjort några förändringar i Din livssituation?* (Fråga 19) Procent.

I mycket hög grad	4
I ganska hög grad	8
I begränsad grad	29
Inte alls	56
Vet ej	2
	100%
Ej svarat	1 (3)
N=	300

Uttrycket ”förändringar i din livssituation” kan föra associationerna till stora och kanske dramatiska förändringar, vilket skulle kunna förklara varför hela 87 procent har angett ”i begränsad grad”, ”inte alls” eller ”vet ej”. 12 procent har angett antingen ”i mycket hög grad” eller ”i ganska hög grad” och därmed har ersättningen gett dem möjlighet att förändra något i deras liv. Frågan uppkommer vad brottsoffren använder ersättningen till. En annan fråga är också om ersättningen korrelerar med den skada man upplever att brottet representerar. Att relativt få angett att ersättningen möjliggjort någon förändring i deras livssituation, kan bero på att respondenten har en helt annan uppfattning av vad som borde motsvara deras upplevelse som brottsoffer. Återigen finns dock frågan om respondenterna överhuvudtaget anser det möjligt att uppskatta vad de varit med om i ekonomiska termer. Det kanske helt enkel inte går att besvara, huruvida den faktiska ersättningen man erhållit motsvarar ens uppfattning av allvarligheten i det brottsliga angreppet eller den sammantagna upplevelsen men ersättningen ändå kan ha en viktig kompensatorisk eller reparativ betydelse.

Tabell 13. *Anser Du att ersättningen motsvarar Din uppfattning av hur allvarligt det brottsliga angreppet var?* (Fråga 20) Procent.

I mycket hög grad	5
I ganska hög grad	11
I begränsad grad	29
Inte alls	49
Vet ej	7
	100%
Ej svarat	1 (2)
N=	300

Till att börja med kan det vara intressant att notera att hela 7 procent angett ”vet ej”. Det kan anses vara en relativt stor grupp, som inte har en direkt uppfattning om korrelationen mellan ersättningen och vad som ligger till grund för den. Givet inkommensurabilitetstesen borde denna andel dock vara betydligt större och mot bakgrund av den osäkerhet, som även återfinns bland juristerna, är den inte anmärkningsvärd. Samtidigt är det interna bortfallet för denna fråga synnerligen lågt. Annars är det mest framträdande att närmare hälften av respondenterna anger att ersättningen inte alls motsvarar deras uppfattning av hur allvarligt det brottsliga angreppet var. Sammanlagt 94 procent anger sig i varierande grad inte vara ersatta motsvarande det brottsliga angreppet man råkat ut för. Man kan också tänka sig att denna höga andel ger ett stöd för inkommensurabilitetstesen men det kan också vara en kritik och ett missnöje avseende ersättningsnivåer och/eller handläggningen av ärendet. Om man väljer att tolka resultatet på det sättet, att missnöjet rör det materiella innehållet och den formella handläggningen, och mindre en fundamental invändning rörande ersättningen som idé borde förtroendet för rättsväsendet påverkas. En sådan fråga ställdes också till brottsoffren.

Tabell 14. *Hur har ersättningen påverkat Ditt förtroende för rättsväsendet?* (Fråga 18) Procent.

I mycket hög grad positivt	11
I ganska hög grad positivt	26
I begränsad grad positivt	25
Negativt	19
Varken positivt eller negativt	20
	100%
Ej svarat	1 (2)
N=	300

Mot bakgrund av den förhållandevis negativa bild, som hittills har framkommit vad gäller brottsoffrens erfarenheter av kränkningsersättningen, kan resultatet att förhållandevis få (19 procent) har angett att deras förtroende för rättsväsendet har påverkats direkt negativt av ersättningen ses som något förvånande. Resultatet fördelas i stort sett mellan två relativt jämnstora grupper, en som antingen angett ”negativt” eller ”varken positivt eller negativt” (39 procent) och en grupp som antingen angett ”i mycket hög grad positivt” eller ”i ganska hög grad positivt” (37 procent). I den meningen är det svårt att se någon tydlig tendens i resultatet utöver att det är ett misslyckande att inte fler har angett att deras förtroende påverkats positivt. Samtidigt är det svårt att tolka resultatet utan att beakta att många har begränsad tidigare erfarenhet av rättsväsendet och kanske begränsade förväntningar på hur de kommer att bli omhändertagna och även kompenserade för sina skador som brottsoffer. Mot bakgrund av de negativa reaktioner, som framkommit bland brottsoffren, som besvarat enkäten är 19 procent, som angett ”negativt” förhållandevis lågt. I någon mening är svarsalternativet ”varken positivt eller negativt” det ideala, eftersom det indikerar att respondenten haft balanserade förväntningar på rättsväsendet och att ersättningen inneburit att brottsoffret varken blivit över- eller underkompenserad. Slår man samman de som angett olika negativa svarsalternativ med de neutrala blir det sammanlagt 64 procent (25+19+20), vilket får bedömas som ett misslyckande.

För att undersöka vilka förväntningar, som finns på rättsväsendet i allmänhet och kränkningsersättningen till brottsoffren i synnerhet, får man studera enkäten, som riktade sig till allmänheten.[1013] Genom att de båda enkäterna innehåller gemensamma frågor möjliggör det jämförelser mellan brottsoffren och allmänheten. Samtidigt som brottsoffren delvis fick besvara frågor, som innebar en upprepning i förhållande till de frågor, som de redan besvarat, innebär upplägget att tendenser i materialet kan bedömas bättre och samma område, som är av intresse, kan undersökas och jämföras utifrån flera relevanta aspekter och perspektiv. Som exempel fick både respondenter från allmänheten och bland brottsoffren bedöma, vilken betydelse en rad orsaker har för att ersättningen ska ge upprättelse för brottsoffrens upplevelser i samband med brottet. Nedan kommer därför några jämförelser mellan de båda respondentgrupperna svarsmönster att redovisas och vi börjar med att titta på förväntningarna på rättsväsendet ur ett brottsofferperspektiv.

5.5.2 Jämförelser mellan respondentgrupperna

Nedan kommer en rad svar från de båda enkäterna att jämföras och presenteras tillsammans. Genomgående redovisas svarsmönstren från enkäten till allmänheten först och sedan enkäten till brottsoffren, numren skiljer sig åt på grund av att enkäten till brottsoffren även innehåll frågor rörande den egna ersättningen och brottet.

1013 Se nedan om allmänhetens negativa förtroendebalans (-18) avseende huruvida rättsväsendet skulle tillvarata dina intressen som brottsoffer (fråga 5 i enkäten till allmänheten).

Tabell 15. *Om Du skulle bli utsatt för ett brott som kränker din integritet (som vålds- eller sexualbrott), hur tror Du då att rättsväsendet (t ex polis, åklagare, domstol och Brottsoffermyndigheten) skulle tillvarata dina intressen som brottsoffer?* (Fråga 5/22) Procent.

	Allmänheten:	**Brottsoffer:**
Mycket väl	5	17
Ganska väl	33	35
I begränsad grad	49	30
Inte alls	7	10
Vet ej	6	8
	100%	100%
Ej svarat	1 (13)	1 (4)
N=	1099	300

Enligt svaren verkar det som om brottsofferpopulationen har högre förväntningar på rättsväsendet än populationen ”allmänheten”; 52 procent av brottsoffren har angivit antingen ”mycket väl” eller ”ganska väl” i jämförelse med motsvarande 38 procent för allmänheten. Annars är de båda gruppernas svar relativt lika och det verkar, som om förväntningarna på rättsväsendets agerande är förhållandevis återhållsamt. Att brottsofferrespondenterna har större tilltro till rättsväsendets förmåga att tillvarata deras intressen som brottsoffer än vad allmänhetens har, är ett både förvånande och positivt resultat. Samtidigt är det något förvånande att några fler brottsoffer angett ”vet ej” och det är också något fler brottsoffer som angett ”inte alls”. Sammantaget är det dock en viktig grund för de frågor som följer, eftersom ett mer kompakt missnöje hos brottsoffren skulle kunna indikera att förväntningarna från början var höga. I gruppen allmänheten har 80 procent uppgivit att de inte hade utsatts för något integritetskränkande brott (stöld, våldsbrott, sexualbrott, rån och frihets- och fridsbrott) under de senaste 24 månaderna och 70 procent hade heller ingen närstående som gjort detta under samma tid.

Tabell 16. *Finns det ett behov av kränkningsersättning som ett ”plåster på såren” åt brottsoffer även om skadan inte helt kan ersättas med pengar?* (Fråga 6/21) Procent.

	Allmänheten:	**Brottsoffren:**
Mycket stort behov	39	57
Ganska stort behov	37	28
Ett begränsat behov	17	11
Inget behov alls	1	1
Vet ej	5	3
	100%	100%
Ej svarat	2 (16)	1 (4)
N=	1099	300

Det verkar som om uppfattningen är att kränkningsersättningen är viktig, även om man förstår att den inte helt kan återställa brottsoffrets känslor. Trots att frågan rör relativt komplicerade aspekter av ersättningen, är bortfallet lågt (2/1 procent). Endast 1 procent i båda grupperna anser att brottsoffren helt saknar behov av kränkningsersättning. Även om det kanske råder en ”oöversättlighet” eller ojämförbarhet (en avsaknad av gemensam måttstock), som medför att man inte kan veta när brottsoffret är över- eller underkompenserad, har alltså ersättningens symboliska funktion ett brett stöd hos respondenterna.[1014] Eftersom brottsoffren tycks betona behovet i en högre grad än allmänheten, uppstår frågan om det beror på ett missnöje med den egna ersättningen eller om det starka stödet beror på att kränkningsersättningen har fungerat som ett ”plåster på såren” och svarat mot deras behov. Den symboliska funktionen kan alltså utgöra något mer än ”bara” symbolik. För att närmare förstå brottsoffrens erfarenheter och deras värdering av ersättningen, övergår vi till att titta närmare på de variabler, som berör dessa teman i den enkät, som riktade sig till brottsoffren. För att kunna beakta i vilken grad, som upplevelsen av rättsprocessen överlag har påverkat värderingen av kränkningsersättningen, ställdes även sådana bakgrundsfrågor till brottsoffren.

1014 Korstabeller har visat att brottsoffrens svarsmönster är mycket lika avseende variablerna “tydlighet” (fråga 26c) och “plåster” (fråga 21), vilket betyder att svarsalternativen “Mycket stor betydelse/Mycket stort behov” är det dominerande svarsalternativet.

Tabell 17. *Hur har Du överlag upplevt rättsprocessen/handläggningen fram till det att Du erhöll din ersättning?* (Fråga 5/6) Procent.

	Rättsprocessen	**Handläggningen**
Mycket bra	12	27
Ganska bra	30	25
Varken bra eller dåligt	19	24
Otillfredsställande	16	11
Mycket otillfredsställande	15	10
Vet ej	8	3
	100%	100%
Ej svarat	4 (12)	2 (6)
N=	300	300

Handläggningen hos Brottsoffermyndigheten har således upplevts positivare än den övriga rättsprocessen (52 procent upplevde handläggningen antingen ”mycket bra” eller ”ganska bra” mot 42 procent avseende rättsprocessen). Av brottsoffren upplevde hela 31 procent rättsprocessen som antingen ”otillfredsställande” eller ”mycket otillfredsställande” att jämföra med 21 procent för handläggningen. Att det interna bortfallet och de som angett ”vet ej” är större för de som bedömt rättsprocessen, kan bero på att det inte är nödvändigt att genomgå en rättsprocess för att erhålla kränkningsersättning från Brottsoffermyndigheten. I grunden ligger erfarenheten av brottet som utgör startpunkten både för den rättsliga processen som kränkningsersättningen. Det kan därför vara intressant att jämföra med hur själva den brottsliga gärningen har påverkat, hur brottsoffret mår vid tidpunkten för enkätstudien (se figur 3 ovan).

Tabell 18. *Vilken betydelse tror Du följande orsaker har för att ersättningen ska ge upprättelse för kränkningen och förnedringen av brottet: Att det går snabbt och lätt att få ersättningen?* (Fråga 9/26) Procent.

	Allmänheten:	**Brottsoffren:**
Mycket stor betydelse	30	45
Ganska stor betydelse	43	31
En begränsad betydelse	19	17
Ingen betydelse alls	4	4
Vet ej	4	3
	100%	100%
Ej svarat	2 (18)	0
N=	1099	300

Tabell 19. *Att ersättningsnivån är hög?* (Fråga 10/26b) Procent.

	Allmänheten:	**Brottsoffren:**
Mycket stor betydelse	19	36
Ganska stor betydelse	47	43
En begränsad betydelse	26	14
Ingen betydelse alls	4	2
Vet ej	4	4
	100%	100%
Ej svarat	2 (20)	0
N=	1099	300

Tabell 20. *Att ersättningen medför en tydlig reaktion på brottet som ett erkännande av vad brottsoffret råkat ut för?* (Fråga 11/26c) Procent.

	Allmänheten:	**Brottsoffren:**
Mycket stor betydelse	52	60
Ganska stor betydelse	35	27
En begränsad betydelse	8	7
Ingen betydelse alls	1	1
Vet ej	5	5
	100%	100%
Ej svarat	2 (24)	0
N=	1099	300

Tabell 21. *Att det är gärningsmannen som får betala och inte staten?* (Fråga 12/26d) Procent.

	Allmänheten:	**Brottsoffren:**
Mycket stor betydelse	68	73
Ganska stor betydelse	22	12
En begränsad betydelse	6	8
Ingen betydelse alls	2	3
Vet ej	2	4
	100%	100%
Ej svarat	2 (25)	0
N=	1099	300

Om man börjar med att titta på hur brottsoffren besvarat de olika påståendena ovan, framkommer att ersättningens symboliska funktion, som att medföra en tydlig reaktion på brottet, verkar vara den viktigaste parametern tillsammans med den sista, att gärningsmannen får betala. Aspekten att det är gärningsmannen, och inte staten, som får betala ersättningen utmärker sig även bland allmänhetens respondenter som den viktigaste (90 procent anger antingen ”mycket stor betydelse” eller ”ganska stor betydelse”). Av naturliga skäl blir det lätt en fokusering på ersättningsnivåer, när man studerar ersättningen till brottsoffren, därför är det intressant att den aspekten inte upplevs så viktig i jämförelse med de andra faktorerna. Särskilt bland representanterna för allmänheten är det förhållandevis få (19 procent), som anger att en hög ersättning har en ”mycket stor betydelse”. Av brottsoffren själva lägger en större andel än allmänheten vikt vid att ersättningen är hög (36 procent), men i jämförelse med de andra aspekterna är den inte särskilt prioriterad. Man kan dock konstatera att alla de fyra aspekter, som räknas upp, anses i mer eller mindre drag vara viktiga, eftersom det är genomgående endast någon eller några få procent, som angett att de helt saknar betydelse. Att ersättningen medför en tydlig reaktion (fråga 11/26c) är det bara en procent av respondenterna, som anser det helt sakna betydelse. Man kan också notera den höga interna svarsfrekvensen, särskilt för brottsoffren, vilket kan indikera att frågeställningarna har upplevts relevanta.

Överlag följer de båda svarsgrupperna varandra genom att betona allvaret i frågeställningen – det ska vara en tydlig reaktion och gärna gärningsmannen som själv betalar. Frågan om ersättningen ska medföra en tydlig reaktion på brottet som ett erkännande för vad brottsoffret råkat ut för, är det bara en procent i de båda svarsgrupperna, som angett ”ingen betydelse alls”. Brottsoffren verkar lägga särskild vikt vid att ersättningen fungerar som reaktion och ett ”erkännande” på vad som hänt – 60 procent har angett ”mycket stor betydelse”.

För brottsoffren är det också viktigare än för allmänheten att man får ersättningen snabbt och enkelt men det är ändå underordnat de aspekter, som närmast liknar bestraffningstankegångar. På liknande sett kan tanken på höga ersättningsnivåer upplevas riskabelt – särskilt i kombination med att det går snabbt och enkelt att få ersättningen, då ersättningssystemet kan komma att utnyttjas. Den misstänksamheten och försiktigheten kan alltså fungera som en broms på rent samhällsekonomiska grunder. Den aspekten finns inte, när det gäller uppfattningen att gärningsmannen ska betala, även om den är dåligt anpassad till den konkreta verkligheten. Ett eventuellt missnöje med det straffrättsliga systemets förmåga att sända ut en tydlig signal och reaktion som ett svar på den brottsliga gärningen kan således förklara, varför brottsoffren värderar den aspekten så högt, trots att den formellt inte passar in i det reparativa ersättningssystemet. Särskilt tydligt är detta repressiva inslag i den sista frågan, om vem som står för betalningen. För att pröva tanken att ett flertal egentligen anser att ersättningen ska fungera preventivt, moralstärkande och ha bestraffande funktioner, ställdes en sådan fråga med det påståendet.

Tabell 22. *Anser Du att ersättningen skall sända en signal om hur allvarligt samhället ser på integritetskränkande brott (som vålds- och sexualbrott)?* (Fråga 14/24) Procent.

	Allmänheten:	**Brottsoffren:**
I mycket hög grad	52	52
I stor grad	33	29
I begränsad grad	9	12
Inte alls	2	3
Vet ej	4	4
	100%	100%
Ej svarat	2 (26)	1 (4)
N=	1099	300

Det är ett påfallande likartat svarsmönster för de båda grupperna. I likhet med resultatet ovan anser man att ersättningen ska vara en tydlig reaktion, här ”signal”, på hur samhället ser på gärningen. Denna aspekt kvarstår således, även om man inte formulerar frågan som om reaktionen ska vara ett erkännande för vad brottsoffret råkat ut för. Egentligen är det en märklig tanke för en ersättning, som riktar sig till en enskild individ för något, som denne råkat ut för. En viss osäkerhet hos respondenterna kan också avläsas i svarsresultatet. Troligen säger det något om hur ”social” kränkningsersättningen i grunden är. Ersättningen måste således i någon grad gå utanför den direkta skadan och det direkta brottsoffret för att fungera som ersättning för den enskilt drabbade. Slår man samman de som svarat ”I mycket hög grad” med de som svarat ”I stor grad” blir resultatet för båda grupperna över 80 procent, vilket får anses vara ett synnerligen tydligt svarsmönster. Den underliggande osäkerheten kan röra själva statusen och därmed ersättningstypens legitimitet. Respondenten känner möjligen till att ersättning för kränkning är kontroversiell och bejakar därför att den tar sig moralbildande och preventiva ambitioner. Frågan ligger också nära den ovan redovisade frågan huruvida ersättningen ska vara en tydlig reaktion på brottet som ett erkännande för vad brottsoffret råkat ut för (fråga 26c i brottsofferenkäten). En jämförelse visar att tydligheten är viktigare för brottsoffren är den mer generella signalaspekten.[1015]

Man kan tänka sig att ersättningen, för att fungera som kompensation och upprättelse, måste kunna formuleras och beskrivas inför andra och även av dessa bli accepterad för att fungera. Svarar då den som tar del av brottsoffrets berättelse – i den del som rör kränkningsersättningen – att denne har blivit underkompenserad, förtas något av ersättningens verkan, även om inte brottsoffret tidigare upplevt saken på det sättet. Att svarsmönstren är så extremt lika för de båda respondentgrupperna betyder att erfarenheten av att vara brottsoffer och erhålla kränkningsersättningen inte påverkar synen på ersättningens roll att förmedla en negativ signal gentemot brottet. Det är denna djupt sociala eller kollektiva dimension hos ersättningen, som också

1015 Frågornas svarsmönster har jämförts genom en korstabell.

motiverar att man även ställer den här typen av frågor till personer, som inte direkt är brottsoffer. En central aspekt blir då hur väl rättstillämparen förmår att spegla det sociala trycket och de förväntningar på ersättningen, som finns i stort ute i samhället vid en viss tidpunkt. Dessa aspekter ligger också nära frågan om ersättningen kan, eller bör, rymma preventiva ambitioner. Det är naturligtvis svårt att fånga denna komplexa dynamik hos ersättningen i ett enkätformulär, men enkäten innehöll ett sådant försök.

Tabell 23. *Tror Du att nivån på ersättningen stämmer överens med de värderingar och normer som råder i samhället?* (Fråga 7/23) Procent.

	Allmänheten:	**Brottsoffren:**
Mycket väl	2	3
Ganska väl	14	20
I begränsad grad	41	32
Inte alls	30	31
Vet ej	14	14
	100%	100%
Ej svarat	2 (17)	1 (4)
N=	1099	300

Det är naturligtvis en svår fråga att besvara, eftersom den kräver kunskap om det som den undersöker, alltså samhället värderingar och normer. I den meningen finns det faktiskt ett ”rätt svar”, vilket är ”vet ej”, men det är också en relativt strikt tolkning av frågan, som naturligtvis långt ifrån alla gör. Istället tar majoriteten av respondenterna fasta på att frågan inleds med ”tror du att” och gör en uppskattning utifrån sina egna preferenser i relation till frågans innehåll. Resultatet visar att man hyser en betydande misstro mot att ersättningen speglar omgivningens förväntningar – 71 procent av respondenterna från allmänheten anger antingen ”inte alls” eller ”i begränsad grad”, vilket får tolkas som ett underbetyg. Det är också möjligt att ett antal, troligen få, respondenter tar sin utgångspunkt i att ersättningen formellt är skild från straffrätten och ställer sig frågande inför hur frågan är formulerad. I stora drag uppvisar båda respondentgrupperna även här ett liknande svarsmönster. Vad man tydligt är ense om är uppfattningen att ersättningen inte stämmer överens med de värderingar och normer, som råder i samhället och som alltså enligt lagens förarbeten ska fungera vägledande för rättstillämparen. Detta är naturligtvis ett legitimitetsproblem, som skadar trovärdigheten i ersättningssystemet liksom ersättningens förmåga att fungera i enlighet med dess intentioner.

Brottsoffren har ett, vilket även gäller för andra frågor, något mer balanserat svarsmönster, som kan bero på att de har mer kunskap och erfarenhet än allmänheten. Det kan också bero på att brottsoffren, som får sin kränkningsersättning från Brottsoffermyndigheten, ofta representerar en lägre socio-ekonomisk standard än allmänheten och därmed är försiktigare i sina bedömningar och inte har så höga

förväntningar på rättsväsendet. Det övergripande svarsmönstret för den aktuella frågan följer även en allmän tendens, när det gäller undersökningar, där allmänheten får bedöma olika påföljder för brottsliga gärningar. Respondenterna tenderar då att underskatta strängheten i påföljdssystemet och överdriva skillnaden mellan sin egen lekmannabedömning och den faktiska rättstillämpningen. Detta är ett problem, som kan försvaga rättens legitimitet, särskilt som det i någon mån är grundat i okunskap. Mot bakgrund av den misstro som både allmänheten och brottsoffren uppvisar i sina svarsmönster, undrar man om de tror att ersättningen har någon direkt betydelse. Eftersom betydelsefrågan rymmer flera dimensioner har den delats upp i två delfrågor.

Tabell 24. *Tror Du ersättningen till brottsoffren har någon betydelse för att brottsoffren skall känna upprättelse och kunna gå vidare efter brottet?* (Fråga 8/25) Procent.

	Allmänheten	**Brottsoffren**
Mycket stor betydelse	20	37
Ganska stor betydelse	36	29
En begränsad betydelse	35	27
Ingen betydelse alls	6	4
Vet ej	3	3
	100%	100%
Ej svarat	2 (22)	1 (2)
N=	1099	300

Tabell 25. *Vilken betydelse tror Du ersättningen har för att ge brottsoffer upprättelse i omvärldens ögon?* (Fråga 13/27) Procent.

	Allmänheten	Brottsoffren
Mycket stor betydelse	24	45
Ganska stor betydelse	38	29
En begränsad betydelse	27	16
Ingen betydelse als	6	4
Vet ej	6	6
	100%	100%
Ej svarat	2 (26)	
N=	1099	300

När man tolkar dessa resultat, finns det risk för mätfel, eftersom man inte kan vara säker på hur respondenten tolkat frågan. Respondenten kan utgå från den ersättning, som man tänker sig motsvarar skadan eller från de verkliga nivåer, som gäller. Givet de kritiska svar som svarspopulationen tidigare visat upp (som exempelvis tabell 22 eller tabell 12), är den tolkningen möjlig och rimlig. Vad som dock talar mot den tolkningen är främst det faktum att det är i särskilt stor utsträckning brottsoffren själva, som ansett att ersättningen har stor betydelse för brottsoffren för att dessa ska känna upprättelse och därmed kunna gå vidare efter brottet. Genomgående anger endast ett fåtal att det saknar betydelse. Det är anmärkningsvärt att det interna bortfallet för brottsoffren är 0, trots att trötthetsfaktorn borde tala för ett högre värde, då frågan har nr 27 i enkäten. Vad som kan tänkas spela in är egennyttan, vilken även kan orsaka svarsbias i den meningen att 75 procent av brottsofferrespondenterna anger att ersättningen har betydelse i samma fråga. Vad som kan spela in är ordet ”någon” i fråga 8/25, som alltså anger en anspråkslös ton i frågan, som kan uppmuntra till att driva upp betydelsen av ersättningen i svarsmönstret. Sammantaget ger svaren dock ett starkt stöd för ersättningens betydelse utifrån de två valda variablerna, vilket alltså kan anses vara något förvånande mot bakgrund av den kritik, som framkommit genom det övriga materialet. Det kan tolkas som en förhållandevis låg prestigebias, vilket betyder att respondenterna inte strikt följer någon tolkningslinje genom sina svar på frågorna utan förhållandevis förutsättningslöst besvarar den enskilda frågan. Överlag har en låg prestigebias positiv inverkan på validiteten hos undersökningsmaterialet. Troligen säger det något om att kritiken inte i regel är riktad mot ersättningen som sådan, utan hur den utformats och hur lagen tillämpas i praktiken.

Brottsoffren verkar ha ett tydligare svarsmönster, där man i större utsträckning betonar ”mycket stor betydelse” och i någon mindre grad ”ingen betydelse alls”. Det är också intressant att andelen, som angett ”vet ej”, är precis lika många i de båda respondentgrupperna, vilket kan tolkas som erfarenheten av att vara brottsoffer och erhålla kränkningsersättning inte är betydelsefull ur den aspekten. Det är rimligt att dubbelt så många angett ”vet ej” på den senare frågan om ersättningens betydelse ”i omgivningens ögon”, eftersom den frågeställningen rymmer en betydande tolkningsaspekt. Om betydelsen då anses så viktig, uppstår frågan vari betydelsen egentligen grundas. En närliggande tanke är att den grundas i en uppfattning om att ersättningen i det stora faktiskt motsvarar brottsoffrens förväntningar och behov på den samma. Eller kommer svarspopulationens kritik av ersättningen åter göra sig gällande i svarsmönstret på de två följande frågorna?

Tabell 26. *Tror Du att ersättningen motsvarar brottsoffrens förväntningar?* (Fråga 15/28) Procent.

	Allmänheten:	**Brottsoffren:**
I mycket hög grad	2	4
I stor grad	9	13
I begränsad grad	47	43
Inte alls	27	26
Vet ej	15	14
	100%	100%
Ej svarat	3 (30)	1 (2)
N=	1099	300

Tabell 27. *Tror Du att ersättningen motsvarar brottsoffrens behov av ersättningen?* (Fråga 16/29) Procent.

	Allmänheten	**Brottsoffren**
I mycket hög grad	2	7
I stor grad	16	16
I begränsad grad	47	37
Inte alls	17	22
Vet ej	18	18
	100%	100%
Ej svarat	3 (37)	1 (4)
N=	1099	300

Som man kunde misstänka slog respondenterna an en kritisk ton, när de lämnade sitt svar, när frågorna ställdes om vad ersättningen motsvarar hos brottsoffren förväntningar och behov. ”I begränsad grad” är det genomgående mest representativa svarsalternativet för de två frågorna. Överlag återfinns ett liknande svarsmönster i hur de båda respondentgrupperna besvarat frågorna. Förhållandevis många har även angett ”vet ej”; det verkar inte spela någon roll om man är brottsoffer och har egen erfarenhet av ersättningen, vilket kan förvåna – båda grupper anger 18 procent. Samtidigt är det i grunden en svårbesvarad fråga, eftersom den kräver svårtillgänglig viktimologisk kunskap om brottsoffers behov och förväntningar. Kanske den aspekten kan förklara det något högre interna bortfallet – 3 procent – vad det gäller enkäten, som riktade sig till allmänheten. Det finns risk för att brottsoffren svarar utifrån sin egennytta men då svarsmönstren mellan de båda grupperna i stort sammanfaller, får nog den risken anses förhållandevis låg.

Att den kritiska tonen återkommer kan bero på att frågorna som de är formulerade riktar in sig på den faktiska ersättningen och hur den praktiskt verkar gentemot brottsoffren, medan i exemplet ovan kunde respondenten tolka in mer av normativt

innehåll i frågeställningen. Man kan även se av svaren att respondenterna tror att brottsoffrens behov är lägre än deras förväntningar, eftersom det genomgående är fler, som angett antingen ”I begränsad grad” eller ”Inte alls” på frågan om ersättningen motsvarar brottsoffrens förväntningar än motsvarande om brottsoffrens behov. Om ersättningssystemet grundade ersättningen på brottsoffrens egna uppgifter, skulle de därmed bli överkompenserade, då respondenterna tycks anse att förväntningarna överskrider behoven. Samtidigt är det något motsägelsefullt, eftersom både brottsoffer och allmänhet enligt det övergripande materialet har relativt begränsade förväntningar och är kritiska till rättstillämparens möjlighet att ersätta den aktuella typen av skador. I den meningen underskattar således respondenterna andra brottsoffer, då de anger i så låg grad att brottsoffrens förväntningar speglar ersättningen.
Frågan om ersättningen motsvarar brottsoffrens förväntningar och behov ligger nära frågan om den även speglar allmänhetens förväntningar utifrån deras värderingar och normer. Sammantaget utgör dessa faktorer en viktig del av ersättningens omgivning och den kontext, vari den ska fungera. Våra förväntningar berör en av normens så kallade essentiella attribut.[1016] Något förvånande visar svarsmönstren att respondenterna tar fasta på att ersättningen inte motsvarar brottsoffrens förväntningar. Slår man samman procenttalen för de som svarat ”i mycket hög grad” med de som svarat ”i stor grad”, blir siffran 11 procent avseende allmänheten och 17 för brottsoffren. Men problemet är att på den tidigare redovisade frågan ”*Tror Du att nivån på ersättningen stämmer överens med de värderingar och normer som råder i samhället?”* svarade respondenterna mellan 63 procent (brottsoffren) och 71 procent (allmänheten) att påståendet stämde ”i begränsad grad ” eller ”inte alls”. Så respondenterna har redan angett att de inte tror att ersättningen speglar förväntningarna särskilt väl. Nu börjar vi närma oss frågan om hur de båda respondentgrupperna värderar dessa skador i pengar, vilket har undersökts genom de i enkäten avslutande vinjetterna.

5.5.3 Vinjettstudien

Varje enkät avslutades med en del, som kallades ”Praktiska exempel”, som innehöll en inledande text, vilken beskrev syftet och metoden följt av sex vinjettfall, som rörde ersättningsnivåerna och två, som rörde avslag och jämkning av kränkningsersättningen. De sex vinjettfallen var alla hämtade från Brottsoffermyndighetens referatsamling och fördelade efter brottstyperna misshandel, våldtäkt, rån, sexuellt ofredande, dråpförsök och olaga hot. Efter den korta beskrivningen av brottet och omständigheterna i fallet följde frågan: ”Vilket belopp (SEK) anser Du att ersättningen bör ligga på för att fungera som upprättelse för den kränkning, som kvinnan/mannen drabbats av?”

Resultaten av vinjettstudien:

1016 Baier & Svensson, 2099, s. 63 ff.

Tabell 28. *Vinjettsvar, Allmänheten*. (Fråga 17-22)

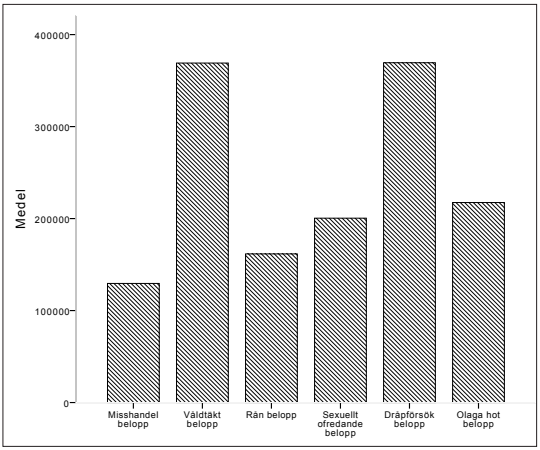
	Misshandel	**Våldtäkt**	**Rån**	**Sexuellt ofredande**	**Dråpförsök**	**Olaga hot**
N	1000	1005	1002	1001	992	997
Medelvärde kronor	137102	389073	170675	211462	380851	234931
Medianvärde kronor	50000	100000	60000	50000	120000	75000

Tabell 29. *Vinjettsvar, brottsoffer.* (Fråga 30-35)

	Misshandel	**Våldtäkt**	**Rån**	**Sexuellt ofredande**	**Dråpförsök**	**Olaga hot**
N	273	269	268	262	267	266
Medelvärde kronor	83969	209058	100899	141086	286665	131684
Medianvärde kronor	50000	100000	50000	50000	150000	50000

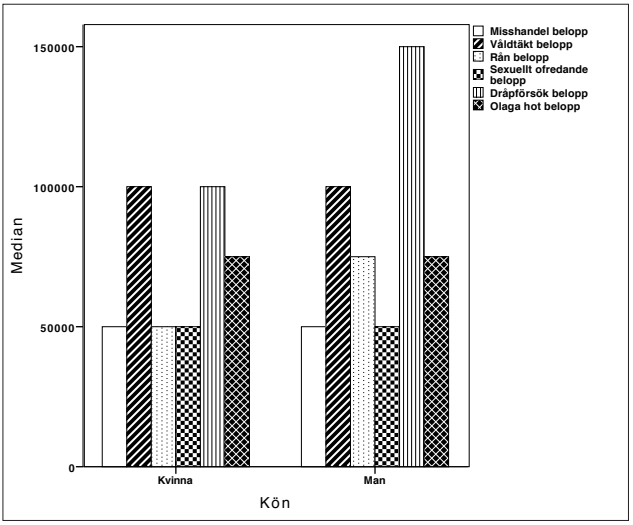
Det interna bortfallet för dessa vinjettfrågor är förhållandevis litet (ca 10 procent) med tanke på frågornas svårighetsgrad och mönstret i bortfallet är också lika mellan de båda enkätundersökningarna. För att tydligare se proportionaliteten mellan beloppen kan man visa resultatet som ett stapeldiagram. I figuren nedan är beloppen hämtade från vinjetten som besvarades av allmänheten och beräknade utifrån medelvärdet:

Figur 2. *Vinjettsvar, Allmänheten*. (Fråga 17-22)



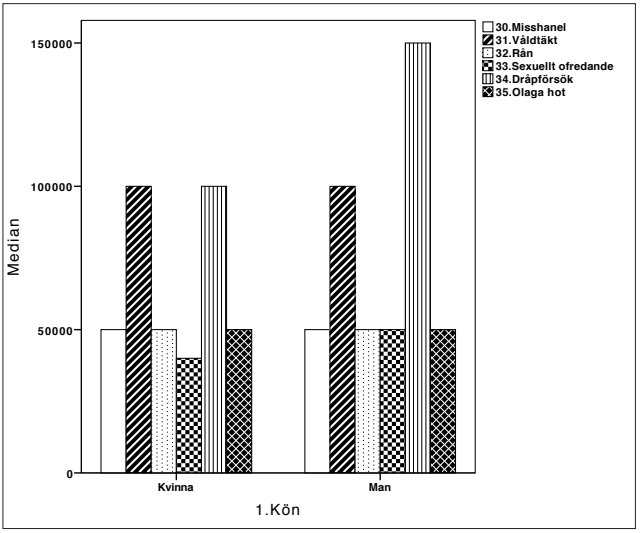
Medelvärden blir, som vi kan se ganska extrema, då de få som har valt väldigt höga (och låga) belopp påverkar utfallet i stor grad. När variabelvärdenas spridning – variansen – är stor, kan man därför med fördel välja medianvärdet istället för att se vilket belopp, som är vanligast förekommande i svarsmaterialet. Samtidigt kan vi se, om det finns några könsskillnader i hur respondenterna besvarar vinjetten.

Figur 3. Fråga 17-22. Vinjettsvar, *Allmänheten*.



Kvinnor har alltså lägre belopp och en mindre differentierad spridning mellan de olika brottstyperna. Männen har angett högre belopp för rån och dråpförsök men annars är proportionerna snarlika. Motsvarande resultat för brottsoffergruppen visar att det även finns könsskillnader bland brottsoffren som besvarat enkäten, även om de är relativt begränsade. Männen har även här en tendens att ange högre belopp men överlag är det ett jämnare svarsmönster som framträder.

Figur 4. Fråga 30-35. Vinjettsvar, brottsoffer.



För att slutligen ge en överblick över det omfattande resultatet från vinjettstudien utifrån de båda respondentgruppernas svar och möjliggöra jämförelser med praxis har följande sammanställning gjorts. Praxisbeloppen är hämtade ur Brottsoffermyndighetens referatsamling rån år 2009.

Tabell 30. *Medel och medianvärden från vinjetten.* Fråga 17-22 och 30-35. Heltal.

	Praxis	Allmänhetens medelvärde	Allmänhetens medianvärde	Brottoffrens medelvärde	Brottsoffrens medianvärde
Misshandel	15.000	137.100	50.000	83.967	50.000
Våldtäkt	75.000	389.000	100.000	209.057	100.000
Rån	10.000	170.675	60.000	100.899	50.000
Sexuellt ofredande	10.000	211.461	50.000	141.085	50.000
Dråpförsök	60.000	380.850	120.000	286.664	150.000
Olagahot	15.000	234.931	75.000	131.684	50.000

Vinjettstudien visar att både brottsoffren och allmänheten anger betydligt högre belopp än den praxis, som Brottsoffermyndigheten redovisar i sin referatsamling. Om man redovisar beloppen i medianform, blir värdena påfallande lika för brottsoffren och allmänheten, även om allmänheten genomgående anger högre belopp. Prestigebias och risken för att brottsoffren svarar utifrån sin egennytta, ser inte ut att prägla svarsmönstren i vinjettdelen. I stora drag speglar respondenternas svarsmönster praxisnivåns inbördes proportioner. Om man utgår från praxis, finns det således motsvarande proportionalitetskänsla hos respondenterna, där dråpförsök och våldtäkt sticker ut med betydligt högre belopp. Eftersom medelvärdet tar hänsyn till extremvärden på ett sätt, som medianvärdet undviker, då medianen är det belopp, som ligger i svarscentrum, är medianvärdet en bättre mätare av vad respondenterna anser är rimlig ersättning för de olika brottstyperna.[1017] Samtidigt säger medelvärdet något intressant om den interna spridningen.

Även om medianvärdet uppvisar en stabilitet och en återhållsamhet, säger medelvärdet att flera personer har en helt annan uppfattning. Risken för både över- och underkompensation är alltså betydande, när enskilda brottsoffer får kränkningsersättning. Den interna spridningen visar också att exempelvis våldtäktsbrottet har en högre spridning än dråpbrottet, som har en något stabilare fördelning om man jämför medel- och medianvärden. Förklaringen kan tänkas vara att sexualbrott ger upphov till fler ”extremvärden” än våldsbrott, eftersom sexualbrotten är ett känsligare rättsområde, där de rättsliga definitionerna kan uppfattas som kontroversiella.

Orsaken till att brottsoffrens spridning är något lägre än allmänhetens är oklar. Brottsoffren anger också genomgående lägre belopp för de olika brottstyperna. En rimlig förklaring är att brottsoffren själva har fått en relativ låg ersättning i linje med praxis och därför anger mer måttfulla belopp. Denna respondentgrupp borde av naturliga skäl ha en betydligt bättre kunskap om vilka olika ersättningsnivåer som gäller. Samtidigt var frågan formulerad så att de båda respondentgrupperna skulle välja det belopp, som de ansåg var skälig ersättning för brottets kränkning. Brottsoffren uppmanades också att ange i enkäten, vilket belopp de erhållit i kränkningsersättningen från Brottsoffermyndigheten. Resultatet från den frågan kan användas för få ett perspektiv på de nivåer, som vinjettdelen resulterade i. 290 av de 300 brottsoffer, som besvarade enkäten, angav ett belopp och medelvärdet ligger på 12.936 kr och medianvärdet 8.500 kr. Det är intressant att de belopp, som brottsoffren själva anger, ligger ungefär tio gånger högre, men följer i stort samma proportionalitet, som den de erhållit och den som gäller enligt Brottsoffermyndighetens praxis. Medianvärdet för de sex brottstyperna i vinjettstudien är 75.000 kr och medelvärdet är ca 145.000 kr. Även allmänheten har 75.000 som medianvärde för de sex brottstyperna tillsammans, medan motsvarande medelvärde ligger på ca 253.000 kr. Medelvärdet för de sex brottstyperna enligt praxis ligger på 31.000 kr.

1017 Medianvärdet är ett ”mittvärde” och ett observationstal, som i likhet med andra fraktiler avgränsar en rangordnad serie av tal enligt ett visst mönster. En median anger då det variabelvärde, som delar serien i två lika stora delar.

Genom en analys av vinjettstudien kan man bilda sig en uppfattning om det uppskattade ”skadevärdet” hos de olika brottstyperna, även om värdet endast kan bli ungefärligt och metoden bygger på en rad förenklingar. Den straffrättsliga kopplingen är dock genomgående stark. Tittar man på brottsbalkens bestämmelser avseende de olika brottstypernas strafflatituder, framkommer följande rangordning avseende fängelsetiden: dråpförsök – 10 år, våldtäkt 6 år, rån 6 år, misshandel 2 år, sexuellt ofredande 2 år och olaga hot 1 år. Mot den jämförelsen kan man anmärka att allmänhetens medianvärde för olaga hot ligger förvånande högt. Brottsoffrens medianvärde för rån är dock i relation till strafflatituden förvånande lågt.

Ett antal respondenter kan också ha uppfattat vinjetten som en form av kunskapskontroll och anger vad de tror gäller, vilket ger brottsoffren med deras erfarenhet överlag ett bättre utgångsläge. Brottsoffren kan också tänkas röra sig med mindre pengar i sina egna liv än andra vuxna genomsnittssvenskar, vilket håller tillbaka nivåerna de anger i vinjettstudien. Den statliga brottskadeersättningen, vari den aktuella kränkningsersättningen ingår, fungerar som ett yttersta ”skyddsnät” för särskilt utsatta brottsoffergrupper. I den grad som brottsoffren erhåller skadestånd från gärningspersonen eller försäkringsersättning, ska dessa belopp därför avräknas från brottsskadeersättningen.[1018] På liknande grund kan kvinnornas lägre nivåer i relation till männen förstås. Eftersom vinjettmetoden fordrar att respondenten läser beskrivningarna och själv tvingas helt fritt välja belopp utan stöd av förvalda svarsalternativ, fordrar den relativt mycket engagemang av respondenten. I kombination med att vinjetten kommer sist i enkäten, kan trötthetsfaktorn förklara att det partiella bortfallet ligger runt 10 procent, vilket är betydligt högre än för de övriga enkätfrågorna.

Enkätens två avslutande vinjettfrågor behandlade den jämkning, som Brottsoffermyndigheten gör mot bakgrund av brottsoffrets eget beteende i samband med brottet. Det ena fallet beskrev ett rättsfall, där kränkningsersättningen helt avslogs – en kvinnlig misshandlad narkotikamissbrukare och det andra sattes ned till hälften – en manlig misshandlad svartklubbsbesökare. Både allmänheten och brottsoffren uppvisar i stort samma svarsmönster och tar avstånd från både jämkningen och avslaget i de båda fallen. Brottsoffren har en något generösare hållning gentemot de båda brottsoffren men ca 10 procent anger också att de ”vet ej”. Det är svårt att utläsa någon klar riktning i svaren mer än att avslag och särskilt jämkningen sammanlagt har stöd av majoriteten av allmänheten, medan brottsoffren är osäkrare och jämnare fördelade över svarsskalan. Sammantaget är inte brottsoffrens ersättning från Brottsoffermyndigheten ovillkorad enligt respondenterna och man visar en medvetenhet om att tillämpningen är delikat och snarare ska medföra jämkning än avslag. Jämkningsfrågan ligger något utanför enkätens fokusområde men den kan betraktas som en ”kontrollfråga” för att undersöka om respondenterna är oreflekterat för en generell generösare rättstillämpning avseende brottsoffrens kränkningsersättning. Dels är brottsskadesystemet offentligt finansierat och dels ingår systemet i ett vidare rättviseperspektiv om fördelning av såväl offentliga medel som fördelning av

1018 Friberg, 2011, s. 352. Jämför med diskussionen om brottsoffrens sociala status i bortfallsanalysen.

ansvar och nyttigheter. Svarsmönstren avseende jämkningsfallen kan därför relateras till proportionerna, som framgick mellan svårighetsgraderna i kränkningen mellan vinjettsvaren, som alltså gick att avläsa i de ersättningsnivåer, som respondenternas svar gav. Tanken är att båda fallen visar på en känslighet hos respondenterna avseende rättvisefrågor och att det därmed för respondenterna är skillnad på ”kränkning och kränkning”, förenklat utryckt.

Tabell 31. *Anser Du att kvinnans ersättning borde påverkas av hennes missbruk?* (Fråga 29 och 32) Procent.

	Allmänheten	**Brottsoffren**
Den borde inte påverkas alls	34	37
Den borde jämkas	40	35
Den borde avslås helt	13	13
Vet ej	7	12
Ej svarat	6 (63)	3 (9)
N=	1099	300

Ovan redovisas allmänhetens och brottsoffrens svarsmönster avseende den kvinnliga narkotikamissbrukaren, som beskrivs i vinjettfrågan. Det tydligaste och intressantaste resultatet är att de båda svarsgrupperna återigen uppvisar ett likartat svarsmönster. I det centrala ställningstagandet, huruvida ersättningen borde avslås eller ej, är det alltså endast 13 procent i de båda svarsgrupperna, som går på den linje, som gäller enligt praxis. Enligt min tolkning av svarsmönstren har Brottsoffermyndighetens jämkning av kränkningsersättningen i stort stöd hos allmänheten, även om man intar en restriktiv attityd till hur jämkningsregeln tillämpas och vad som utgör jämkningsgrundande omständigheter.[1019]

5.5.4 Respondenternas egna kommentarer

Både enkäten till brottsoffren som sändes ut genom brev och webbenkäten till allmänheten gav möjlighet för respondenten att lämna egna kommentarer och reflektioner kring det ämne, som enkäten behandlar. Den möjligheten erbjöds dem dels för att enkäten i stort bestått av fasta svarsalternativ och insikten att ämnet lätt väcker olika reaktioner och känslor, som det kan finnas ett behov av att ge uttryck för, samtidigt som dessa kan vara av intresse för mitt kunskapsintresse. Bland allmänhetens deltagare var det hela 305 respondenter, som passade på att skriva en kommentar, vilket

1019 Jämkning av ersättning medför ofta svårartade skälighetsfrågor. Kleineman, 2011, s. 219 ff. Jämkningen ligger även nära preventionsaspekter och andra normbildningsprocesser samtidigt som lagstiftarens ambition är att jämkningen ska ses ur ett kriminalpolitiskt perspektiv och ska spegla de sociala värderingarna. Svensson, 2008, s. 191 ff

motsvarar 28 procent av hela svarsgruppen. Detta material är alltså av kvalitativ art, i relation till den övriga kvantitativt inriktade enkätens standardiserade svarsalternativ, som kodats och sedan analyserats utifrån begrepp som ”genomsnittsmått, ”variation” och ”samband”. Respondenternas egna ord rör istället aspekter som ”betydelse”, ”mening” och ”dilemman”. I stället för tabeller sker redovisningen genom citat hämtade från kommentarerna och berättelserna.[1020] Kvalitativ forskning kan sägas röra karaktären eller egenskaperna hos någonting, medan kvantitet handlar om mängden, vilket aktualiserar frågor om forskningsobjektets innebörd och mening.[1021]

Naturligtvis finns det en stor spridning bland de kommentarer och berättelser, som respondenterna lämnat men vissa teman och formuleringar återkommer. I vid bemärkelse kan de olika kommentarerna, oavsett respondentgrupp, ses som olika exempel på vilka meningsskapande processer, som finns kring kränknings- och brottsofferkonstruktioner. Respondenternas kommentarer och berättelser är inte direkt representativa i kvantitativ mening utan får ses som exemplifierande på vilka reaktioner enkätens tema kan väcka.[1022] Tre teman är utmärkande, genom att de återkommer ofta hos olika personer och ofta även hos samma persons kommentar, och dessa är: 1) förövaren ska betala, 2) hårdare tag och 3) högre belopp. Därtill återkommer och blandas dessa teman med allmän samhällskritik av olika slag. Något paradoxalt visar många i sina kommentarer att de har en klar uppfattning om ersättnings- och straffnivåerna, samtidigt som de redovisar betydande okunskap om gränsen mellan kränkningsersättning och ersättning för personskada och sveda och värk – fysiskt och psykiskt lidande av övergående natur. Många betonar kvinnors och barns utsatthet och att sexualbrott är mest kränkande för brottsoffret. Flera uttrycker också tveksamhet kring det rådande ersättningssystemet och vilka ersättningsnivåer som gäller, vilket medfört att ämnet upplevts som svårt. Det återkommer även kritik och avståndstagande mot tanken att pengar ska kunna ersätta en brottsupplevelse och rädsla för en allmän amerikanisering av skadeståndsbeloppen i samhället. De statliga medlen ska man hushålla med, är ett annat återkommande budskap, som brukar kombineras med att gärningsmannen ska få betala. Nedan återges några citat, som jag bedömer vara exemplifierande för tonen och innehållet i kommentarerna från brottsoffren och allmänheten

1020 Jfr Eriksson & Wiedersheim-Paul, 2001, s. 87.
1021 Widerberg, 2002, s. 15.
1022 Jfr Tiby, 2008, s. 96.

5.5.5 Exempel på kommentarer från respondenterna

Här nedan återges några kommentarer som lämnats av respondenterna från enkäten vilken gick ut till allmänheten:

> ”Det enda sättet att delvis kompensera ett våld- och sexbrott mot framförallt barn är en riktigt hög ersättning. Ersättning för sorgearbete, förlorad inkomst, sjukskrivning etc. Självklart ska angriparen stå för kostnaden och INTE staten. Vi vet alla att de som sitter i fängelse får ersättning, gratis utbildning osv. Spara in de pengarna och ge till offren och deras anhöriga.”

> ”Att man får ersättning i samband med ett brott och att det är just GÄRNINGSMANNEN som ska betala till offret kan till viss del få offret att gå vidare men inte helt.”

> ”Bra undersökning! Jag tror att det behövs diskussioner kring dessa ämnen. Framförallt anser jag att sexuella övergrepp måste tas på större allvar, vilket högre ersättning kan hjälpa till med!”

> ”Ersättningarna till brottsoffer bör hållas nere då som ni skrivit att pengar inte kan ersätta skadan. ett scenario där vi får fantasibelopp i ersättning likt USA är inte att eftersträva. gärningsmannen ska kunna ha en rimlig chans att betala sin skuld, annars tror jag att det kan påverka dennes rehabilitering till samhället.”

> ”Svårt att sätta en prislapp men generellt vill man ju att de som hotas till livet ska ha en stor ersättning och jag vet inte var nivån ligger idag.”

> “Högre ersättning till brottsoffer.”

I brottsoffergruppen var det 115 respondenter, som valde att lämna kommentarer och reflektioner på sista sidan av enkäten. Det motsvarar 38 procent av de 300 insamlade enkäterna, vilket får anses som en relativt stor andel och alltså 10 procent högre än för allmänheten. Flera av dessa kommentarer är berättelser av djupt tragisk och skrämmande natur. Det absolut mest frekventa temat är kritiken mot att Brottsoffermyndigheten dragit ett självriskbelopp på 1.500 kr från en ersättning, som de ofta redan upplevde som låg. Många kommentarer utrycker stor besvikelse och förvåning över hur de blivit behandlade av rättsväsendet och att domens innehåll kunde omprövas av Brottsoffermyndigheten. Återkommande är också kritiken mot att de tvingats vara aktiva och pådrivande för att få ut sin ersättning, att det tagit lång tid, varit krångligt och de inte känt sig sedda. I likhet med respondenterna från allmänheten finns det även en kritik mot en för mild straffrätt och en önskan att gärningsmannen ska få ”straffas” genom att tvingas betala. Hos dessa finns det ofta en känsla av att ha blivit kränkta ”igen” av rättsväsendet och då särskilt av Brottsoffermyndigheten. Ibland går dock berättelserna klart utanför ämnet för enkäten, då även problem med försäkringskassan och sjukdomar behandlas. Upplevelsen av att ämnet är svårt och okunskap om nivåer, liknande de som respondenterna från allmänheten angett, återkommer även hos brottsoffren. Många betonar också att pengar inte kan ”läka såren” och ”göra det ogjort.”

Några exempel på kommentarer från brottsofferenkäten:

”Pengar kan ej ersätta den känsla som man har till livet efter misshandeln, men det kan hjälpa. Helst borde gärningsmannen betala och inte staten.”

”Fått 5000 kr i kränkningsersättning. Blev tilldömd 7000 kr av tingsrätten. Kränkningsersättning för låg i förhållande till brottet, rån under knivhot. Har dessutom inte fått ersättning för förlorade kontanter och mobiltelefon som tingsrätten tilldömde mig. Gärningsmannen har inga tillgångar, är mycket besviken på vårt rättssystem!”

”Domstolarna och tingsrätten har en ’förlåtande’ attityd mot brottsligen! I mitt fall väldigt ifrågasättande i min berättelse. Man framstod nästan som brottslingen själv. Tilltron till rättssamhället är noll. Polisen gjorde däremot ett bra jobb.”

”Det är svårt att sätta en summa pengar på kränkningen.”

“Alla brott som har någonting med barn att göra ska ha mer än någonting annat. Lika så tycker jag att det är för låga straff i Sverige.”

5.5.6 Reflektioner kring kommentarerna

Antalet som lämnat egna kommentarer och engagemanget hos de som berättat om sina upplevelser och känslor tyder på att ämnet för enkäten berör och engagerar. När man läser kommentarerna, får man dock en bild av att många respondenter känner maktlöshet och frustration inför ett svårbegripligt och distanserat rättsväsende, som vänt den enskilde medborgaren ryggen. Det finns därför en risk att de missbelåtna blir överrepresenterade, eftersom de känner sig mer motiverade att lämna kommentarer, än de som kunnat lämna saken bakom sig. Bland kommentarerna från både allmänheten och brottsoffren finns det därför en återkommande tacksamhet och uppmuntran gentemot enkätundersökningen. En tolkning av de skriftliga kommentarerna, som lämnats, ger för handen en analys, där kränkningsersättningens symboliska och repressiva sida framkommer. Respondenterna tar i stor utsträckning fasta på orsaker till kränkningsersättningens uppkomst, att den grundas i ett brottsligt angrepp på ett rättsligt skyddat intresse och att det är denna omständighet, som är central och den ansvarsutlösande faktorn. Respondenterna tar därmed också fasta på straffets och skadeståndets gemensamma beståndsdelar och funktioner, som kan vara klander och åläggande av lidande eller obehag.[1023]

Det är således en negativ och polariserad bild, som framträder i respondenternas egna kommentarer. Polariseringen betyder egentligen att det finns en positiv värdeladdning gentemot upprättelsefunktionen, där rättvisa skipas och en negativ värdeladdning gentemot hur man upplever att dagens system fungerar. Det är också intressant att allmänhetens negativa kommentarer ligger nära brottsoffrens, trots att de alltså inte har någon egen ”upplevd erfarenhet” av ersättningssystemet. Betydelsen

1023 Se Friberg, 2010, s. 85 ff. Se även Fribergs redogörelse för olika teorier om rättfärdigandet av straffsystemet och skadeståndsrättssystemet. Ibid. 91 ff.

av berättarens intentioner och mening tycks mera styrd av rådande konventioner och normer, varigenom deras erfarenheter filtreras, än att man utgår från egna erfarenheter. Man kan också formulera det så, att det finns en vidare diskurs, som de olika kommentarerna ingår i och speglar men också är med och formar genom sin tillkomst.[1024] Det finns troligen olika begripliggöranden, som följer vissa givna mönster, vilket i vissa fall tar över den egna berättandeformen. För att nå längre i dessa frågor, hade man behövt lägga upp en kvalitativ studie, där brottsoffer rekryterades slumpmässigt och inte utifrån de, som valt att medverka i en enkätstudie. Som redan berörts finns det nu en övervägande risk att det är de mest motiverade och den motivationen är negativt laddad gentemot det rådande rättsväsendet i stort, som tar sig tid att utöver själva enkäten också lämnar egna kommentarer. Slutligen finns det en intressant aspekt i hur de respondenter, som lämnat kommentarer, har uppfattat hur läsningen av kommentarerna kommer att användas. Om man ser kommentarerna som ett uttryck för kommunikation, bör den aspekten inte vara betydelselös. På enkäten framgår att det är rättssociologiska enheten vid Lunds universitet, som ligger bakom projektet och att brottsoffermyndigheten finansierat det. Det ligger nära till hands att respondenterna tänker att deras kommentarer, i den del de är negativa, kommer att vidareföras både inom forskningen men också till rättsväsendet. Men det viktigaste är att de troligen inte i obegränsad omfattning kan ha upplevt att avsändaren representerar någon form av officiell del av samhället med kopplingar till rättsväsendet. Det sammanlagda budskapet till avsändaren är att rätten som samhällsinstitution lämnat folkets rättskänsla och behov av förståelse ryggen. Detta budskap kan i sin tur tolkas olika beroende på om man ser det ur ett traditionellt rättsligt eller ett beteendevetenskapligt perspektiv. Respondenternas kommentarer kan då tolkas som ett stöd för en traditionell rättslig suum cuique-lära att ”låta var och en få vad som honom tillkommer” men med en stark underton av krav på rättslig rättvisa.[1025]

Ur ett beteendeperspektiv kan respondenternas kommentarer istället tolkas som ett uttryck för att det brister i ”KASAM”. Inom medicinsk sociologi myntade Aaron Antonovsky begreppet SOC ”Sense Of Coherence” som på svenska brukar översättas med KASAM, ”Känsla Av SAMmanhang”.[1026] KASAM kan sägas bestå av begriplighet, hanterbarhet och meningsfullhet, som alltså är positiva faktorer för människor ur ett psykosocialt perspektiv. Om inte ersättningssystemet uppfattas som begripligt, hanterbart och meningsfullt torde det få en negativ inverkan ur ett psykosocialt perspektiv. När man läser respondenternas kommentarer framkommer att dessa korta berättelser ofta rör respondenternas begrippliggöranden kring olika brottsliga uttrycksformer och erfarenheter av brott och reaktioner på dessa. Ur ett viktimologiskt perspektiv kan brottsoffrens kommentarer tolkas som att det brottsofferstödjande arbetet har stor utecklingspotential.

1024 Bergström & Boréus, 2000, s. 235.
1025 De juridiska fakulteterna har devisen i sina sigill sedan 1600-talet. Modéer, 1997, s. 127.
1026 Begreppet tillämpas brett, se exempel Ahrenfelt, 2007, s. 45.

5.6 Empirianalys och sammanfattning av undersökningen

5.6.1 Några centrala balansmått

Det finns flera andra orsaker – sociala, ekonomiska, medicinska exempelvis – till huruvida ett brottsoffer återhämtar sig eller inte efter ett brottsligt angrepp än kränkningsersättningen.[1027] Exempelvis har kommunernas socialnämnder till uppgift att verka för att den som utsatts för brott och dennes närstående får stöd och hjälp.[1028] Men min studie har avgränsats till att specifikt studera kränkningsersättningens betydelse ur ett viktimologiskt och rättssociologiskt perspektiv. Eftersom det empiriska materialet är relativt omfattande, finns det ett behov av att göra någon slags sammanvägd bedömning av svarsmönstren, vilket kommer att göras i detta avsnitt. I attitydundersökningar är det vanligt att detta görs genom en mätning av differensen eller balansen mellan olika svarsalternativ. Ett så kallat balansmått räknas fram utifrån en sammanräkning av flera svarsalternativ, så att exempelvis andelen ”mycket nöjd” och ”ganska nöjd” minskas med andelen, som besvarat frågan med ”mycket missnöjd” och ”ganska missnöjd” – stort-litet = nöjdhetsbalans. Respondenter som besvarat frågan med svarsalternativet ”vet ej”, eller liknande, räkas således inte med. Värdet kan då variera från +100, om alla är nöjda, till -100, om alla är missnöjda.[1029] Förtroendebalansen för fråga 5 i enkätundersökningen, som riktade sig till allmänheten – ”Om Du skulle bli utsatt för ett brott som kränker din integritet som våldseller sexualbrott, hur tror Du då att rättsväsendet skulle tillvarata dina intressen som brottsoffer?” blir -18 (5+33-49+7= -18).[1030] Detta kan uttryckas som en negativ förtroendebalans för allmänhetens förtroende för rättsväsendets förmåga att ta tillvara på brottsoffers intressen. På liknande sätt kan vi titta på balansmåttet för de olika frågorna om ersättningens olika funktionsaspekter, som följde på var sin filterfråga i enkäten, som riktades till brottsoffren. Resultatet blir följande, redovisat enligt den följd som frågorna kommer i enkäten:

1027 Se exempelvis Cohen & Willis, 1985.
1028 Fahlberg, 2009, s. 157. Se 5 kap. 11§ SoL.
1029 Brå-rapport 2007:9, s. 15. SOM-institutet använder metoden med balansmått flitigt i sina publikationer. Holmberg & Weibull (red.), 2010, s. 237.
1030 Se tabell 15 ovan.

Figur 32. *Balansmått.* (Fråga 12d-17b)

Kompensera för kränkningen (fråga 12d)	-44
Förbättra eller återställa självkänslan (fråga 13b)	-70
Kompensera för förnedringen (fråga 14b)	-47
Lindrat lidandet (fråga 15b)	-64
Fungerat som upprättelse (fråga 16b)	-36
Erkännande som brottsoffer (fråga 17b)	0

Det förefaller som om kränkningsersättningens möjlighet att påverka brottsoffrens mer psykologiskt/intima upplevelser är begränsad. Att förbättra eller återställa en skadad självkänsla efter ett brottsligt angrepp, är den variabel ovan som få respondenter angett att de anser att kränkningsersättningen förmår att medverka till. Medan kränkningsersättningens möjlighet att ge ett erkännande som brottsoffer, är den variabel, som har det mest positiva balansmåttet. Det är något förvånande att upprättelsefunktionen faller ut så pass väl i jämförelse med de övriga variablerna, med tanke på att upprättelse är ett förhållandevis starkt och laddat uttryck. Vad respondenterna avser är troligen att de upplevt handläggningen och processen runt omkring som besvärlig och utfallet kränkningsersättningen inte var given. I den meningen har de fått sitt anseende återställt blott genom det faktum att de till slut erhållit kränkningsersättningen. Somliga brottsoffer kanske till och med upplever att de därmed blivit ”friade” från orättvisa beskyllningar eller antaganden om deras person eller agerande i relation till brottet eller gärningspersonen. Eftersom kränkningsersättningen tidigare var en ideell ersättning för lidandet, är det intressant att jämföra hur respondenterna svarat på fråga 12d ovan – har ersättningen medverkat till att kompensera för den kränkning som brottet medfört? – med fråga 15b – har ersättningen lindrat det lidande du upplevt? Det är här viktigt att ha i åtanke att de flesta balansmåtten ovan visar ett kraftigt negativt resultat. I fråga 12d om kränkningen betyder det att en övervägande majoritet angett de negativa svarsalternativen ”i begränsad grad” och ”inte alls”. Jämförelsen visar ett stöd för den terminologiska lagändringen, då fler respondenter anger att kränkningsersättningen kompenserat för kränkningen än att den lindrat lidandet. Återigen är det möjligt att respondenterna värjer sig inför kränkningsersättningens möjlighet att nå de mer personliga och psykologiska aspekterna av upplevelsen av att vara brottsoffer. Kränkningen som begrepp kan upplevas som mer formaliserad och kopplad till ett mer neutralt straffvärde-tänkande, medan lidandet rör de mer privata upplevelserna av mer existentiell natur, som inte kan suddas ut av en ekonomisk ersättning. Att denna glidning och osäkerhet är en olycklig omständighet, som troligen fungerar försvårande för ersättningens möjlighet att just fungera som upprättelse för brottsoffren har jag tidigare diskuterat.

Till de gemensamma frågorna av allmän karaktär om kränkningsersättningen rör flera av dem vilken betydelse olika orsaker har för att ersättningen ska kunna ge upp-

rättelse för kränkningen och förnedringen av brottet. Även här lämpar sig materialet att återges genom balansmått.

Figur 33. *Vilken betydelse tror Du följande orsaker har för att ersättningen ska ge upprättelse för kränkningen och förnedringen av brottet?* Balansmått. (Fråga 9-12/26A-26D)

	Allmänheten	Brottsoffren
Att det går snabbt och lätt att få ersättningen?	51	55
Att ersättningen är hög?	37	63
Att ersättningen medför en tydlig reaktion på brottet som ett erkännande av vad brottsoffret råkat ut för?	78	79
Att det är gärningsmannen som får betala och inte staten?	83	74

Genomgående anger respondenterna liknande, positiva, balansmått rörande de olika faktorerna. De fyra faktorerna är därför alla av stor betydelse för kränkningsersättningens förmåga att ge upprättelse enligt de båda respondentgrupperna. Vikten av att rättstillämparen förmedlar en tydlig reaktion som ett erkännande för vad brottsoffret råkat ut för betonas särskilt i de båda grupperna. Det är intressant att allmänheten har en betydligt mer balanserad syn på värdet av höga ersättningsnivåer än brottsoffren och allmänheten betonar också i något större utsträckning betydelsen av att gärningsmannen ska betala; två faktorer som troligen är sammanlänkade, eftersom det är en offentligt finansierad brottsskadeersättning. Man kan också tolka resultatet som att respondenterna ser ersättningen ur ett straffrättsligt rättvise- och proportionalitetsperspektiv. Gärningsmannen ska bära skulden genom att betala och rättsväsendet ska framtvinga rättsföljden som förmedlar reaktionen på vad som hänt.

5.6.2 Hypotesprövning och vändpunkt

Utifrån min första frågeställning, den om huruvida nivåerna på brottsoffrens kränkningsersättning speglar de sociala normerna och värderingarna i samhället, är det intressant att titta närmare på likheter mellan hur brottsoffren och allmänheten besvarat enkätfrågorna. Särskilt intressant är den enkätfråga som formulerades om ”ersättningen stämmer överens med de värderingar och normer som råder i samhället” och som besvarades av både allmänhet och brottsoffer. Utifrån min formulering finns ett antagande eller en hypotes om att det finns ett socialt tryck av normativ art, som återfinns hos både brottsoffer och allmänhet. I praktiken innebär det att jag gjort en hypotesprövning utifrån en nollhypotes, där man testar, om det finns några signifikanta trender i de båda vinjettstudiernas svarsmönster. Den vinjettfråga som först prövades var den som rörde misshandelsbrottet, då den på goda grunder kan anses vara den mest typiserade ur ett generellt brottsofferperspektiv kvantitativt sätt. Rent praktiskt gjordes testet på så sätt att resultaten från samma vinjettfråga –

misshandelsbrottet – adderades från de båda enkätundersökningarna och inmatades som en ny gemensam kolumn i SPSS.

Signifikansprövningen som gjordes i SPSS består av två olika test, ett som kallas Mann-Whitneys U-test och är ett icke-parametriskt test avseende spridningen av svarsvärdena och ett som rör fördelningen av medianvärdena inom båda undersökningarna.[1031] Ofta vill man finna att en skillnad eller förändring mellan två variabler är signifikant (p<0,05), men i mitt fall är ett högre p-värde intressant eftersom det visar att de skilda faktorerna avseende svarsgrupperna, främst erfarenheten av att vara brottsoffer, inte har någon påvisbar effekt på hur de besvarar vinjettfrågorna.[1032] Enligt beräkningen av misshandelsbrottet är signifikansvärdet p=.52 (inte signifikant) och det innebär att man inte kan påvisa att de två svarsgrupperna har olika medianvärde för de belopp de angett i vinjettfrågan. Skillnaden är helt enkelt för liten för att man ska kunna tala om en statistiskt säkerställd skillnad; signifikans föreligger inte. Således skall nollhypotesen behållas, vilket betyder att det inte föreligger något fenomen i den aktuella prövningen av materialet, som kräver en förklaring. I praktiken betyder det att de båda respondentgrupperna anger samma belopp (50 000 kr) i vinjettfrågan rörande misshandelsbrottet, om man beräknar resultatet utifrån medianvärdet och att det är statistiskt omöjligt att påvisa någon skillnad mellan hur allmänheten och brottsoffren besvarat vinjettfrågan. Detta resultat (inte signifikant) gäller även för vinjettfrågorna avseende våldtäkt (p=.55) och dråpförsök (p=.790), medan för rån, sexuellt ofredande och olaga hot kan man påvisa skillnad. Det betyder att nollhypotesen ska avvisas i dessa fall men som vi sett tidigare är exempelvis medianvärdena samma för sexuellt ofredande, så resultatet betyder endast att det inte statistiskt går att påvisa att de inte skiljer sig åt. Eftersom prövningen gjordes genom att samtliga belopp från vinjettfrågorna lades samman i en gemensam kolumn, innebar resultatet att fördelningen mellan beloppen i kolumnen är mycket lika, trots att de ursprungligen kommer från två olika undersökningar.

Resultatet är intressant, eftersom de båda undersökningarna genomfördes på olika sätt, vid olika tidpunkter och vände sig till två olika svarsgrupper.[1033] Det är den sistnämnda faktorn, som är av centralt intresse här, eftersom den också säger att erfarenheten av att ha utsatts för ett integritetskränkande brott och som brottsoffer därför erhållit kränkningsersättning, inte påverkar svarsmönstret som medianvärde. Annorlunda uttryckt, mellan erfarenheten uttryckt som en oberoende variabel, finns det inte ett tydligt samband, med vilket medianvärde som brottsofferrespondenterna angett på gruppnivå som beroende variabel. Resultatet är förhållandevis förvånande,

1031 För att ta reda på normalfördelningen hos studerad variabel kan olika icke-parametriska test genomföras. Wahlgren, 2005, s. 109 ff.

1032 Hypotesprövning med P-värde (sannolikhet) rör sannolikheten för att vi kommer att observera ett extremare värde än det värde som observerats, givet att nollhypotensen är sann. Den högsta signifikansnivå som vanligtvis används är 5 procent (0,05) eller .05 och ”p” står för probabilitet, om p-värdet är större än 5 procent finns ingen statistisk signifikans i materialet och då ska nollhypotensen accepteras och behållas. Körner & Wahlgren, 2000, s. 200 f.

1033 Ofta är det ett problem att förutsättningarna är olika, när två undersökningar jämförs men här är det en faktor som ökar styrkan i det empiriska resultatet.

då just erfarenheten av ersättningssystemet och inte minst den egna kränkningsersättningen, borde återspeglas i materialet. Som vi sett tidigare, fanns det vissa skillnader, när svaren beräknades som medelvärden och brottsoffren angav då lägre belopp än vad allmänheten gjorde. Detta svarsmönster återkom också för flera av de olika vinjettfrågorna. Detta resultat motsvarar antagandet att brottsoffrens större kunskap resulterar i ett svarsmönster, som ligger närmare praxis än vad som gäller för respondenterna från ”allmänheten”.

Att det inte går att påvisa en signifikant skillnad mellan de båda respondentgrupperna svarsmönster, kan också säga något om undersökningens reliabilitet – tillförlitlighet – som alltså i detta fall troligen talar för att den är hög. Men den höga konstansen behöver inte betyda hög precision och frånvaro av olika sorteters mätfel, även om svarsmönstren indikerar att så är fallet.[1034] Som vi kan se ovan gav Mann-Whitneys U-test resultatet att det inte heller finns någon statistiskt säkerställd skillnad avseende spridningen mellan de båda respondentgruppernas svarsmönster. En relevant aspekt av undersökningen var frågan om det råder ett starkt och konsistent socialt tryck, som återfinns hos såväl brottsoffer som allmänhet samt vad ett sådant resultat får för konsekvenser för analysen. Att slumpen skulle generera ett sådant konsistent resultat, som de båda undersökningarna uppvisar i förhållande till varandra, är högst osannolikt och talar således för en hög reproducerbarhet.[1035]

Nästa viktiga fråga blir då, om hur det förhåller sig med kopplingen mellan det teoretiska och det empiriska planet i den aktuella undersökningsdelen. Frågan rör således om man verkligen mäter den del av verkligheten, man avser att mäta, undersökningens validitet. Frågemetoden tillsammans med urval och operationalisering av undersökningsbegreppen och dess variabler bör bilda en konsistent helhet. Ska man vara kritisk, behöver inte en bekräftelse av nollhypotesen betyda att man fångat något väsentligt hos kränkningsersättningen, eftersom det kan bero på att man inte tillräckligt lyckats tränga in i ämnet genom den operationella definitionen, som enkätfrågorna representerar.[1036] I strikt mening kan en signifikansanalys egentligen inte avgöra om en verklig skillnad finns eller inte finns mellan respondentgrupperna,

1034 Sandberg & Faugert, 2009, s. 135. Det är möjligt att det är ett mätfel, som orsakat det likartade svarsmönstret mellan de båda respondentgrupperna men det förefaller mindre sannolikt och den fortsatta analysen kommer att utgå från att likheten istället är reell.

1035 Svenning, 2003, s. 67. De aktuella undersökningarnas reliabilitet är högre än den som samma-mätinstrument-modellen kan mäta vid en upprepning med samma enkät. Istället kan vi här tala om en input-output modell, där begreppen och frågeställningarna är lika men den direkta undersökningsmetoden avseende urval och annat kan skilja sig åt. Om man ändå uppnår samma resultat, kan man tala om en god eller hög reliabilitet, vilket är viktigt för kvantitativa undersökningar som denna. Ibid, s. 68. Jfr Brante & Fast, 1982, s. 88.

1036 Frågan gäller således den externa validiteten. Man kan naturligtvis ifrågasätta om kvantitativa undersökningsmetoder överhuvudtaget kan fånga något så subjektivt och kvalitativt som en kränkningsersättning, som avser att ersätta brottsoffrens känslor. Å andra sidan kan man hävda att människans känsla av det absurda är gemensam och att människan är duktig på att ge det absurda och ”omänskliga” sitt egna mänskliga insegel, vilket innebär att respondenter i regel inte ryggar tillbaka inför knepiga frågor. Så även om det finns många sanningar, behöver det därmed inte finns någon sanning, som omfattar allt. Camus, 1966.

utan resultatet visar endast att med signifikansanalysen går det inte att påvisa någon skillnad.

Nollhypotesen antog att det sociala trycket, som gemensamma normer och värderingar utgör, återfinns ungefär jämt fördelat hos de båda respondentgrupperna. Erfarenheten av såväl brottet som kränkningsersättningen i brottsofferpopulationen ger endast utslag, när vinjettsvaren kategoriseras som medelvärden men inte som medianvärden. Mellan medel och median ligger således den kritiska *vändpunkten*, där betydelsen av den individuella erfarenheten tas över av den sociala gemenskapen. Här kan det även vara intressant att se vilken skillnad, som råder mellan beloppen i praxis och medianvärden hämtade från vinjettfrågorna. Adderar man samtliga medianbelopp blir summan 455 000 kr för allmänheten och 450 000 kr för brottsoffren (skillnaden är ungefär 1 procent) medan det sammanlagda värdet för de sex vinjettbrotten enligt praxis är 185 000 kr. Medianvärdena är praxis genom faktor 2,4, vilket omräknat i medeltal blir 30 000 kr per brottstyp enligt praxis och 75 000 kr enligt vinjettstudien. Resultatet visar att vinjettstudien inte ger några extrema värden, även om det är tydliga skillnader gentemot beloppen, som gäller enligt praxis.

En annan viktig aspekt är likheten i svarsmönstren mellan allmänheten och brottsoffren. Som vi såg i empiriredovisningen var det flera centrala frågor som visar ett mycket likartat svarsmönster. Både allmänheten och brottsoffren fick besvara flera delfrågor utifrån vilken betydelse de tror att olika orsaker har för att ersätt-ningen ska ge upprättelse för kränkningen och förnedringen, som brottet kan ha medfört. Respondenterna fick ta ställning till följande påstående: *Att ersättningen medför en tydlig reaktion på brottet som ett erkännande av vad brottsoffret råkat ut för?* Genom ett x^2–test (Chi-Square) visade det sig att det finns ingen signifikant skillnad (p=.091) mellan hur brottsoffren och allmänheten besvarat frågan. Båda svarsgrupperna tillmäter således aspekten att ersättningen medför en tydlig reaktion på brottet är av lika stor betydelse. Som frågan är formulerad och det faktum att den ingår i ett gemensamt frågebatteri, som följer på beskrivningen att frågorna rör vilken betydelse respondenten tror att de olika orsakerna har för att ersättningen ska kunna ge brottsoffret upprättelse, rör den ersättningens reparativa funktion. Man kan dock anse att reparationen ligger mycket nära en mer generell dimension av att värna ersättningens skyddsintresse och därmed närma sig ersättningens preventiva sida. Troligen är det så att man inte strikt kan skilja på upprättelse av brottsoffret som reparation och ersättningens mer generellt symboliska och preventiva funktion. Att få upprättelse ingår i att rätten och samhället tar avstånd från den ansvarsutlösande handlingen (brottet) och därmed även erkänner den drabbade som brottsoffer.

5.6.3 Något om preventionsaspekten

Som tidigare framförts, leder betoningen på kränkning lätt associationen till en förtjänstetisk hållning, där det klandervärda i gärningen bildar utgångspunkten för ersättningen. Prevention får i sammanhanget förstås som allmänprevention genom

ambitionen att spegla rättskänslans avståndstagande från integritetskränkande brott. Att se kränkningsersättningen från en individualpreventiv synvinkel förefaller långsökt utan den handlingsdirigerande ambitionen är alltså snarare inriktad på folk i allmänhet.[1037] För att närmare undersöka om den tydlighet, som finns i frågan ovan, även återfinns avseende den här mer samhälleliga aspekten, som alltså går utöver det enskilda brottsoffrets situation och behov, gjordes ett liknande x^2-test. Frågan i enkäten lyder: *Anser Du att ersättningen skall sända en signal om hur allvarligt samhället ser på integritetskränkande brott (som vålds- och sexualbrott)?* Resultatet visade att svaren även på denna fråga inte uppvisar någon signifikant skillnad (p=.606) mellan de båda svarsgrupperna. Respondenterna anser att en sådan signalfunktion från samhällets sida avseende den allvarliga synen på brotten – förmedlad genom rätten – i hög grad ska sändas. Svaren visar ett starkt stöd för en preventiv funktion hos brottsoffrens kränkningsersättning men särskilt intressant är resultatet, eftersom det visar att erfarenheten av att vara brottsoffer och därtill erhållit kränkningsersättning från Brottsoffermyndigheten inte påverkar svarsmönstret. Prevention, såväl individuell som allmän, har länge varit ett omdiskuterat begrepp inom såväl straffrätt som skadeståndsrätt. Preventionens betydelse var också en av de aspekter som Hellner ansåg motiverade en rättssociologisk undersökning av skadeståndsrättens funktioner.[1038]

Min empiri kan inte säga något om kränkningsersättningen, som brottsoffren erhåller från Brottsoffermyndigheten, verkar prevenerande mot de aktuella skadorna och de ansvarsutlösande gärningarna (brotten) i samhället. Eftersom det här är frågan om en offentligt finansierad brottsskadeersättning, om än med återkravsverksamhet, blir frågeställningen något långsökt.[1039] Däremot visar det empiriska resultatet att en av preventionens grundstenar, ”att i det allmänna rättsmedvetandet inprägla, att handlingar som medför skadeståndsskyldighet är förkastliga och därför bör undvikas” som Hellner uttrycker saken, har ett brett stöd.[1040] Det ligger nära till hands att de skillnader, som finns mellan ersättningsnivåerna i praxis och svaren på vinjettstudien, beror på antingen att respondenterna tror att kränkningsersättningen har en preventiv ambition eller att den borde ha det. Beroende på att brottsoffrens kränkningsersättning har en nära koppling till straffrätten, både historiskt, terminologiskt och rättsligt, är det inte ett förvånande resultat. Därtill är det, som redovisats ovan, troligtvis så att kränkningsersättningens reparativa funktion att fungera som upprättelse och gottgörelse också är nära kopplad till att kommunicera ett avståndstagande gentemot brottet. Att förmedla ett sådant avståndstagande ligger mycket nära att vilja undvika skadorna och de ansvarsutlösande gärningarna i framtiden. Ur en praktisk synvinkel, ligger preventionstanken nära skadeståndets funktion att tillfredsställa

1037 Den individualpreventiva tanken har överlag haft svårt att få genomslag, Wennberg, 2009, s. 14. Allmänprevention som normbildningsprocess är däremot rättssociologiskt intressant, Svensson, 2008, s. 191 f.

1038 SOU 1969: 58 s. 29.

1039 Brottsoffermyndigheten betalar årligen ut cirka 110 miljoner kronor i brottsskadeersättning och myndighetens regressenhet driver in 30 miljoner kronor per år.

1040 SOU 1969: 58, s. 29.

rättskänslan.[1041] Man talar därför ibland om ”moralisk prevention”, som ofta sätts i motsats till ett storskaligt ansvarsfördelningssystem, som bygger på pulvrisering och distribution av allmänna medel liknande brottsskadeersättningen.[1042]

Man kan därför tala om ett tydligt, och för de båda svarsgrupperna gemensamt, socialt tryck förmedlat genom de båda enkätundersökningarnas resultat avseende såväl ersättningsnivåerna för vålds- och sexualbrott som kränkningsersättningens symboliska och preventiva funktion. Att resultatet är gemensamt och statistiskt säkerställt genom hypotesprövningen ovan tyder på att det hos respondenterna finns förhållandevis klara uppfattningar om brottsoffrens kränkningsersättning, åtminstone i vissa centrala avseenden. Att erfarenheten av att vara brottsoffer och ha erhållit kränkningsersättning från Brottsofferfonden inte påverkat svarsmönstren i den ovan redovisade delarna kan tolkas på flera sätt. En möjlighet är att erfarenheten av att vara såväl brottsoffer som att erhålla kränkningsersättning kan spela en viktig roll på det individuella planet men i en större grupp ger dessa personers svarsmönster uppenbarligen mindre genomslag.

En annan möjlig tolkning är att kränkningsersättningen fungerat så framgångsrikt att brottsoffren är helt återställda och därför uppvisat ett liknande svarsmönster som allmänheten. En mer sociologisk förklaring till resultatet skulle kunna relateras till Leon Festingers dissonansteori.[1043] Enligt denna vill människan bevara harmonin mellan sina egna kognitioner, attityder och verklighetsbilder i relation till den övriga gruppens. I relationen till den sociala gruppen är både kognitiv dissonans och konsonans möjlig men sociala kommunikations- och påverkansprocesser är primärt inriktade på att reducera dissonans och skapa/bevara konsonans. Teorin skulle både kunna förklara varför människor i regel reagerar kraftigt fördömande på brottsligt och vårdslöst agerande och samtidigt gärna applicerar ett legalt proportionalitetstänkande vid besvarandet av vinjettfrågorna. Resultatet av de båda empiriska undersökningarna blev som bekant att respondenterna betonar starkt att ersättningen ska medföra en tydlig reaktion på brottet och ersättningsnivåerna i vinjettsvaren överensstämmer i stort med rådande praxis.

5.6.4 Resultaten i relation till andra undersökningar

Det övergripande resultatet av den empiriska undersökningen ligger i linje med den granskning, som Riksrevisionen genomfört avseende ekonomisk kompensation på grund av brott utifrån hela rättskedjan. Granskningen omfattade Åklagarmyndigheten, Sveriges Domstolar, Kronofogdemyndigheten och Brottsoffermyndigheten och resultatet redovisades 2011.[1044] Resultatet visade på betydande brister och en slutsats var att bristerna riskerar att ”…leda till att skadeståndet inte får den kompenserande

1041 Ibid, s. 30.
1042 Dufwa, 1993, s. 1697 ff.
1043 Festinger, mfl., 1956. Brante, 2004, s. 109.
1044 RiR 2011:18.

effekt som avsetts", därför att processen i sin helhet inte är ändamålsenlig ur ett brottsofferperspektiv.[1045] Gemensamt för den kritik, som framkom från brottsofferhåll, var att processen för att erhålla brottsskadeersättningen var mycket komplicerad. Även om granskningen delvis tog sikte på samverkansfrågor och regeringens styrning, utgick man också från brottsoffrens känslomässiga behov av upprättelse och därför djupintervjuade man åtta brottsoffer. Resultatet visade att rättsprocessen upplevs som krånglig och utdragen samt att den förutsätter att brottsoffret själv är förhållandevis aktiv. Informationen upplevs också som svårbegriplig och man riktar även kritik mot bristande samverkan mellan de olika rättsliga myndigheterna. Eftersom kvalitén varierar över landet, finns det också en risk för att kravet på likabehandling blir lidande. Granskningens resultat kan relateras till mina egna slutsatser avseende respondenternas egna kommentarer, som de lämnade på enkäten. Det övergripande intrycket var att brottsoffren saknade en känsla av sammanhang, hade svårt att förstå och ifrågasatte de regler och principer, som man relaterade till rättsprocessen och ersättningen överlag.

Problemet med att skadelidande upplever bristande kompensation vid ideella skador är också känd sedan tidigare. von Eyben fann i sin rättssociologiska undersökning att av de skadelidande, som angett att de var otillfredsställda, rörde det i majoriteten (71 procent) av fallen den ideella ersättningsposten.[1046] Andra rättssociologiska undersökningar om ersättningssystemet har visat att schablonmässig bedömning av skador ofta medför att skadelidande upplever missnöje.[1047] Informationen och kommunikationen med de skadelidande är generellt viktig, något som särskilt aktualiseras vid ideella skador, då dessa är av komplex natur. Att brottsoffren känner sig missnöjda är således inte förvånande och är ett problem som beskrivits tidigare i doktrinen. Roos skriver att "(a)nledningen till det större missnöjet här är förmodligen tveksamhet inför beräkningssättet. Folk känner sig kränkta av att en skada inte 'värderats' tillräckligt."[1048] Roos berör risken att den skadelidande upplever dubbel viktimisering på grund av osäkerheten kring hur den ideella skadan värderas och ersätts, vilket också är en problematik, som är identifierad sedan tidigare.[1049]

Det kan vara lägligt att här återknyta till de tidigare nämnda och beskrivna undersökningarna. Utifrån min undersökning kan ett visst stöd för tydligare och kanske till och med "hårdare" tag gentemot de brott, som utgjort grunden för brottsoffrens kränkningsersättning, läsas ut. Detta resultat kan sägas spegla det faktum att undersökningen till största del undersöker det mer generella rättsmedvetandet. Om respondenterna fått ta del av ett bredare material kring gärningspersoner och brottsoff-

1045 Ibid, s. 10.

1046 von Eyben, 1988, s. 453. von Eyben skriver också om ersättningssystemets "legitimationskrise" och kritiken ur ett "socialpolitiske" och skadelidandeperspektiv. von Eyben, 1983, s. 24 ff. Överlag resulterade von Eybens rättssociologiska undersökning i vad Erland Strömbäck beskriver som "många överraskande erfarenheter om avståndet mellan regler och verklighet." Strömbäck, 1999, s. 1172.

1047 Stefansdottir, 1986, s. 225 f.

1048 Roos, 1990, s. 154.

1049 Wright, 1998, s. 83 ff.

er liksom olika former av stöd eller program som till exempel medling, är det inte säkert att stödet för kränkningsersättningen blivit lika starkt. De brottstyper, som återkommer i enkätundersökningen, är också av en sådan typ, integritetskränkande vålds- och sexualbrott, som brukar ge tydligast utslag vid liknande undersökningar om hur allmänheten bedömer rättsväsendets reaktionssystem. Resultatet ligger därmed även i linje med tanken på att postmateriella värderingar medför ett tydligare avståndstagande för dessa gärningar. Särskilt tanken på så kallade ”tilläggssanktioner” ligger väl i linje med sådana värderingar, eftersom dessa tillägg inte är lika repressiva som traditionella sanktioner som fängelsestraffet. Samtidigt ser det ut som om respondenterna ser ett rättvisevärde i att gärningsmannen i så stor utsträckning som möjligt står för ersättningen. På samma sätt har jämkningsfrågan en rättvisedimension, eftersom svarsmönstren visar åtminstone delvis ett stöd för tanken på att endast ”ideala” brottsoffer ska erhålla statligt finansierad brottskadeersättning.

Slutligen är det möjligt att relatera min undersökning till den Brå-undersökning från 2007, som behandlade förtroendet för rättsväsendet, där man betonade betydelsen av ett kunskapsbaserat förtroende. Eftersom man kan anta att kunskapen hos respondenterna om komplexa fenomen som brottslighet och det rådande regelverket och hur det fungerar är begränsad, finns det risk för att deras bedömningar också ska tolkas med viss försiktighet. Samtidigt visar det sig att på flera centrala punkter uppvisar min undersökning likartade resultat i relation till andra undersökningar och vad som diskuterats inom ersättningsrättslig, viktimologisk och rättssociologisk litteratur. En sådan övergripande paradox, som kan nämnas är att trots de senaste decenniernas kriminalpolitiska fokus på brottsoffrens rättigheter och behov, visar undersökningar att det finns både misstro och besvikelse över hur regelverket ser ut och hur det tillämpas.[1050] Att den brottsutsatta får relevant kompensation brukar ses som en viktig del i att få upprättelse. En grundläggande fråga är fortfarande, huruvida hela processen kring att värdera skadan och sedan få ut det utdömda beloppet är ändamålsenlig ur ett brottsofferperspektiv.[1051] Att det finns brister här har uppmärksammats tidigare men min undersökning visar att respondenterna inte enbart ser ersättningsfrågan ur en teknisk reparationsaspekt utan väger in hela bilden, där straffrättsliga och skadeståndsrättsliga aspekter samverkar.

1050 Brå 2007:9, s. 28.
1051 RiR 2011:18, s. 9 f.

KAPITEL 6

”Ljuset går småningom upp över det hela”

6.1 Inledning på slutanalysen

Rubriken till detta avslutande analyskapitel är lånad ur ett Wittgensteincitat och förhoppningen är att de olika teman, perspektiv och teorier som tidigare i avhandlingen presenterats nu kommer att falla på plats, knytas samman och ges en fördjupad förståelse.[1052] Under avhandlingsarbetet har det övergripande problemområdet varit att undersöka huruvida kränkningsersättningen motsvarar de sociala och etiska värderingar och normer, som finns i samhället och bland de skadelidande – brottsoffren. Min utgångspunkt har varit att denna förmåga hos ersättningen, vilket i praktiken lätt reduceras till en fråga om ersättningsnivåer, står i förhållande till hur väl ersättningen lyckas att realisera sin rättsligt definierade funktion – att ge kompensation för negativa upplevelser och känslor, som det brottsliga angreppet kan ha gett upphov till. Ersättningen ska huvudsakligen vara grundad på en objektiv värdering, som kan bestämmas enligt rättskällorna huvudsakligen på objektiva grunder (vilken kränkning som typiskt sätt inträffat), medan vanlig personskada bestäms efter subjektiva förhållanden, av vilken skada som inträffat i det enskilda fallet. Därutöver avser kränkningsersättningen att främst ersätta brottsoffrets upplevelse vid, och karaktären av, det brottsliga angreppet som sådant, medan personskada rör följdverkningarna av det brottsliga angreppet – skadehändelsen. Detta ger att kränkningsersättningens förmåga att motsvara skadelidandes förväntningar och upplevelser av vad ett brottsligt angrepp medför ifråga om olika reaktioner vid brottsögonblicket, som alltså sammantaget bildar skadan, fungerar som en oberoende variabel för ersätt-

1052 Citatet lyder i sin helhet: “§ 141. När vi börjar tro något, så är det inte en enskild sats, utan ett helt system av satser. (Ljuset går småningom upp över det hela.)” Wittgenstein, 1981, s. 28.

ningens förmåga att bryta och kompensera de negativa upplevelserna och känslorna. Eftersom brottsoffer inte är en på förhand definierad grupp i samhället, utan ”rekryteras” ur en vidare grupp (dock inte representativt, som kan definieras som ”allmänheten”), som en konsekvens av brottet blir det relevant att även undersöka de generella värderingarna och normerna i samhället. Utifrån en sådan kunskap kan man få en uppfattning om hur ”skadevärdet” uppfattas utifrån olika brottstyper och det kriminalpolitiska opinionsklimatet i stort, liksom något om de förväntningar, som råder i samhället på rättsväsendets reaktioner vid händelse av att bli brottsoffer. Men vill man därutöver även få en insikt i hur väl den faktiska kränkningsersättningen verkar i praktiken, måste även brottsoffer som erhållit kränkningsersättningen användas som kunskapskälla, vilket utgör den beroende variabeln om resultatet eller effekten av kränkningsersättningen.

Ovanstående utgör det ”skelett”, som min studie är uppbyggd utifrån. Ett viktigt antagande utgörs av att reglerna måste ses i ett vidare rättsligt och socialt sammanhang. I grunden har alltså lagstiftaren själv formulerat den rättssociologiska dimensionen hos ersättningen, vilket även har konkretiserats och återformulerats inom doktrinen. Min huvudsakliga operationalisering har utgjorts av att beakta att rättsreglerna är regler *för någon* i personers föreställningsvärld, något som ligger Harts beskrivning av den så kallade inre ståndpunkten nära. Tar man den vinkeln på allvar, får det långtgående konsekvenser. Ett annat underliggande antagande är att försöka bortse från kränkningsersättningens uppenbart diffusa karaktär och istället förhålla sig till den som en fråga om sociala fakta och som en rättslig institution med funktioner, som är möjliga att undersöka och återföra till den rättsliga definitionen. Därför blir exempelvis inkommensurabilitetsproblematiken relevant, även om den inte står i centrum för mitt intresse.[1053] I linje med detta antagande ligger ett antagande om att man kan nå kunskap om de faktorer, som är relevanta för förståelsen av kränkningsersättningen som viktimologisk, rättsligt och samhälleligt fenomen. Frågan om begreppens mening följer delvis ur de färdigheter som olika aktörer uppvisar när de använder begreppen. Ett sådant perspektiv betonar betydelsen av den sociala gemenskapen och att utsagorna har kognitiv/deskriptiv mening.[1054]

1053 Den står dock i centrum för problemet men alltså inte för mitt direkta intresse, eftersom problematiken är vetenskapsteoretisk och rör frågan om fundamentalt ojämförbara teoretiska paradigm.

1054 Bjurup. 2000, s 9, jämför Wittgenstein, 1992 s. 31, Hart, 1997 s. 14

6.2 Kortfattad resultatredovisning

Inför den kommande sammanförande analysen är det bra att ha resultaten av den empiriska undersökningen i minnet. Sammanlagt bestod empirin av 1399 inkodade enkäter fördelat på två enkätundersökningar, som riktade sig till två grupper, dels representanter från befolkningen i allmänhet och dels representanter från de brottsoff-er, som erhåller kränkningsersättning från Brottsoffermyndigheten. Flera frågor var gemensamma för de båda enkäterna, medan andra riktade sig uteslutande till brottsoffren och rörde deras kränkningsersättning och därtill kopplade erfarenheter. Båda enkäterna avslutades med ett frågebatteri bestående av vinjetter, som bygger på fall hämtade från Brottsoffermyndighetens referatsamling. Respondenterna ombads att ange vilket belopp de ansåg att ersättningen bör ligga på för att fungera som upprättelse för den kränkning som beskrivs i vinjetten. Vinjettfrågorna och enkäten föregicks även av en informationstext, där brottsskadeersättningen beskrevs.

Majoriteten (61 procent) av brottsoffren angav att deras ersättning antingen var av begränsad eller ingen betydelse alls för hur de mådde vid svarstillfället. För att undersöka brottsoffrens erfarenheter i relation till kränkningsersättningens funktioner fick respondenterna besvara en rad frågor om vad ersättningen haft för effekter. Man kan rangordna de funktioner som enligt brottsoffren hade från den största betydelsen till den lägsta och då får man följande resultat: 1) Ge erkännande som brottsoffer, 2) upprättelse, 3) kompensation för kränkningen, 4) kompensation för förnedringen, 5) lindra lidandet och 6) förbättra eller återställa självkänslan.[1055] Således visade det sig att kompensation för kränkningen intog en mellanplacering, samtidigt som en filterfråga visade att hela 89 procent av brottsofferrespondenterna ansåg att det brottsliga angreppet medfört en kränkning av dem personligen. En stor del av de gemensamma frågorna rörde vilken betydelse respondenterna trodde olika orsaker har för att ersätt-ningen ska kunna ge upprättelse för brottsoffren. Resultatet visade att både brottsoff-ren och allmänheten anser att ”framgångsfaktorerna” utgörs av att ersättningen ger en tydlig reaktion på brottet och att det helst ska vara gärningsmännen och inte staten som betalar ersättningen. På flera viktiga frågor visade det sig att allmänhetens och brottsoffrens svarsmönster var så lika att det inte går att statistisk särskilja dem åt. Att vara brottsoffer och erhålla kränkningsersättning från Brottsoffermyndigheten behöver inte påverka bedömningen av den samma, vilket är något överraskande. Detta resultat återfanns både bland de vanliga enkätfrågorna (Fråga 24 och 26c i brottsofferenkäten respektive fråga 11 och 14 i allmänhetens enkät) och för några av vinjettfrågorna (misshandel, våldtäkt och dråpförsök). Resultatet av vinjettfrågorna avseende ersättningsnivån visade att respondenterna var kapabla att bedöma kränkningen i monetära termer och göra en differentierad bedömning av allvarligheten i kränkningen, som i stort speglar rådande praxis väl. Proportionerna i vinjettsvaren påminner även starkt om den straffrättsliga straffskalan.

1055 Andra undersökningar av rättsmedvetandet har visat att folk ofta ser på lagen i termer av dess funktion. Lindén & Similä, 1982, s. 82.

Ett intressant resultat rörande vinjettfrågorna är att brottsoffrens uppgivna ersättningsnivåer återkommande understiger allmänhetens. Kvinnor visade sig också ange något lägre ersättningsnivåer än vad männen gjorde. En möjlig förklaring är att respondentens val av ersättningsnivåer speglar den egna ekonomiska situationen. Sammanfattningen av respondenternas egna kommentarer över enkätens ämne visade att enkätämnet väcker förhållandevis starka reaktioner av övervägande negativ karaktär. Hos de som lämnat kommentarer är således kritiken mot rådande skadeständs- och straffrätt genomgående. Detta ska dock inte tolkas som kritik mot brottsskadeersättning eller kränkningsersättningen som fenomen i sig, utan mot bristen på tydlighet och förståelse för ersättningssystemet, påföljdsval och övriga reaktioner på brottslighet i stort. Det sociala tryck och vad som kan kallas för omgivningsförväntningar på rättstillämpningen framkommer, om man tolkar de olika resultaten tillsammans. Jag har exempelvis inte undersökt styrkan i trycket eller förväntningarna. Värdet av att kunna göra statistiska bedömningar av ett omfattande enkätmaterial är dock stort. En kvalitativ undersökning, med exempelvis intervjuer, hade antagligen inte gett det material, som är så överraskande som jag upplever det empiriska materialet vara. Nedan kommer den fortsatta analysen att ta fasta på hårddatans styrka att ge överraskade resultat, som samtidigt visar på verklighetens kvalitativa sidor avseende vårt gemensamma språk och tolkningen av regler, som kan relateras till en vidare praxis och praktik.

Mot bakgrund av att respondenterna, oavsett om de är brottsoffer eller inte, anser att kränkningsersättningen, trots de uppenbara invändningarna som finns, är viktig och önskvärd på mycket likartade grunder, samt därtill förmår att besvara vinjettfrågorna, är det intressant att notera hur konstruktivistisk och relativ kränkningsersättningen är i grunden. Jag har i tidigare arbeten beskrivit och diskuterat denna dimension.[1056] Exempelvis kan man ta fasta på den idealistiska aspekten, i motsats till realistiska eller materialistiska, hos kränkningsersättningen som kompensation för en rent ideell skada. Associationerna går lätt till den subjektiva idealismen, vars kunskapsteoretiska inriktning underordnar verkligheten det upplevande medvetandet, förnimmelser och olika idéer. En sådan uppfattning tillbakavisar tanken på reella ting, oberoende av människan, vad som finns är endast våra idéer om verkligheten och vi kan, i förlängningen, endast jämföra våra idéer med andra(s) idéer. Men även den objektiva idealismen har klara kopplingar till kränkningsersättningen, eftersom den tar fasta på sin grund i ett allmänt medvetande eller/och ett bakomliggande absolut värde eller en princip.[1057] Det praktiska problemet med all ideell skada är frågan om måttstocken för skadeståndsberäkningen. Därtill är själva uppdelningen mellan ekonomisk och ideell skada vag och saknar någon klart avgränsad innebörd enligt allmänt språkbruk.[1058]

1056 Dahlstrand, 2007, s. 107 ff.
1057 Jfr Ekstedt, 1977, s. 39.
1058 Ibid, s. 41. Jämför Wittensteins privatspråksargument.

Man kan på god grund hävda att ideell skada i allmänhet bär på ett starkt socialkonstruktivistiskt drag.[1059] Enligt förarbetena ska ersättningen av kränkningen bestämmas utifrån en bedömning av vad de sociala etiska och sociala normerna utrycker vid en viss tidpunkt. Paradoxen är att kränkningsersättningen samtidigt anses uttrycka ett värnade av samhällets grundläggande värden kring människans okränkbarhet och integritet, vilket får anses utrycka något mer beständigt. Man har också utryckt det så att kränkningsersättningen huvudsakligen ska bestämmas på objektiva grunder. Samtidigt har vi sett hur föränderligt rättsområdet är och hur mottagligt det är för förändringar i sin omvärld. Den verklighet, som kränkningsersättningen således behandlar, är socialt och språkligt konstruerad som speglar i en komplex rättslig och politisk kontext. Om den inte vore så relativ till sin ”natur”, vore inte de olika jämförelse- och avgränsningsproblem, som präglar ersättning, så återkommande.

Man kan också notera att ideell ersättning överlag och i synnerhet kränkningsersättningen uppfyller flera av de karakteristiska drag, som brukar tillskrivas postmodernismen. Vad som avses är de fragmentariska, självupplösande, distanserade, ironiska och de blandningar av olika element och oheliga allianser, som brukar förknippas med begreppet. Jag menar att dessa element även återfinns hos den ersättningstyp, som utgjort studieobjektet för denna avhandling. Det fragmentariska inslaget består exempelvis av att det inte längre finns något absolut krav på att en person ska vara ett offer för ett integritetskränkande brott för att denna ska ha en möjlighet att erhålla kränkningsersättning.[1060] Den självupplösande dimensionen kan exempelvis sägas bestå i att man har beviljat kränkningsersättning, trots att ingen skada påvisats utan blott på den grund att en viss brottslig gärning förelegat. Dess distanserade ell-er närmast ”ironiska” hållning framgår av det faktum att man sätter ett ekonomiskt värde på de olika integritetskränkande brottsupplevelserna ofta på det avstånd, som tillämpningen av schabloner möjliggör. Därtill råder det en ständig blandning av stilar och berättelser som en följd av spänningen mellan prevention och reparation eller den mellan civilrätt och offentlig rätt. Men den mest grundläggande och utmärkande av de olika postmoderna karaktärsdragen utgörs dock av att det, åtminstone konventionellt sett, är omöjligt att tala om rätt/fel, bra/dåligt eller äkta/oäkta, när det kommer till ersättning för ideella skador.

Trots denna vaga karaktär hos ersättningstypen finns det något definitivt, när den ideella skadan värderas ekonomiskt och offret erhåller sin ersättning. Det etiska problemet med att sätta ett pris på fenomen som känslor och ”människovärdet” kan relateras till begrepp som reifikation, kommodifiering eller en pågående ambition att förrättsliga och disciplinera individen. Den skulle enkelt kunna passa in på en beskrivning av hur rätten tränger in i områden, där den kanske inte hör hemma, att ”livsvärlden koloniseras av systemvärlden” med destruktiva följder.[1061] Även om

1059 Om rättslig kunskap som är socialt konstruerad och kontextuell, se Gunnarsson & Svensson, 2009, s. 123. Touri, 1997, s. 10.

1060 Numera kan mobbade elever erhålla kränkningsersättning liksom barn som bevittnat våld mellan föräldrarna i hemmet eller kränkningar av Europakonventionen.

1061 Habermas, 1996, s. 352 ff. ”Det handlar om att människor tenderar att prissätta eller reglera frågor som annars är av moralisk eller etisk natur.” Baier & Svensson, 2009, s. 173.

beskrivningen ovan av ersättning för ideell skada är relevant och intressant, har en av mina centrala frågeställningar varit att kvantitativt undersöka relevanta faktorer utifrån kränkningsersättningens rättsliga konstruktion ur ett mer praktiskt perspektiv. Utgångspunkten har således varit, hur rättsområdet har utformats och uppfattats enligt konventionella rättskällor. Därför kommer nedanstående avsnitt att redovisa hur metoden använts.

6.3 Tillbaka till rättssociologins rötter

Ändamålsorienterad tolkning blir ofta betydelsefull vid osäkerhet om det rättsliga innehållet, eftersom rättstillämparen då måste medverka till någon form av ”utfyllnad” av gällande rätt.[1062] Därför har jag tagit fasta på hur lagstiftaren och doktrinen har formulerat sig kring syftet med kränkningsersättningen för att därigenom också få en riktning i hur undersökningen designas utifrån det rättsliga materialet. Denna metod ger för handen ett funktionsperspektiv på rättsområdet, som bygger på en ”subjektiv” tolkning utifrån de grupp- och samhällsintressen, som varit styrande vid rättsreglernas tillkomst och dess utformning. Här ingår även skadeståndsrättens mer allmänna funktioner, som beskrivits tidigare. Utmärkande för en sådan teleologisk metodinriktning är även ambitionen att realisera ett förnuftigt ändamål i enlighet med lagtext och förarbeten, vilket ger rättstillämparen en viss tolkningsfrihet.[1063] Mitt perspektiv på rättsområdet utgår från tidig rättssociologi och den historiska skolans rättstänkande. Enligt det perspektivet ses rätten som något, som delvis kommer underifrån, från folket. Utmärkande för dessa tidiga rättssociologiska perspektiv på rätten är också synen att det rör sig om ett relativt ”öppet system”, där bilden av rättens grund och tolkningen av den går utanför den positiva rätten och därmed erkänner ”supplerande” rättskällor.[1064] Ehrlich´s kritik av den traditionella och normrationella subsumtionslogiska rättstillämpningen var att den var allt för konceptuell och blind för rättsregelns underliggande (skydds)intressen. Hans lösning var av språklig art och medförde att rättstillämparen vid behov utgår från lagstiftarens språkligt formulerade begrepp, som kan täcka flera enskilda regler. Det betyder att lagstiftarens vilja blir grunden för rättstillämparens kreativitet, vilket särskilt gäller vid osäkerhet om rättens innehåll.[1065]

1062 Vid svåra fall ökar också betydelsen av den juridiska argumentationen med tillhörande avvägningar, beaktade av etiska principer och andra överväganden. Peczenik, 1995, s. 536. All lagtolkning innebär även någon form av normutfyllnad och tolkningsutrymme men det saknas klara normer för verksamheten.

1063 Strömholm, 1996, s. 454.

1064 Det antiformalistiska arv från Savigny och Ihering som alltså ser bortom regeln, har åter börjat uppmärksammats. Samuelsson, 2008, Samuelsson, 2011. Jfr Axberger, 1996, s. 36. En sådan öppnare rättskälleuppfattning ligger även nära dagens genusrättsvetenskapliga.

1065 Vogl, 2009, s. 110.

Givet en sådan syn på rätten, som också innefattar en viss lagtolkningsmetod, ges det ett utrymme för en sådan empirisk undersökning, som jag genomfört. Detta gäller särskilt, när rätten är vag och domarens fria skön aktualiseras som vid ”säregna fall” och generalklausuler inom civilrätten. Enligt min mening är ideella skadestånd ett sådant rättsområde, där dess ändamål blir relevant för en utfyllnad vid lagtolkningen. Eftersom det karaktäristiska ändamålet för skadeståndsrätten generellt är kompensation och för kränkningsersättningen upprättelse, uppstår kunskapsbehovet vid rättstillämpningen om hur detta kan realiseras. Det sker dock kontinuerliga ändamålsförskjutningar och det är möjligt att straffrättens typiska ändamål, som är prevention, påverkar synen på kränkningsersättningen till att bli mer moralbildande.[1066] Ett missförstånd är att Ekelöfs teleologiska lära skulle medföra eller ha medfört att förarbetena ges en central roll. Istället ser Ekelöf till lagtexten, dess verkliga verkningar och domarens omdöme. Enligt Peczenik är det till och med så att lagens ändamål ska fastställas genom studiet av dess verkningar, vilket visar på en koppling till uppsalaskolans rättsrealism.[1067] Den teleologiska lagförståelsen medför ett intresse för, och ett behov av, rättssociologisk kunskap om dess verkningar i relation till ändamålen, som delvis ges av dess tillämpning enligt Ekelöf.[1068] Eftersom den teleologiska laguppfattningen efterhand utvecklades, blev den allt mer rättssociologiskt inspirerad, vilket bland annat gäller uppfattningen hos de amerikanska realisterna, där rättstillämpning ses som social ingenjörskonst – Roscoe Pound brukar förknippas med den inriktningen.[1069] Den fick en av den utilitaristiska uppfattningen präglad syn på konsekvensbedömningen, snarare återknyts här den tidiga och klassiska ståndpunkten, som betonar att hänsyn ska tas till rättsligt skyddade intressen liksom rättvisans krav. Det valet beror på kränkningsersättningens grund i straffrättsliga integritetskränkningar.

I centrum för arvet från Savigny och Ihering står ambitionen att förena rättslig teori med praktisk erfarenhet.[1070] Den klassiska ståndpunkten bygger på att vid oklarheter och motstridigheter hos lagtextens innebörd, bör hypotetiska empiriska eller analytiska konsekvenser undersökas.[1071] Iherings relevans beror på dennes kritik och undanröjande av den samtida tysk-romerska begreppsjurisprudensen, på den skarpa kritiken grundlades senare läror som intressejurisprudensen, den teleologiska lagtolkningen, frirättsskolan och således även den moderna rättssociologin.[1072] Då Ihering tog fasta på rättens värdemässiga rötter och ställde denna mot den teknifierade och byråkratiserade positiva rätten, är det inte förvånande att han antog ett försvar av ideell ersättning som en ”moralisk upprättelse för en godtycklig rättskränkning.”[1073] Enligt dåtidens bevisbörda, som ålade käranden att ”på öret” bevisa sin ekonomis-

1066 Peczenik, 1995, s. 372.
1067 Ibid, s. 373.
1068 Ibid, s. 374.
1069 Ibid, s. 367.
1070 Modéer, 2009, s. 102.
1071 Peczenik, 1995, s. 367.
1072 Ibid, s. 366 ff. Modéer, 2009, s. 102 f.
1073 Ihering, 1941, s. 76.

ka skada, medförde i praktiken att möjligheten till gottgörelse ströps, när dennes rättskänsla sårats.

Ihering kritiserade den okänslighet för det ideella intresset hos den drabbade parten, som fanns hos den samtida jurisprudensen och det var inte det krassa penningintresset, som motiverade kritiken, utan just en omsorg om rätten och rättvisan som ett abstrakt värde.[1074] Den omsorgen kom då att även omfamna upprättelse och gottgörelse för den kränkte och i den meningen en tidig viktimologisk tanke på värdet av hjälp till rättsskydd.[1075] Det viktiga här är också insikten att det är ett intresseperspektiv, som ligger till grund för omsorgen, som väver in rättens praktik och mindre av respekten för systematiken på rättens ytnivå. När Ihering sålunda odogmatiskt, men grundat i rättens romerska rötter, glider mellan civilrätt och straffrätt samt talar om ”orättens” pengavärde, svarar han polemiskt: ”(j)ust däri består ju skillnaden mellan privaträtt och straffrätt! För våra dagars rätt? Ja, och jag tillägger: tyvärr. Men för rätten i och för sig? Nej!”[1076] Rättshistoriskt lär det heller inte vara möjligt att skilja det kvantitativa monetära systemet från de mer kvalitativa bedömningarna av rättvisa och straff. Kroppsdelar användes länge som generell måttenhet, när straff skulle utmätas, liksom betalmedel användes oavsett om det rörde sig om rättvisa eller bröd.[1077] Iherings uttalande betonar de praktiska konsekvenserna på den analytiska och den systematiska tolkningens bekostnad, eftersom han utgår från en övergripande ideologi eller filosofi om rätten som helhet.[1078] Jag uppfattar ett sådant perspektiv ligga i linje med Lernestedts argumentering för en positionskonsistent hållning, som utöver förövarsida-offersida, också förmår se samhällsgemenskapen och till en mer grundläggande och övergripande hållning avseende den straff- och skadeståndsrättsliga hanteringen av brottsofferfrågorna.[1079]

Ihering har även ett släktskap med analytisk rättsvetenskap, vilket visar sig i dennes likhet med vardagsspråksfilosofer som Austin och Wittgenstein att närma sig förståelse genom att se till den praktiska användningen bortom begreppskonstruktioner och formalism.[1080] Eller som Hart beskriver det: ”the need to get nearer to the point of the actual use and application of our concepts (…) when they are ’at work’, not when

1074 För Ihering var detta verklig “utsäde av orätt.” Ibid, s. 74. Det är intressant att ta del av Iherings språk, när han skriver om hästhandlaren Michael Kohlhaas rättsdrama från Heinrich von Kleists novell med samma namn, som bland annat har inspirerat Kafka: ”(g)enom sin djupa aktning för rätten, sin tro på dess helgd och kraften i sin äkta och ofördärvade rättskänsla. Och blott därpå vilar den djupt skakande tragiken i hans öde, att just det överlägsna och ädla i hans natur, hans ideella rättskänsla, hans heroiska, allt förgätande, allt offrande hängivenhet för rättens idé leder honom i fördärvet, när han konfronteras med en ömklig tidsanda, de stores och mäktiges övermod samt domarens feghet och pliktförgätenhet.” Ibid, s. 57 f.

1075 Ibid, s. 75.

1076 Ibid, s. 77. Jfr Tamm, 1996, s. 202.

1077 Miller, 2007.

1078 Peczenik, 1995, s. 367.

1079 Lernestedt, 2011, s. 436 f.

1080 Vad detta betyder är att intresset riktas från reglerna till det ”livssammanhang” som reglerna rör och hur vi följer reglerna genom tolkning. Därför riktas ljuset mot tillämpningen eller praktiken. ”Legaliteten *verkar* inte genom lagen, utan endast partikulärt, i tillämpningen. Legalitetens fenomen kan inte uttömmande beskrivas i regler”, Samuelsson, 2011, s. 131.

they are 'idling' or 'on holiday'."[1081] Här finns även en viktimologisk aspekt i behovet av att förenkla och förtydliga ersättingssystemet, men också att närma sig intuitiva uppfattningar om kränkningsersättningens möjligheter eller begränsningar.[1082] Som en kortfattad repetition från teorikapitlet, en av de intressantaste kopplingarna hos Hart är den till Wittgenstein och Austin rörande relationen mellan regler och språk. Hart visar alltså på vikten av att förstå "normer om normer", vilket betonar vikten av att se de primära reglerna i ett sammanhang, i sin kontext, vilket inte minst Teubner visat och Cotterrell beskrev detta drag som "Hart's hermeneutics."[1083]

Vad som problematiserar relationen är möjligen länken mellan teleologisk metod och utilitaristisk teori. Utifrån en sammanvägd förståelse för kränkningsersättningen talar mycket för att den bär på ett mer deontologiskt drag, som betonar det rättas prioritet över det goda i en kantiansk anda.[1084] Samtidigt medför den teleologiska hållningen att en betydande vikt läggs på empirisk rättssociologisk kunskap liknande den, som dokumenterats och presenterats i min studie. Särskilt intressant är Ekelöfs betoning av praxis och den rättsliga praktiken som källa till kunskap om dess verkningar. På ett djupare plan finns det ytterligare ett skäl för att ett behovs- och konsekvensperspektiv passar mindre väl med den mer av nyklassicistiska tankegångar präglade kränkningsersättningen till brottsoffren. Dessa tankegångar kan sägas utgå från en ambition att grunda straffrätten i ett "normerat beslutsfattande" i polemik mot ett ändamålsstyrt dito.[1085] Eller är det så att kränkningsersättningen som kriminalpolitisk konstruktion i ljuset av en sådan beskrivning står på två ben, ett socialt och ändamålsstyrt och ett rättsligt normrationellt?

Utifrån avhandlingens övergripande problemformuleringar och syfte räcker det inte att konstatera att den teleologiska hållningen kan lägga betydande vikt vid empiriska undersökningar givet rättsreglerna vid rättstillämpningen, utan ambitionen är att presentera en mer sammanvägd beskrivning av rättslig kunskap i relation till gällande rätt – å ena sidan mer generellt men också med en högre grad av konkretisering avseende rättvise- och upprättelseuppfattningar relaterade till ersättning för kränkning. Här erbjuder Harts mångfasetterade rättspositivistiska teori en väg framåt genom att ta fasta på hans sociologiska sida.[1086] Det finns också viktiga beröringspunkter mellan Ekelöf och Hart, som möjliggör en sådan sammanlänkad analys.

Min studie kan sägas vara uppbyggd genom att den rör sig mellan en subjektiv och en objektiv sida av synen på rättsområdet. Först tog jag fasta på kränkningsersättningens subjektiva syfte enligt rättskällorna. Sedan genomfördes den empiriska studien, vilken få ses som en studie i att fastställa den objektiva sidan såsom Ekelöf formulerat sin teori och det är här som det finns beröringspunkter mellan Hart och Ekelöf. En av de kontroversiella delarna hos Ekelöfs teleologiska metod ligger just i att den

1081 Hart, 1983, s. 277. Stavropoulos tar också fasta på vad Hart här uttrycker, Stravropoulos, 2001, s. 60.
1082 Schultz, 2007. S. 249 f.
1083 Cotterrell, 1989, s. 101.
1084 Se även Rawls, 1999, s. 50.
1085 Victor, 1981, s. 167.
1086 Ibid, s. 27. Peczenik, 1995, s. 127.

inte ser ändamålet som en konsekvens av lagstiftarens formuleringar i lagförarbeten. Istället vill Ekelöf titta på de fall, varpå rättsområdet äger tillämpning och då främst de ”typiska” fallen. Tillämpat på mitt fall, brottsoffrens ersättning för kränkning, betyder det att de generella skadeståndsrättsliga principerna om full ersättning för liden skada eller reparation och kompensationsaspekten, liksom differens- och värdebegreppet, även tillämpas på den säregna kränkningsersättningen. Detta är naturligtvis i sak inget kontroversiellt, men tillsammans med den teleologiska metodens underliggande ambition att förstärka lagstiftningens effekt som beteendepåverkan ger det en viktimologisk och rättssociologisk utväxling.[1087] Kopplingen mellan Ekelöf och Hart följer också av deras gemensamma semantiska intresse men särskilt av deras fokus på rättens faktiska funktion som en del av fastställandet av gällande rätt.[1088]

Avhandlingen har utgått från att om regler och normer är imperativ som har till syfte att ”tjäna ett syfte” är det problematiskt om lagstiftaren har rätt i att det saknas normer för att värdera den ideella skadan. Rätten kan här beskrivas bestå av en öppen vävnad med vaga bestämmelser som leder till skönsmässiga beslut och säregna fall. Eftersom rättsområdet, brottsoffrens kränkningsersättning, innehåller en rad konkurrerande intressen och funktioner samtidigt som olika argumentationsarters självständighet också endast är relativa och relationella så uppkommer behovet av en ”eklektisk” sammanvägning vid rättstillämpningen.[1089] Samtidigt är kränkningsersättnings ”skyddsändamål” knutet till integritetsskyddet och den grundläggande respekten för liv och aktning vilket gör att hur rättstillämparen gör detta inte enbart är en fråga för den rättsliga professionen. Detta har också uttrycks i förarbetena som att rättstillämpningen ska spegla rådande etiska och sociala värderingar liksom att jämkningen av ersättningen ingår i ett kriminalpolitiskt sammanhang. Därför sammanstrålas flera viktimologiska, rättssociologiska och rättsteoretiska aspekter så som rättsmedvetandet, brottsoffrens tolkningsföreträde liksom lagtolkning och regelföljande. Tolkningen knyts till tillämpningen av regeln, som ger brottsoffren rätt till kränkningsersättning, men tillämpningen går utöver regeln samtidigt som den inte är en helt fri skönsmässig aktivitet.[1090]

1087 Strömholm, 1996, s. 484.

1088 Därför uppkommer frågan om den rättssociologiska kunskapen om rättens reella verkan i samhället. Det finns dock en möjlighet att Ekelöf avser antagna eller hypotetiska verkningar. Ibid, s. 485.

1089 Peczenik, 1995, s. 129, 376.

1090 Jfr Samuelsson, 2011, s. 96 ff, 150.

6.4 En besvärlig ersättningstyp

De kommentarer, som brottsoffren lämnade i enkäten, visade att det fanns ett stort behov av att förstå vad som motiverade kränkningsersättningen. Båda enkätundersökningarna visade också att respondenterna var kritiska till rättsväsendets möjlighet att tillvarata brottsoffrens behov och intressen.[1091] Denna kritik drabbar rättens legitimitet, eftersom klargörande motiveringar och resonemang ökar förtroendet för det rättsliga beslutet. Ofta följer brottsoffrens kränkningsersättning en fastställd praxis på grund av Brottsoffermyndighetens referatsamlings genomslag. Den rättsliga grunden för en sådan mekanisk rättstillämpning kan antas finnas i RB 35:5, som ger rätten möjlighet att uppskatta skadan till skäligt belopp, om uppskattningen av en inträffad skada inte alls eller endast med svårighet kan göras. Schultz har gett en förklaring till bristen på rationella motiveringar: ”Det finns en förklaring som gör att domstolarnas agerande framstår i ett bättre ljus. Bristen på koherenta motiveringar kan förklaras i termer av inkommensurabilitet. Eftersom ideella skador inte låter sig översättas till pengar, så finns det heller inte några möjligheter att föra rationella resonemang om skadornas relativa värde i monetära termer.”[1092] Om inkommensurabiliteten är så fundamental att rätten inte kan förklara kränkningsersättningen med övertygande argument, är det problematiskt att man samtidigt beskriver kränkningsersättningen som ”full gottgörelse” och att värderingen av skadan ska göras objektivt.[1093] Situationen liknar ett klassiskt ”gap problem” mellan rättens intentioner och dess verkliga utfall.[1094] Problemet blir dock allvarligare av att varken allmänheten eller brottsoffren verkar avvisa tanken på att kränkningsersättningen är viktig och därmed fyller en funktion i rätten och samhället. Det hade varit fullt möjligt att respondenterna hade tagit fasta på det uppenbart problematiska i kränkningsersättningens ”uppdrag” och att de därmed hade tagit avstånd från ambitionen med ersättningen. Problemet söker sig därmed ner till Ehrlich och dennes separation mellan officiell rätt och den levande rätten, som därmed är både gällande och effektiv.[1095]

Ett annat sätt att analysera problematiken är att ta fasta på att kränkningsersättningen trots allt kvarstår. Det kan betyda att kränkningsersättningen helt enkelt har effekter och funktioner, som bidrar till att den fortsätter att existera. Den manifesta, åsyftade, funktionen är den som framgår av de olika rättskällorna. I likhet med straffen kan kränkningsersättningen till brottsoffren tänkas ha legitimerande funktioner för staten genom att fungera avledande och visa på handlingskraft.[1096] Att kränkningsersättningen också har vissa manifesta dysfunktioner är sedan tidi-

1091 Liknande resultat har återkommande presenterats i Brå-rapporter; Brå 2007:9, Brå 2012:2.
1092 Schultz, 2008, s. 83 f.
1093 Prop. 2000/01:68 s. 51 & 74.
1094 Nelken, 2009, s. 7 ff.
1095 Denna beskrivning kritiserades av Kelsen, som gör en tydligare separation mellan vad som är gällande och effektiviteten. van Klink, 2009, s. 149.
1096 Inom nordisk rättssociologi och kriminologi har straffens latenta sociala funktioner studeras av bland andra Mathiesen, Aubert och Christie. Mathiesen, 2005, s. 72 f.

gare känt och man kan anta att kunskapen om dessa medverkat till att den rättsliga professionen intagit en kritisk hållning gentemot dessa ersättningar. Exempelvis skriver man i propositionen: ”Det ligger visserligen i sakens natur att själva kränkningen inte kan suddas ut genom ersättningen i pengar. Ersättningen kan dock lindra verkningarna av kränkningen.”[1097] Man är alltså indirekt medveten om att risken för att brottsoffren upplever sig underkompenserade är betydande då man skriver att ersättningen ”kan dock lindra verkningarna”. Dufwa har skrivit om problematiken kring ersättningstypen: ”En betydande oklarhet har här längre rått om åt vilket håll tendensen går, om det nu över huvud finns någon. Delvis är detta förståeligt. Svårigheterna att arbeta med ersättning för ideell skada är betydande.”[1098] Om själva skadeberäkningen låter det heller inte muntert: ”Det kan vara så svårt att fastställa storleken av ideell ersättning att domaren till sist tvekar eller ger upp; endast en mindre, ’säker’ del av den antagna skadan ersätts.”[1099] Citatet illustrerar risken för dysfunktioner väl och den situation, som mitt empiriska resultat visat på.

Inom doktrinen har man kritiserat lagstiftarens terminologi för att inte vara koherent och man anser att orsaksrelationen mellan gärningen-skadan-kränkningen är oklar, vilket påverkar rättstillämpningen på ett olyckligt sätt.[1100] Problematiken beror delvis på att det både är den skadeutlösande gärningen, *att kränka*, och skadan, *att bli kränkt*, som kan grunda rätten till kränkningsersättning.[1101] Som en följd av att skyddsintresset har lyfts fram i praxis, har det räckt att gärningen medfört ett angrepp på ett skyddat intresse för att kränkningen identifierats och berättigar till ersättning.[1102] Den intressanta, men svårare, frågan är vilka latenta dysfunktioner, som kan kopplas till kränkningsersättningen. Svaret beror på hur man tolkar utfallet av mina båda undersökningar. Som framgått finns det kraftig kritik och besvikelse hos respondenterna över hur ersättningssystemet fungerar.[1103] Man efterfrågar ökad tydlighet i avståndstagandet gentemot den ansvarsutlösande handlingen och effektivitet gentemot brottsoffrens intressen och behov. Svaren kan läsas mot bakgrund av att kränkning kommit att spela en viktig roll i det svenska kriminalpolitiska klimatet. Brottsofferersättning fyller en positiv funktion i en tid när ”(d)en sociala ingenjörskonsten har ersatts av en moralisk ingenjörskonst.”[1104] Inom kriminologin har detta ”skifte” ansetts innebära att kriminalpolitiken inte längre syftar till att ”reformera samhället” utan är ett politiskt utrymme som underställs det allmänna rättsmedvetandets förväntningar.[1105] Det betyder också att dess symboliska roll ökar, vilket

1097 Prop. 2000/01:68, s. 48.
1098 Dufwa, 1993, s. 1662.
1099 Ibid, s. 1683.
1100 Schultz, 2008, s. 33.
1101 Friberg, 2010, s. 358 f.
1102 Ibid. NJA 2007 s. 540.
1103 Liknande undersökningar visar ofta på att det allmänna rättsmedvetandet är kritiskt till det rådande rättssystemets reaktioner på brott men också att “tilläggspåföljder” som ekonomisk kompensation har ett start stöd, då detta ses som återanpassande och konstruktivt. Jerre & Tham, 2010, s. 70.
1104 Rytterbro mfl, 2009, s. 112.
1105 Andersson, 2002, s. 130, 162.

gör att en begränsad och mekanisk tillämpning kan medföra latenta dysfunktioner. Stelheten, som schablonbeloppen i referatsamlingen medför, kan illustreras med att ”normalbeloppen” för kränkning vid mordförsök och våldtäkt varit de samma i 17 respektive 13 år. Beaktar man konsumentprisindex (KPI) har det ekonomiska värdet urholkats med närmare 20 procent.

Kränkningsersättningen i allmänhet och särskilt brottskadeersättning utgår från kriminalpolitiska överväganden och det verkar också vara utifrån kriminalpolitiska parametrar, som den bedöms av respondenterna. Bakomliggande tankar som presenterats är uppfattningen att staten har till uppgift att skydda sina medborgare från brott och dess konsekvenser, att ersättningen är en rättvisefråga och rättighet, att den drabbade är ett offer som själv saknar skuld eller olika behovs- och solidaritetsargument.[1106] Gränsen mellan de manifesta och latenta funktionerna är inte helt skarp, eftersom exempelvis den solidaritetsskapande funktionen är känd och åsyftad.[1107] En intressant aspekt är dock i vilken grad som latenta dysfunktioner kan antas kopplas till inkommensurabilitetsproblematiken. Endast en minoritet av brottsoffren angav i enkätundersökning att ersättningen motsvarat deras uppfattning av hur allvarligt det brottsliga angreppet var (16 procent), 7 procent angav svarsalternativet ”vet ej” och hälften angav ”inte alls” (se tabell 12). Resultatet är intressant, eftersom det visar att respondenterna i regel anser sig kunna relatera den faktiska ersättningen med deras värdering av det brottsliga angreppet. Endast i undantagsfall upplevs att kränkningsersättningen speglar brottsoffrens värdering av den ersättningsgrundande kränkningen.

Det finns således en konflikt mellan ramnormsystemet utryckt i de faktiska ersättningsnivåerna och de partikulära normerna hos brottsoffren. Liknande diskrepanser är vanliga mellan formella normer och informella/sociala normer, men vad som är speciellt med kränkningsersättningen är att den ska spegla de partikulära normerna, vilket gör skillnaden särskilt intressant. Ofta brukar rätten ses som ett styrinstrument och olika preventionsaspekter kan ses som exempel på detta. I fallet med kränkningsersättningen måste ramnormsystemet istället vara betydligt mer mottagligt för olika partikulära normer. Resultaten av enkätundersökningarna visar dock att både brottsoffer och allmänhet har i stort liknande uppfattningar rörande centrala aspekter av betydelse för kränkningsersättningen, vilket kan sägas minska komplexiteten. Denna situation kan dock tänkas vara föränderlig, vilket gör att det kan uppstå tydligare skillnader mellan olika partikulära normgrupper. Då kan även frågan om vilka mål, som är ultimära respektive primära, tänkas ställas på sin spets. Idag betonas kränkningsersättningens reparativa funktion som dess ultimära mål, med följd att det primära målet att faktiskt spegla hur allvarligt folk upplever det brottsliga angreppet vara, blir viktigt. Om man istället betonar den symboliska up-

1106 Ibid, s. 107 ff. Friberg, 2010, s. 423 f.

1107 Prop. 1977/78:126, s. 9. Ett annat exempel är den i relation till skadeståndslagen utvidgade möjligheten till jämkningen av brottsskadeersättningen, som alltså har sociala funktioner att tillfredsställa rättskänslans krav. Erfarenheten visar dock att olika skillnader mellan beslutad brottsskadeersättning och skadestånd är en återkommande källa till kriminalpolitisk och medial kritik. Friberg, 2010, s. 428 ff.

prättelseaspekten, i linje med vad Ekelöf gjorde, blir möjligen aspekten att det är gärningsmannen, som får betala, viktigare än ersättningsnivåns direkta överensstämmelse med rättsmedvetandet.[1108] Även om en del av beloppet tillföll staten, skulle brottsoffret kunna känna upprättelse, om den ansvarige fick betala. Man skulle då kunna undvika fixering på ersättningsnivåerna ur den skadelidandes perspektiv men för att fungera upprättande blir dess överenstämmelse med de i samhället härskande värderingarna om rättvis proportionalitet troligen ändå relativt avgörande. Om brottsoffrens kränkningsersättning ses som en verklig fråga om reparation i meningen kompensation för lidandet och olustkänslan brottsoffret kan ha upplevt, borde mer fokus än idag riktas mot den skadelidandes situation i det enskilda fallet. Då skulle betydelsen av den ”kollektiva beräkningsmetoden” avta.[1109] Detsamma skulle i och för sig kunna hävdas även i fallet med om betydelsen av kränkningsersättningens bot eller straffskadestånd ökade. Då skulle troligen faktorer hos den skadegörande, som dennes ekonomi och skuld, också blir relevant på den ”kollektiva beräkningsmetodens” bekostnad.

Den utveckling, som huvudsakligen framgått i avhandlingen, är att varken faktorer hos den skadelidande eller hos skadevållaren har speciellt framträdande positioner. Istället framträder en komplex och pragmatisk bild, där olika hänsyn samspelar kring reparation, kompensation och upprättelse. Men också ett tydligare skyddsändamålstänkande knutet till värnandet om offrets personliga integritet och andra grundläggande fri- och rättigheter, som skyddas av rättsstaten. I den grad som liknande tendenser kommer att öka – en ”rättighetsbaserad skadeståndsrätt” skulle kunna växa fram – kommer troligen också behovet av kunskap om relationen mellan ”den reala verkligheten” och de rättsliga begreppen inom den juridiska argumentationen att öka; inte i betydelsen av empirisk kunskap om huruvida skadelidande blivit kompenserade eller finansieringsfrågor i Roos systemanda, utan snarare preventionsaspekter och överensstämmelse med proportionaliteten hos ersättningen utifrån rättviseaspekter. Sammanfattningsvis är alltså relationen mellan ramnormsystemet och de partikulära normerna liksom mellan de ultimära och primära målen ingen enkel sak och dess inbördes relationer är föränderliga.

6.5 En fråga om regelföljande

Betydelsen av Harts beskrivning av rättsordningen i relation till mitt ämne och kränkningsersättningen har flera ingångar. Därför består denna analys av olika delar men inkommensurabilitetsfrågan kommer att utgöra ett huvudtema. En naturlig start för en analys i Harts anda utifrån ersättning för kränkning är att ta fasta på vad

1108 Ekelöf, 1942, s. 112.
1109 Schultz, 2008, s. 36.

Hart har att säga om rättens vaghet.[1110] Detta är en direkt konsekvens av att rättsliga fenomen är beroende av de språkliga egenskaper, som råder vid all språkanvändning. Men enligt Hart är det också på det viset att vissa rättsfrågor passar bättre att lösas vid dess tillämpning och är mindre väl lämpade för detaljreglering på förhand, vilket tvingar fram en kompromiss mellan förutsägbarhet och flexibilitet.[1111] Enligt min mening är dessa aspekter särskilt relevanta vid ersättning för kränkning, eftersom dess språkliga utformning är vag – exempelvis *person, frihet, frid eller ära* som är kränkningsersättningens skyddsintressen enligt SkL 2:3. Vid skadeståndets bestämmande säger skadeståndslagen 5:6 att detta ska göras ”efter vad som är skäligt med hänsyn till handlingens art och varaktighet.” Följaktligen aktualiseras frågan om domarens skön, eftersom rättens öppna vävnad och fenomen som generalklausuler och ramlagar lämnar ett sådant utrymme för skönsmässiga beslut. Vad som också aktualiseras är betydelsen av rättstillämparens lagtolkning och här presenterar även Hart en ändamåls- eller konsekvensförståelse av hur lagtolkning görs men avvisar en mekanisk tillämpning utifrån regelns förutbestämda innehåll.[1112] Eftersom Hart också uttalat sig om den positiva rättens beroende av ett slags naturrättsligt minimiinnehåll, framgår att olika argumentations- och teoriparadigms självständighet endast är relativ enligt hans teori.[1113] Genomgående är Harts teori om rätten relativt öppen och elaborerad, vilket hänger samman med dess inflytande från den analytiska filosofin och dess fokus på begreppsanalys och språkanvändning. Wittgenstein och J. L. Austin utgör två viktiga inspirationskällor för Hart och hans semantiskt-analytiska filosofi och trots det teoretiska anslaget ger det upphov till resultat, som är rättssociologiskt intressanta.[1114] Låt oss titta närmare på vad detta kan betyda för analysen av mitt ämne. Min ambition är att relatera de frågeställningar, som format den empiriska undersökningen, med de mer teoretiska problemen. Som framkommit har inkommensurabilitetsproblematiken visat sig vara ett tema, som spänner över både de praktiska och teoretiska delarna. Det har i sin tur visat på betydelsen av olika kunskapskällor för definitionen av rättens möjligheter och gränser men också förmågan att hantera de komplexa kränkningsersättningarna genom att spegla ett socialt tryck.

För Wittgenstein är användningen av ett språk en del av en verksamhet eller en livsform. Om rätten är språk, vilket det finns goda skäl att beskriva den som, leder Wittgenstein oss direkt till den praktiska användningen uttryckt här som ”språkspel”

1110 Rätten har en öppen vävnad (*open texture*), som medför att dess regler är delvis obestämda, Hart, 1997, s. 128.

1111 Ibid, s. 130.

1112 Ibid, s. 145. Hart skriver om domstolen ”(v)ery often their choice is guided by an assumption that the purpose of the rules which they are interpreting is a resonable one, so that the rules are not intended to work injustice or offend sttled moral principles. Ibid, s. 204. Jämför Peczenik, 1995, s. 128.

1113 Ibid, s. 129.

1114 Stavropoulos, 2001, s. 59. Intresset för semiotik inom rättssociologin är delvis en naturlig följd av intresset för normbegreppet. Baier & Svensson, 2009, s. 54 ff.

– språket och verksamheterna.[1115] Eftersom de olika språkspelen inte bara förutsätter ett socialt sammanhang, utan också har släktingar, som de är besläktade med genom sina likheter, leder det även till övergripande frågor om regler, men också till en allmän öppenhet, som leder till att teorierna får konsekvenser för olika områden.[1116] När Hart skriver om rättens vaghet och ”open texture” är det således inte endast ett teoretiskt konstaterande utifrån dessa antaganden utan ett allmänt empiriskt koncept.[1117] Som en konsekvens av att språket är vagt, riktas därför intresset mot dess användning. Meningen hos språket uppfattas då bestämd av användningen, men det har diskuterats vad detta betyder för förståelsen eller meningsförklaringen, när kommunikationsakten äger rum. Finns det någon norm, mot vilken en korrekt språkanvändning kan prövas? Wittgenstein anses genom argumentet ha visat på svårigheten av direkt privata språk.[1118] Istället fokuserar Wittgenstein på regelföljande, som av honom uppfattas som något delat, genom att titta på regelförklaringen i relation till tillämpningarna.[1119] Här uppkommer dock tolkningen, när riktigheten ska fastställs, vilket grusar förståelsen. Lösningen enligt Wittgenstein är praxis – den förklarar och länkar regeln med tillämpningen. Praxis är en praktik eller ett handlingssätt på ett visst sätt. Huruvida individuell praxis är möjlig, har utgjort en filosofisk debatt men då Hart intresserar sig för rätten leder hans tolkning till att praxis är något socialt, som avgör dess riktighet.[1120] Praxis betyder här sedvana, återkommande handling eller tradition och inte rättslig praxis.[1121]

Tillämpat på mitt ämne medför det att bruket av ordet ”kränkning”, som återfinns såväl i min enkät, respondenternas användning av begreppet och rättens användning, är en språklig livsform, som ingår i ett socialt språkspel. Mellan de olika användningarnas villkor råder familjelikheter men det är inom ramen för dess praxis, som meningsförklaringen ges. Avsikten relateras till de olika praxisfälten, som i sin

1115 Wittgenstein skriver att “61. …En betydelse hos ett ord är ett sätt på vilket ordet används. Det är nämligen vad vi lär oss när ordet först införlivas i vårt språk. 62. Därför råder det en motsvarighet mellan begreppen ‘betydelse’ och ‘regel’.” Wittgenstein, 1981, s. 17. Jfr Peczenik, 1995, s. 474.

1116 Utöver Hart har Aulis Aarnio och Georg Henrik von Wright intresserat sig för Wittgensteins betydelse för språkspelens rättsvetenskapliga betydelse. Ibid, s. 475. von Wright introducerade Wittgenstein och Austin i Norden och betonande dess breda betydelse, von Wright, 1965, s. 201 ff.

1117 Stavropoulos, 2001, s. 60. Hart beskrev själv sin teori som en ”essay in descriptive sociology” i sitt förord. Hart, 1997, s. vi.

1118 Se Wittgenstein § 243 och § 256, Wittgenstein, 1992, s. 104, 108. Vid första anblicken skulle man troligen tänka att inkommensurabilitetsproblemet med kränkningsersättningen är ett exempel på något regellöst. Wittgenstein skriver ”(v)år paradox var denna: en regel kunde inte bestämma något handlingssätt, eftersom varje handlingssätt kan fås att stämma med regeln. Svaret var: Om varje handling kan fås att stämma med regeln, så kan också varje handling fås att bryta mot den. Därför funnes det här varken överensstämmelse eller motsättning.” Ibid, 1992, s. 96.

1119 § 198-199, ibid, s. 95.

1120 Harts teori har därför sätts som en version av “folk theory” om vardagsspråkets användning. Stavropoulos, 2001, s. 70 f. Jämför Kripke, 1982. Wittgenstein skriver att “(e)n regel är, grovt sagt, något som används uppreppade gånger.” Wittgenstein, 1999, s. 108.

1121 Jämför Harts “Practice theory”, Hart, 1997, s. 254, Harris, 1997, s. 120

tur är en form av lokala regelföljanden. Givet upplägget av enkätstudien och ämnet för den samma, ekonomisk ersättning för en icke-ekonomisk skada, är det alltså enligt Wittgensteins begrepp fråga om regelföljande och praxis. Materialet om ersättningsnivåerna, såväl den rättsliga praxisen som resultatet av min studie, utgörs av empiriska erfarenhetsutsagor, som förenas i att det mellan dem råder familjelikheter och betydelsen av begrepp som ”upprättelse” eller kränkning” ges av dess användning.[1122] Men dessa olika utsagor grundas på vissa grammatiska och ”nödvändiga” utsagor som är normativt och bestämmande för begreppens bruk men är inte direkt empiriska utsagor i sig själva.[1123] Vad som åsyftas är att i vissa fall får man acceptera liknande grundläggande regler och förhållanden, som konstituerar vad vi kan uttrycka meningsfullt om de empiriska utsagorna. Exempelvis upplever inte en person en annans persons kränkning utan det är som känslan av lidande något individuellt.[1124] Hart är även influerad av en annan Oxfordfilosof, som vid sidan av Wittgenstein intresserade sig för vardagsspråksfilosofin, Austin och av denne tog Hart intryck av hur performativa talakter eller talhandlingar fungerar. Poängen är att både rättslig praxis och respondenternas användning av vardagslivets språk handlar om att genomföra performativa handlingar i den meningen att de gemensamt utför något, som har effekt genom att verkligheten konstrueras.[1125] Vad Austin visar på med sin beskrivning av performativa yttranden är att även om dessa är ”nonsens” i logisk mening, kan de ha en viktig social funktion och framkalla olika effekter. På samma sätt kan logiken i kränkningsersättningen ifrågasättas (i meningen att det uppenbart saknas en möjlighet att verkligen *ersätta* en kränkning med pengar), men ersättningen kan ändå vara symboliskt och socialt viktig. Men det är den först i ett språkligt sammanhang där den ges sin rättsliga funktion av ”reparation” eller ”upprättelse”, vilket också styrs av språkliga regler givet en vidare social praktik.[1126]

Man kan se inkommensurabilitetsproblematiken som ett gränsfall, där man intuitivt ser att det med nödvändighet är omöjligt att ersätta en rent icke-ekonomisk skada med pengar men man kan låta pröva problematiken empiriskt genom att se det som en fråga om språkanvändning, där meningen ges av en praxistanke, som i sin tur ger en regelformulering, som kan relateras till ett etablerat handlingssätt och så vidare. Detta tema anknyter till den kritiska realismen, som redovisades i teorikapitlet. Enligt den kritiska realismen är det viktigt att skilja på primära och sekundära

1122 Wittgenstein skriver ”§ 139. Regler förslår inte till att fastställa en praxis, utan man behöver också exempel. Våra regler lämnar bakdörrar öppna och praxis måste tala för sig själv. 140. Vi lär oss inte praxis att fälla empiriska omdömen genom att lära oss regler; man bibringar oss *omdömen*, och deras sammanhang med andra omdömen. *En helhet* av omdömen görs trovärdig för oss.”

1123 Wittgenstein, 1956.

1124 Peczenik skriver att för Wittgenstein finns det ”satser som är säkra var för sig” men också att ”(d)essa säkerheter bestäms av livsformen”, vilken inte kan definieras exakt utan har flera likheter med begreppet ”kultur”. Peczenik, 1995, s. 473 f.

1125 Nordin, 2011, s. 445. Gustafsson, 2011, s. 57 ff.

1126 Olivecrona intresserade sig för Austin och dessa aspekter kring hur performativa satser i det rättsliga språket gestaltar ”ideella, ’rättsliga’ förhållanden.” Olivecrona, 1966, s. 255. Jfr Samuelsson, 2008, s. 357.

egenskaper, liksom att allt nödvändigtvis inte är som vi tror och uppfattar saker. Tillämpat på mitt ämne, brottsoffrens kränkningsersättning, betyder det att det är de sekundära egenskaperna som är de problematiska eftersom de är subjektivt tolkade. Vad som avses här är inte konstigare än att 50. 000 kr är samma summa, alltså dess primära egenskap, för alla men *värdet* är en sekundär egenskap som beror på vem som gör värderingen. Uppfattningen att det finns en objektiv verklighet som finns oberoende av oss, men att vi kan vilseleda och förhasta oss i vår sökandeprocess är också viktig för den kritiska realismen eftersom verkligheten ses som differentierad. Vad som här kan vara relevant att återkoppla till avseende den kritiska realismen är att den *transitativa* dimensionen är den första dimensionen, som innehåller våra olika paradigm, data, fakta och teorier. Alltså kan man inte göra någon skarp skillnad mellan teori och empiri samtidigt som all kunskap är potentiellt felbar. Tillämpat på rättsvetenskapen skulle det motsvara att man endast gör en rättsdogmatisk redovisning av ett rättsligt material utan någon ambition att problematisera sitt perspektiv och sin metod. Istället betonar den kritiska realismen att vår uppgift som forskare är att försöka nå den *intransitativa*, ”andra”, dimensionen. Tillämpat på kränkningsersättningen betyder detta att den är tydligt präglad av den transitativa dimensionen vilket gör den socialt bestämd och föränderlig, men den vetenskapliga analysen syftar till att nå längre, till den intransitativa dimensionen av verkligheten.[1127] Eftersom kränkningsersättningens inkommensurabilitetsproblematik också är ett transitativt objekt och inte något givet kan förståelsen av studieobjektet komma att förändras om man intar en förutsättningslös hållning.[1128] Föreliggande slutanalys, kommer att ta den kritiska realismens ambition att flytta fokusen från händelserna på empirinivån till mekanismerna som möjliggör dem, på allvar.[1129]

Genom att fördjupa förståelsen av inkommensurabilitetsproblematiken med hjälp av Wittgensteins språkbruksanalyserande metod, försöker jag i Wittgensteins anda, sträva efter att klargöra begreppsliga sammanhang. En annan utgångspunkt, hämtad från den kritiska realismen, är retroduktionen som genom rekonstruktion och nyformulering av studieobjektet försöka förstå vad som möjliggör att något är möjligt. För kränkningsersättningens del är det dubbelbottnat, eftersom kränkning både relateras till gärningen (någon kränker) och till skadan (någon kränkt). Därutöver fordras att det finns någon rättighet eller frihet att göra ingrepp på. Även dessa förhållanden kan naturligtvis studeras som regelbundenhet, exempelvis i rättspraxis, men om man vill förstå hur kränkningsersättningen möjliggörs så fordras att man intar en mer prövande hållning. Ett led i en sådan ambition utgörs av att studera inkommensurabilitetsproblematiken empiriskt, inspirerat av vad Bhaskar kallar ”praxiologies.”[1130]

1127 Norrie, 1998, s. 734.

1128 Bhaskar, 1998, s. 17 f.

1129 Ibid, s. 41.

1130 Begreppet har använts i både rättssociologiska och kriminologiska analyser. Noorie skriver att praxiology “refers to any theoretical account of a form of social agency that, like law, is tied to, and limited in its level of understanding by, a set of possible practices and outcomes. The range of concepts available within a praxiology is governed by the set of social practices and outcomes that it represent, informs and legitimates.” Ibid, s. 556.

En annan utgörs av att utifrån Harts teori ta på allvar vad regelföljande egentligen innebär från den interna synvinkeln. Hart grundade, som beskrevs i teorikapitlet, en stor del av sitt författarskap i kritik mot Austins befallningsteori som kan förklara regelmässigheter i beteendet utifrån fruktan. Istället intresserade sig Hart för handlingsspråket som grund för reflektion och ställningstaganden och för det komplexa samspelet mellan primära och sekundära regler.

Likheten mellan den kritiska realismen och den senare Wittgenstein är kritiken mot en naiv realism, som utgår från att våra ord och begrepp direkt speglar verkligheten oberoende av oss själva. Wittgenstein visar med uttrycket ”spel” att det saknas någon sådan yttre norm som begreppen kan relateras till, utan det gäller att förstå de regler, som styr användningen av uttrycken.[1131] När respondenterna fyller i vinjettfrågorna, kan det ses som en kommunikationsakt, som i relation till ett vidare handlingsmönster blir meningsskapande i enlighet med Wittgensteins privatspråksargument. Harts ambition med sin teori ligger i linje med den tillämpning, som jag här gjort av Wittgenstein. Stavropoulos beskriver Harts ambition som en ”… explanation of rule-governed behaviour in terms of practices…” och ”…he is, after all, trying to articulate shared criteria…”[1132] Värdet av att försöka se hur regler uppfattas och tillämpas normativt från den interna, eller ”the *subjective* meaning” som Cotterrell skriver, har både rättsvetenskaplig och rättssociologisk relevans, men förutsätter att forskaren förhåler sig förutsättningslöst och inte låter sig styras av konventionella uppfattningar.[1133]

Hart fokuserade, som vi sett, på regeldimensionen hos rätten och den starka betoningen av regler föranledde Dworkin att kritisera Hart genom att också betona principernas betydelse för rättsordningen.[1134] Principer gör det möjligt att även avgöra svåra fall, där reglerna saknas eller är motstridiga. Både normer och principer kan sägas befinna sig i ”mellanrummet” mellan rättsordningens rättsregler.[1135] Som framgått tidigare har det ansetts att det saknas normer för fastställandet av hur en ideell skada ska ersättas. Huvudregeln har varit att endast ekonomisk skada ersätts och fortfarande, trots att betydelsen av ideell ersättning ökat, råder en betydande osäkerhet i fundamentala frågor. Min utgångspunkt har varit att det är hos de rättsliga principerna och normerna, som svaren på en del av dessa frågor finns. Eftersom det här är en rättssociologisk studie, har intresset riktats in på de sociala och informella normerna och empiriska metoder som har använts för att inhämta kunskap om dessa. Spänningen mellan Hart och Dworkin är samtidigt betecknade för rättsområdets konstitution och då tänker jag främst på rättsreglernas mellanrum. Som vi också sett och som jag tidigare har beskrivit, har ideell ersättning överlag befunnit sig i

1131 Molander, 2008, s. 158 f.
1132 Stavropoulos, 2001, s. 85.
1133 Cotterrell, 1992, s. 12. Jfr Hart, 1997, s. 90.
1134 Dworkin, 1977, s. 43. Dworkin kritiserade även Hart för dennes semantiska beskrivning av rätten som gör beskrivningen av den relativ istället för en fråga om fakta. Raz, 2001, s. 11 ff.
1135 Palmer Olsen, 2011, s. 192. Vid sådana ”veck” i rätten blir ändamålsorienterade resonemang viktiga liksom utfyllande tolkning.

ett undantagstillstånd.[1136] Vad som utmärker ett undantagstillstånd är att det inte råder någon skillnad mellan den, som befinner sig innanför eller utanför rätten, då det inte finns någon punkt att betrakta den utifrån. Detta tillstånd är relaterat till inkommensurabilitetsfrågan och avsaknaden av en övergripande måttstock, då det föreligger en artskillnad mellan skadetyperna. I ett slags val mellan de båda dikotomierna har det kvantifierbara favoriserats, men av olika rätts- och kriminalpolitiska orsaker har den ideella skadan ändå hamnat i centrum, vilket har aktualiserat kunskapsfrågan om brottsoffrens kränkningsersättning. Frågan är vad man då gör av en sådan kunskap, eftersom vi trots allt här kan tala om en rätt bortom makten. [1137] Rättens förpliktande karaktär, som gör att man till exempel talar om rättskällorna som ”påverkningsfaktorer”, är som visats oklar, när det kommer till dessa ersättningar.[1138] Det är inkommensurabilitetsproblematiken och bristen på normer för bedömningen av den ideella skadan exempel på, vilket leder över till teoretiska frågor om ”sakens natur” som rättskälla, vilket således aktualiserar ändamålsenliga avvägningar liksom rättssociologisk kunskap.[1139] Eftersom betydelsen av ideell ersättning ökat, kan man tala om en juridifiering av ersättningsområdet, men på grund av dess oklarheter och det faktum att det rör sig om ideella skador, behöver juridifieringen inte medföra något förtingligande. En sådan apori, juridifiering utan förrättsligande eller reifikation, är utmärkande för rättsområdet, eftersom man lika väl kan argumentera för att det förhåller sig tvärtom – att rätten här ”kolonialiserar” nya områden. En stor del av den så omtalade ”juridifieringen” är vid närmare undersökning politisering genom bland annat krav på tydligare stöd åt brottsoffer och hårdare tag gentemot gärningspersonera, om straffrätten tas som exempel. Verklig juridifiering skulle rimligen innebära ett ökat inslag av den juridiska professionens kärnvärden; som proportionalitetsprincipen, ansvarsutkrävande och andra systematiskt utvecklade relationsbegrepp, som måste förstås ur ett vidare perspektiv än vad de politiska konjunkturerna erbjuder.[1140]

Frågan uppkommer då vad som händer, när rättens funktionärer erkänner den rättsliga statusen hos kränkningsersättningen. Som noterats tidigare är det något oklart huruvida kränkningsersättningen fullständigt tillhört gällande rätt enligt Harts igenkänningsregel men tendensen är att ersättningens rättsliga status ökat. Enligt Ehrlich, som betonande den levande rättens betydelse, var en rättsnorm giltig om den prioriterade ett intresse framför ett annat, vilket då ger upphov till en beslutsnorm (”norm for decision”), som binder rättstillämparen.[1141] Kanske är det så

1136 Dahlstrand, 2007.

1137 Det är så jag tolkar Dufwas uttalade, att kränkningsersättningen är en särskild form av kärlek, som något sprunget ur den maktlösa rätten.

1138 Strömholm, 1996, s. 318.

1139 Ibid, s. 397. Detta, att rättsliga frågor aktualiserar kunskapsfrågan om de reella förhållandena, är den klassiska rättssociologiska ingången sedan Montesquieu. Jämför Eckhoff, 1987 och Ross, 1971.

1140 Typiskt för rättsområdet skulle kunna sägas vara spänningen mellan legalitet och legitimitet där legaliteten traditionellt har begränsat ersättningstypen eftersom den är svårförenlig med olika formella krav. Jfr Bertilsson, 1987, s. 334 f.

1141 Vogl, 2009, s. 111.

enkelt att det råder en sådan oklarhet om normskyddet att det kan ifrågasättas, om det föreligger något rättsligt böra, som binder rättens funktionärer? Utifrån Ehrlich begrepp, i kombination med min empiri, kan man därför tala om att det föreligger en levande rätt på området, men alltså vid sidan av den formella rätten. Problemet med Ehrlich, som Kelsen pekade på, är att antingen tillhör ett rättsområde gällande rätt genom att dess normer refererar till högre normer eller inte. Både Ehrlich och Kelsen kan anses förenade i att gällande rätt blott blir en maktfråga.[1142]

Vad har då Dworkins kritik av Hart för relevans här? Som vi har sett har det funnits och finns en tradition av att begränsa möjligheten till ersättning för ideella skador. Enkelt utryckt kan man beskriva situationen så att det varit oklart om den ersättningstyp, som kränkningsersättningen utgör enligt igenkänningsregeln, fullt ut varit en del av den gällande rätten. I den meningen kan Harts teori ge en förståelseram för undantagskonstruktionen avseende kränkningsersättningen. Att rätten till ersättning för kränkning ändå återfinns i den gällande rätten, beror mindre på rättens funktionärer än på lagstiftarens intentioner, brottsofferperspektivet och inflyttandet från Europakonventionen. Rätten till rent ideellt skadestånd har också vuxit fram genom att nya skadeståndskonstruktioner skapats, som delvis frigjort sig från den traditionella skadeståndsrätten såsom diskrimineringsersättning och brottskadeersättning. Från rättens funktionärers interna synvinkel kan den ideella ersättningen ha uppfattats allt för osäker och problematisk att handskas med för att helt erkännas och accepteras.

Utöver egenskaper hos själva ersättningstypen kan Dworkin belysa att en orsak till situationen är den regelfokusering, som Harts egen teori är ett exempel på. Dworkin menar att rättstillämparen inte endast är bunden av regler utan även av rättsprinciper. Om rättsregeln saknas eller är vag, kan rättsprinciperna fungera som utfyllnad för att ange en riktning för beslutsfattandet. Som bekant har Hart betonat rättens beroende av språket och att språk och regler är sammanlänkande på ett intrikat sätt, som skapar vaghet, då även en klar regel har en halvskugga av osäkerhet runt sig.[1143] Eftersom det förelegat begränsande regler avseende rätten till ideell ersättning, kan det förklara, varför rättens funktionärer enligt Harts teori varit avvisande, om de inte samtidigt tagit fasta på rättsprinciperna. Nu är det inte säkert att rättsprinciperna alltid medför en utvidgning av ersättningsområdet till förmån för brottsoffer och skadelidande, eftersom rättsprinciperna ska harmonisera med rättens övriga innehåll och med övriga uppfattningar om rättvisa och liknande. Men om kränkningsersättning utgår från de yttersta gränserna för tillåtet beteende, lyfter Dworkin även här fram en relevant aspekt i polemik med Hart. Enligt Dworkin medför Harts beskrivning att rättens fri- och rättigheter underordnar sig vad som följer av Harts beskrivning om ”social practice of recognizing these rights and duties” och ”the discretion of officials”.[1144]

1142 Ibid, s. 140 f.

1143 Hart, 1997, s. 123. Hart avvisar därför även en ”mekanisk” rättsuppfattning. Ibid, s. 128.

1144 Dworkin, 1977, s. 48. Samtidigt har Hart presenterat sin teori om ”minimum content of natural law”, även om dess funktion och innehåll är kontroversiell. Wacks, 2009, s. 99.

På så sätt kan kränkningsersättningen placeras ”mellan” Dworkins rättighetstes, de primära reglerna utifrån Harts terminologi, som enligt Dworkin måste föregå rättsprocessen och Harts igenkänningsregel. Dworkins kritik mot Hart är att rätt-en utifrån hans beskrivning förlorar sin normativa prägel, när den likställs med praktiken eller effektiviteten. Problematiken med de två sidorna hos kränkningsersättningen, att den å ena sidan grundas i rättens normativa djupstruktur genom värnandet av individens integritet men att det å andra sidan, vid fastställandet av ersättningsnivåerna, råder sådan osäkerhet att det riskerar att undergräva såväl statusen på ersättningstypen som värnandet av skyddsintresset, vilket jag tidigare beskrivit som ”den anomiska rätten”.[1145] Hur Dworkin har reagerat på Harts mjukhet och vaghet, där domarens skön spelar en betydande roll på grund av rättens ”öppna vävnad”, är alltså relevant för förståelsen här. Dworkin presenterar betydelsen av rättsliga principer och rättigheter, som enskilda kan göra gällande som ett ”trumfkort” med företräde framför kollektiva handlingsprogram och liknande.[1146] Harts och Dworkins skilda rättsteorier, som sätter focus på spänningen mellan skönsmässiga avgörande och absoluta fri- och rättigheter, fångar kränkningsersättningens inre spänningar på ett intressant sätt, eftersom den ena föder den andre. Om kränkningsersättningen grundas i givna fri- och rättigheter, är frågan om brottsoffret har en rättighet till en viss ersättning eller om denna tvingas bedömas enligt de skönsmässiga beslut, som lagstiftaren själv angivit? Hart kritiserar det formalistiska tänkandet hos konventionella rättspositivister och rättsdogmatiker, som ser gällande rätt som en sluten samling normer, där man med deduktiv logik sluter sig till det rätta svaret genom att betona att rätten är beroende av den halvskugga av osäkerhet, som varje begrepp och regel medför.[1147] Samtidigt vill han inte gå så långt som de regelskeptiska amerikanska rättsrealisterna, som ifrågasätter att det överhuvudtaget är reglerna och de rättsliga begreppen som vägleder rättstillämpningen.[1148] Hart är rättspositivist och skiljer på rätt och moral, även om hans relation till begreppen är komplicerade, hans teori medger således moralisk rättskritik.[1149]

1145 Dahlstrand, 2007.

1146 Simmonds, 2008, s. 111. Det är främst Harts “discretion thesis”, som Dworkin kritiserar, då enligt Dworkin finns det ingen “lag bortom lagen”, som Harts igenkänningsregel kan tolkas stå för. Wacks, 2009, s. 143 f. Dworkin är kritisk till de semantiska teorier som, i likhet med Harts, är beroende av vilket kriterium som juristen väljer för att skilja ut gällande rätt. Wacks beskriver kritiken på följande sätt: ”In other words, if two lawers dispute the criteria of legal validity, the basis of legal validity cannot be exhausted by the shared criteria contained in the rule of recognition. The 'semantic sting' entails therefor that the concept of legal validity is more than mere promulgation in accordance with shared criteria embodied in a rule of recognition”. Wacks, 2009, s. 149.

1147 Se Hydéns beskrivning och kritik av den normrationella argumentationsmodellen inom det rättsdogmatiska paradigmet, vars beslutssätt bygger på rättslig syllogism, Hydén, 2002, s. 57 f & s. 146.

1148 Harts svar på rättsrealisternas (och rättssociologernas) kritik kan dock ses som ovidkommande, eftersom det är en empirisk fråga huruvida rättstillämparen faktiskt följer gällande rätt, i den mån som den inte ligger i skygga och därför inte tillämpas. Simmonds, 2008, s. 94.

1149 Klami, 1990, s. 13.

Som Teubner visat utgör igenkänningsregeln och dess utfall det rättssociologiskt intressantaste exemplet på rättens självbeskrivning och identitet.[1150] I relation till mitt ämne är det särskilt intressant att Teubner placerar Harts igenkänningsregel mitt emellan övrig social kommunikation och sociala normer i allmänhet och det självkonstitutionerande autopoietiska rättssystemet. Teubner skriver: "'Secondary rules' thus mark an important stage in the development towards a partially autonomous law. However, from our point of view they provide an incomplete picture of self-referential relationships. For similar self-referential operations are possible in relation to other components of the law. These include the conceptualization of elements of the law, the legalization of processes, the legal definition of the categories of legal and illegal, and the description in legal categories of the world outside law."[1151] Vad Hart sätter fingret på enligt Teubner är alltså den kritiska punkten, där Luhmanns autopoietiska bild av rätten krackelerar: "It is the legal system itself which uses 'secondary rules' to etablish and use the criteria, even if the 'substance' of the rules is determined by outside agents. The way in which the legal order refers to social norms in general clauses is an excellent example of this. Unlike socially diffuse law, social norms are not simply legal norms. It requires a secondary rule from either a legislator or a judge to make it possible for some social norms to become legal norms."[1152]

Vad min empiriska studie handlar om liknar det som Teubner här ovan, i relation till Hart, beskriver som "the description in legal categories of the world outside law" och "the 'substance' of the rules is determined by outside agents". Som Teubner skriver möjliggör rättsliga generalklausuler, som endast är konstruerade kring vaga rekvisit – jämför med den skadeståndsrättsliga bestämmelsen hur skadestånd med anledning av kränkning ska bestämmas; "skäligt med hänsyn till handlingens art och varaktighet" – att rättstillämparen genom igenkänningsregeln lyfter in sociala normer. Här kan man notera att för Hart gäller att vissa fall direkt faller under en regel, medan andra gör det endast delvis, vilket påverkar all form av generellt regelföljande: "Nothing can eliminate this duality of a core of certainty and a penumbra of doubt when we are engaged in bringing particular situations under general rules. This imparts to all rules a fringe of vagueness or 'open texture', and this may affect the rule of recognition specifying the ultimate criteria used in the identification of the law as much as a particular statute."[1153] Även om Dworkin har visat på att rätten inte endast består av regler utan även av principer, förändrar det inte slutsatsen att rätten är vag, vilket medför flera handlingsalternativ.[1154] Som redovisats är Hart influerad av den senare Wittgenstein och därav följer hans öppning mot att det är en empirisk fråga, vad igenkänningensregeln ger för rättsligt utfall.[1155] Betonandet av att

1150 Teubner, 1993, s. 39.
1151 Ibid.
1152 Ibid, s. 41.
1153 Hart, 1997, s. 123.
1154 Dworkin, 1977. Wennström, 1996, s. 50.
1155 Ibid, s. 58. Hart själv nämner Wittgenstein apropå betydelsen av att användningen ger meningen. Hart, 1997, s. 297.

praktiken och användningen är något annat än den formella normen drabbar även Kelsen.[1156] En annan viktig följd av Wittgensteins arbeten är att de visar på kontextens betydelse och avvisar ett individuellt perspektiv på regelföljande.[1157] Men i fallet med Hart medför den sociala dimensionen hos igenkänningsregeln att rättens funktionärer från den interna sidan kan förhålla sig kritiska till regler och reflektera kring hur de tillämpas. Detta leder till att olika jurister kan komma till olika slutsatser om vad som utgör gällande rätt, vilket kritiserats av bland andra Dworkin.[1158]

Med hjälp av Harts teori kan konstateras att mitt empiriska resultat stödjer vad Hart beskriver som grundläggande för att en regel ska grunda en förpliktelse från den inre aspekten: 1) ett allvarligt socialt tryck och 2) regeln upprätthåller någonting viktigt i det sociala livet, liknande ett skyddsintresse. Igenkänningsregeln, som den främsta av de sekundära reglerna, lägger alltså en del av de primära reglernas verkan i skugga. Eric Colvin skriver att ”(s)econdary rules only make sense in relation to the existence of primary rules. Indeed, this is how Hart formulates the distinction when he speaks of secondary rules being ’parasitic’ upon primary rules because they ’determine their incidence or control their operations.”[1159] Problemen med kränkningsersättningen är ett bra exempel på detta. Det är helt enkelt oklart om rättens funktionärer erkänner kränkningsersättningen (oklart till exempel om det är skadan eller gärningen som ersätts) och osäkert om ersättningen lever upp till rimliga krav på rättens “riktighet” och är social verksam (det viktimologiska perspektivet på ersättning). Exempelvis har man ansett att domstolarna behöver en måttstock av omständigheter, som ligger utanför rättstillämparen själv, att skadeståndet till brottsoffren ”obestridligen” har en reparativ och upprättande funktion utan att underbygga påståendet. Den traditionella juridiska beslutsmodellen är, som Hydén noterat, å ena sidan stringent och okänslig mot ovidkommande hänsyn men det gör den också rigid och blind, vilket är problematiskt när det gäller denna typ av ersättningar, som just ska stå öppen inför mänskliga behov och förväntningar.[1160] Jag hävdar att man har underskattat de sekundära reglernas betydelse, (igenkänningsregeln) för förståelsen av de primära reglernas verkan och omfång i praktiken. När man applicerar denna tanke på kränkningsersättningen innebär det att den i likhet med övriga skadestånd har en tänkt reparativ eller kompenserande verkan, men det är oklart hur effektiv denna verkan är i praktiken och vad som, i fallet med kränkningsersättningen, påverkar denna, avgörs till stor del av huruvida rättstillämparen accepterar och tillämpar ersättningen givet dess praktiska och teoretiska problem.

1156 Wennström, 1996, s. 139.

1157 Raz, 2001, s. 16.

1158 Ibid, s. 11 f. Wacks, 2009, s. 149. Man har misstänkt att Hart beskrivning av hur rättens funktionärer från den interna synvinkeln accepterar igenkänningsregeln är inspirerad av Webers begrepp ”intern legitimation”. Problemet är att flera anser att Hart med igenkänningsregeln misslyckas med att förse rätten legitimitet.

1159 Colvin, 1978, s. 200. Hart, 1997, s. 81.

1160 Hydén, 2002, s. 115.

6.6 Inkommensurabilitetsfrågan (igen)

Den skadeståndsrättsliga regeln om rätten till kränkningsersättning kan alltså antas omfatta vad rättens funktionärer från den inre aspekten skulle utpeka som gällande. Läran om rättskällorna och lagtolkningen har delvis sammanfallit med igenkänningsregeln, vilket kan medföra en förskjutning från den primära regeln. Men även om Harts rättspositivism är av en ”mjuk” karaktär, betyder det inte att den säger något om en enskild igenkänningsregel och hur den fungerar. Därför är det möjligt att regeln om rätt till kränkningsersättningen ändå inte fullt ut erkänns som en giltig regel. Enligt Harts teori kan alltså så vaga bedömningsgrunder som allmän rättskänsla och moraliska principer utgöra den primära regeln, men givet hans teori är det en öppen fråga hur en enskild rättsordning fungerar.[1161] Typiskt för Hart, i relation till Kelsen, är att den förra relaterar rättens giltighet till faktiska omständigheter som empiriskt kan studeras.[1162] Det finns flera orsaker till varför kränkningsersättningen inte fullt ut skulle erkännas av igenkänningsregeln, men den mest uppenbara torde vara inkommensurabilitetsproblematiken. Svårigheterna och osäkerheten med brottsoffrens kränkningsersättning har som bekant resulterat i en långtgående schablonisering, så befintlig praxis är ett bevis på att rättens funktionärer erkänner kränkningsersättningen som ett rättsfenomen. Genom att analysera vad de empiriska resultaten betyder utifrån Wittgensteins idé om regelföljande, kom förståelsen av på vilka grunder som kränkningsersättningen har svårigheter att erkännas. Att tillämpa igenkänningsregeln och finna gällande rätt blir att tolka olika språkliga uttryck, men det är meningen som gäller och den utgår kanske bara delvis från regeln.[1163]

Som angetts ovan kan inkommensurabiliteten utryckas som avsaknad av gemensamma termer eller gemensam måttstock, därför att företeelserna är helt ojämförbara. Inom svensk skadeståndsrätt har främst Schultz beskrivit inställningen som utrycks inom doktrinen och bland rättskällorna som ett stöd för att ideella skador betraktas som inkommensurabla med pengar.[1164] Mitt bidrag till inkommensurabilitetsdebatten är att anlägga ett regelperspektiv influerat av Wittgenstein på min vinjettundersökning och dess utfall. Utgångspunkten är att om det råder en fundamental inkommensurabilitet skulle det påverka undersökningens utfall genom: 1) det interna bortfallet, 2) ersättningsbeloppen, 3) proportionerna mellan ersättningsnivåerna och slutligen 4) likheten mellan de båda undersökningsresultaten.

Man kan också uttrycka det som att givet inkommensurabiliteten skulle den ställa respondenterna inför en ”fri” valsituation, som skulle generera belopp som var rent godtyckliga och därmed som endast svårligen kunde sägas uttrycka någon mening

1161 Bindreiter & Edvinsson, 2006, s. 125.

1162 Jämför Kelsens grundnorm som ”en ’självmotsägande äkta fiction’” utan yttre auktoritet eller validitet. Gustafsson, 2011, s. 119 f.

1163 Klami, 1990, s. 15.

1164 Schultz, 2008, s. 81 f. Tankegången är dock inte ny. Frågan hur man ersätter den som ”… berövats en behovstillfredsställelse, t.ex. ett teaterbesök” har ansetts röra om den ekonomiska reparationen är kommensurabel mot skadan. Persson, 1953, s. 393.

i relation till befintlig praxis. Istället gav vinjettstudien ett resultat, som inte kan förklaras av slumpen utan följer ett begripligt mönster i relation till den befintliga praxisen på området. Ambitionen här är således att anlägga ett aktionsperspektiv på rätten genom att spegla olika praktiker mot varandra, där meningen följer av handlandet och ytterst av regelföljande.[1165] Analysen faller således tillbaka på Wittgensteins privatspråksargument om att regelföljande inte är något privat utan delat. Lite mer konkret betyder det att vinjettens fråga kan jämföras med en regelformulering, som naturligtvis uppfattas och tolkas olika av respondenterna med skillnader i tillämpning (belopp) som följd. Ofta stannar den rättsliga analysen vid att tolkning, särskilt av vaga begrepp, medför att tolkaren själv tillför mening genom att ersätta innebörden på olika sätt, vilket ger en glidning mellan regelformuleringen och dess mening. Detta har Hart visat på, och han har också, genom den vikt som han tillmäter igenkänningsregeln, riktat uppmärksamheten på rätten som praktik i en närmast rättsrealistisk mening.[1166] Vad som förbinder en regelformulering med de enskilda tillämpningarna är det etablerade, en praxis eller praktik. Regeln finns alltså redan, i Harts fall som primära regler, i mitt fall på det sätt, som vinjettfrågan är utformad. Om respondenterna skulle följa regeln på ett helt privat sätt skulle utfallet inte vara meningsbärande i relation till annan praxis. Därför kan man säga att de olika respondenterna, som sitter var för sig, tillsammans i syntaxen, formulerar en praxis, som möjliggörs genom regelföljande. Därför ges också praxis och praktik en social dimension, eftersom jämförelsen här görs betydelsefull. När man diskuterar igenkänningsregeln i relation till vagare bedömningsgrunder, så finns det två sidor av saken, en är att enligt Harts beskrivning ingår icke-rättsliga och informella normer vid fastställandet av igenkänningsregelns innehåll. Den andra är att utfallet, regeln som tillämpas, kan bestå av andra komponenter än regler enligt den utveckling, som gjorts av Harts teori.[1167]

Det är viktigt att minnas att enligt Wittgenstein finns ingen ”grundregel” utan genom användandet av begrepp som ”språkspel”, ”livsform” och ”familjelikhet” visas på att det sociala bruket ger meningen och meningar kan vara överlappande.[1168] De språkliga begreppen som ”kränkning” och ”upprättelse”, som är centrala för vinjettfrågan, ingår således i en verksamhet byggd på erfarenhet, tidigare handlingar liknande ”ett komplicerat nät av likheter”, som alltså utgör de besläktade språkspelen och som bildar familjerna. Samtidigt är det frågan om regelstyrd verksamhet, eftersom privatspråksargumentet rör problemet med att följa en regel genom egen tolkning. Därför är det inte möjligt att tala om korrekt regeltillämpning och då upphör meningen med att tala om regelföljande. Ett annat sätt att formulera det är att respondenterna har lyckas formulera något socialt och inte något som är olika exklu-

1165 Wennström, 1996, s. 203. Att rätten utgår från beslutet var något som Carl Schmitt har beskrivit. Gustafsson, 2011, s. 114 f.

1166 Klami, 1990, s. 12.

1167 Galligan, 2007, s. 58.

1168 Wittgenstein skriver ”559. Du måste tänka på att språkspel så att säga är något oförutsägbart. Jag menar: Det bygger inte på grunder. Är inte förnuftigt (eller oförnuftigt). Det står där – liksom vårt liv.” Wittgenstiein, 1981, s. 81.

siva ”egna” tolkningar av vinjetten. Eftersom uppskattningen av ersättningsbelopp av kränkningen fått ett begripligt empiriskt utfall, kan inte kränkningsersättningen vara ett privat begrepp, som helt utgår från en privat tolkning. Därför blir ”styrkan” i det empiriska materialet, genom tolkningen av Wittgensteins privatspråksargument, av betydelse för inkommensurabilitetsproblematiken.

Att närmare precisera den regel som väglett respondenterna i deras tillämpning av den regel som utrycks i vinjettfrågan är svårt. För Wittgenstein ligger värdet i att uppmärksamma att ett faktiskt språkspel spelas och han lämnar förklaringarna utanför. Studiet av användningen är den centrala ”metoden”, då förklaringar lätt blir reduktionistiska beskrivningar.[1169] Wittgensteins idé om vad det innebär att följa en regel har liknats vid Ehrlich's beskrivning av den levande rätten och den praktik, som följer på en regel, när den tillämpas.[1170] Studerar man saken närmare ur ett Ehrlich-perspektiv, framstår det som om den praxis och praktik som Wittgenstein ser som det som förbinder regeln med handlandet, motsvarar de regler som enligt Ehrlich kan följa ur ”facts of law”, som i sin tur kan utgöra ”input” till den levande rätten.[1171] Det viktiga utgörs av att det är reglerna, som följer av ”the evaluation of these facts by 'the human mind' that attached rules to social facts, creating legal norms.”[1172] Jag skulle inte påstå att tillbakavisandet av inkommensurabilitetsproblematiken genom tolkningen av Wittgensteins privatspråksargument i relation till undersökningarnas resultat ger upphov till någon rättslig norm eller regel. Istället är poängen att resultatets regelmässighet knyter samman aspekter som sedvänja med praxis och att detta förutsätter regeln.[1173] Att utifrån Wittgenstein konstruera någon lära eller regelinnehåll skulle strida mot Wittgensteins ambition att faktiskt se hur saker är givet praktiken, livsformerna och språkspelen mitt ibland oss.[1174] Den kritiska realismen, som istället ser förståelsen som en fördold sak, bortom eller under verkligheten som ska nås med hjälp en mängd komplicerade begrepp och indelningar, visade sig inte lika klargörande.

Eftersom lagstiftaren har valt att lösa ersättningsberäkningen av ideella skador genom att ge rättstillämparen uppdraget att vid värderingen skönsmässigt bedöma de i samhället rådande etiska och sociala värderingarna, blir gränsen mellan varat och börat inte så skarp. I sammanhanget kan man också betona att det enligt lagstiftaren inte primärt är den kränktes egen upplevelse, som utgör grunden för bestämmandet av ersättningen, utan bedömningen ska göras typiserat, vilket öppnar upp för de

1169 Molander, 2008, s. 162 f.

1170 Webber, 2009, s. 218.

1171 Vogl, 2009, s. 100 f.

1172 Ibid. Enligt Stefan Vogl är denna beskrivning ett svar mot Kelsens kritik att ”Ehrlich was transposing social facts into legal norms, or deriving legal norms from social facts: it was not the facts of law themselves that Ehrlich regarded as legal norms, but the 'rules', a group of human beings developed from these facts.” Ibid.

1173 För Wittgenstein är att följa regeln en praxis, ett regelmässigt bruk eller en sedvänja. ”Att följa en regel, att lämna ett meddelande, att ge en befallning, att spela ett parti schack är *sedvänjor* (bruk, institutioner).” Wittgenstein, 1992, s. 96.

1174 Det finns en uppfattning att det är främmande för andan i Wittgensteins texter att bygga någonting på vad man tror de säger. Samuelsson, 2008, s. 159.

regeldiskussioner som här förs.[1175] Avseende inkommensurabiliteten så gäller inkommensurabilitet endast om den är fundamental, medan det faktum att det är svårt att uppskatta kränkningen i pengar, följer inte nödvändigtvis inkommensurabilitet. Resultatet är inte, åtminstone teoretiskt, förvånande, eftersom det paradoxalt nog är vagheten hos både kränkningen och ersättningen, som också gör att det är svårt att bevisa fundamental inkommensurabilitet.[1176] Även om en kränkning och ett ekonomiskt belopp tillhör olika kategorier och livsvärldar, kan uppenbarligen respondenterna välja vilket belopp som de tycker är lämpligt. Vad som grundar detta är dock vagheten eller ovissheten, som gör att kommensurabiliteten är möjlig enligt följande påståenden: 1) Det är obestämt om 15 000 kronor (praxis) är lika ”bra” som en misshandel av normalgraden. 2) Det är uppenbart att 50 000 kronor (medianvärdet enligt de båda respondentgrupperna) är ”bättre” än 15 000 kronor. 3) Det är obestämt om 50 000 kronor är ”bättre” än en misshandel av normalgraden.[1177]

Slutsatsen mot bakgrund av det empiriska resultatet är således att beloppet och brottet ”praktiskt” är kommensurabla, medan det teoretiskt är svårt att bevisa att de *inte* är kommensurabla på grund av vagheten.[1178] Det viktiga är att respondenterna uppfattar frågeställningen och därmed jämförelsen mellan kränkningen och ersättningen som legitim eller tillåtlig, även om respondenterna saknar djupare kunskap om ämnet, gör de olika tolkningar och har olika preferenser. Den spridning som vinjettsvaren uppvisade och den vaghet som hela ämnet och frågeställning rör, gör att man kan anta att det råder inkommensurabilitet inom ”paritetsfallen”, alltså när det rör sig om mindre skillnader antingen i kränkningen eller ersättningsbeloppen. En sådan osäkerhet kan dock sägas gälla flera paritetsfall inom rättstillämpning, exempelvis vid straffvärdebedömningar, eftersom måttet för att bedöma ett brotts klandervärde också bär på obestämbarhet. Egentligen är det inte den teoretiska frågan om inkommensurabiliteten (vilket också är en stor fråga som går utanför avhandlingens ram), som här är av intresse, utan vad resultatet betyder för frågor om den rättsliga professionen, vad som skiljer den rättsliga tillämpningen från lekmännens och vad som utgör relevanta grunder för rättslig bedömning. Analysen ovan leder också till hur Roos har beskrivit den ideella ersättningen, ”som ett närmandevärde till reservationspriset får man en – om än bräcklig – teoretisk grund för utdömande

1175 Prop. 2000/01:68 s. 51 f. och 74.

1176 Jämför Rabinowicz, 2009, s. 73 f.

1177 Wlodek Rabinowicz har i denna del lämnat värdefulla kommentarer. Min tillämpning utgår från en artikel skriven av Rabinowicz om inkommensurabilitet och vaghet, som behandlar ”the Small-Improvement Argument”: ”The introduction of $\underline{x}^{+}$ does not allow us to definitley rule out the possibility of $\underline{x}$ and $\underline{y}$ being equally good, as long as we cannot definitely etablish that $\underline{x}^{+-}$ is not better than $\underline{y}$. The following are mutually compatible claims: (i) It is indeterminate whether $\underline{x}$ is equally as good as $\underline{y}$. (ii) It is determinate that $\underline{x}^{+-}$ is better than $\underline{x}$. (iii) It is inderminate whether $\underline{x}^{+-}$ is better than $\underline{y}$.” Ibid.

1178 “The epistemic objection and the vagueness objection make it difficult to conclusivley argue, in particular cases, that a case under consideration indeed is an instance of incommensurability”. Ibid. Jämför Rodin, 1993, s. 83 ff. Radin sammanfattar: ”At least in the context of damages for personal injury, compensation is a *contested* (min kursivering) concept”. Ibid s. 86.

och differentiering av sådana skadestånd."[1179] Enligt Roos vore en nedtoning mellan ekonomisk och ideell skada nyttig, liksom mindre fokusering på den fulla ersättningen och istället se ersättningens storlek mer som ett pris på vad skadevållaren får betala.[1180] Problemet med brottsskadeersättningen är att det inte direkt är skadevållaren, som betalar, vilket även gör olika preventionsaspekter problematiska, om man inte, likt Roos, istället ser en poäng i att rättsväsendet betalas av skattemedel – om brottsbekämpningen är framgångsrik kan brottskadeersättningen hållas nere.[1181]

Ersättning för kränkning avser att ersätta känslor som den kränkande handlingen har framkallat hos den skadelidande, såsom chock, rädsla, förnedring, skam eller liknande reaktioner som inte tar sig sådana medicinska uttryck att det föreligger en personskada.[1182] För den kränkningsersättning som brottsoffren erhåller utgår känslorna, som ska kompenseras, rimligen från det brottsliga angreppet, även om "kausaliteten" i denna fråga är förhållandevis komplex. Eftersom dagens kränkningsersättning har sina rötter i ersättning för lidande kan dessa känsloaspekter förstås som skador, men genom utvecklingens mot kränkningsersättning kommer gärningen och själva regelöverträdelsen mer i fokus. Då blir känsloaspekten mer en fråga om den sociala och rättsliga kontext vari händelsen förstås och tolkas, vilket medför en högre grad av generalisering och abstraktion vilket gör skadebegreppet svårare att använda. Samtidigt så aktualiseras fenomen som rättsmedvetande och värderingar i samhället. Att närma sig frågan om vad den empiriska undersökningen behandlar och hur den kan relateras till rättsområdet genom känslorna kan vara en lösning på det problem, som brukar kallas "Humes lag".[1183] Enligt Hume gör sig somliga författare skyldiga till en glidning från att dra premisser om naturen (*är* och *är inte*) till normativa slutsatser (*bör* eller *bör inte*).[1184] Inom moralfilosofin har Moore utvecklat Humes tankegång och glidningen eller förväxlingen kallas då "det naturalistiska felslutet." Naturrättsliga uppfattningar har ansetts drabbats av tankegången, liksom Ehlich, när han argumenterar för att den levande rätten som *varat*, är den verkliga och normativa rätten.[1185] Inom rättsteorin har särskilt Kelsen gjort sig känd för en sträng separation mellan normativa rättsnomer och beskrivande rättssatser. Inom rättssociologin har såväl Kelsens rena rättslära som distinktionen mellan *varat* och *börat* kommit att uppmärksammats på bred front som ett led i att definiera normens olika essenser.[1186]

1179 Roos, 1990, s. 35.
1180 Ibid, s. 33 ff.
1181 Ibid, s. 126.
1182 Prop. 2000/01:68, s. 19 och 48.
1183 Fredriksson, 2009, s. 45.
1184 Hume, 2005, s. 32.
1185 Peczenik, 1995, s. 139. van Klink, 2009, s. 144 f. Det här även hävdats att brott mot Humes lag är en del av rättstillämpningen: "Controversial cases, then, and perhaps most cases turning on the interpretation of judge-made law, challenge the positivist claim about 'is' and 'ought' in law." Harris, 1997, s. 187 f.
1186 Svensson, 2008, s. 42 ff. "Startskottet" om rättssociologins dubbla studieobjekt kan dock föras till David Nelkens artikel "The Truth About Law's Truth" från 1993. Baier & Svensson, 2009, s. 24.

I likhet med den kritiska realismen och Wittgenstein ställer sig Hume kritisk till tanken på en yttervärld, som vi enkelt kan få kunskap om, då denna är begränsad till vår upplevelsevärld.[1187] Genom sin kritiska och skeptiska lära om empirismens begränsningar och orsakbegreppets brister, väcktes Kant ur sin ”slummer” och utvecklade sin argumentering om vår kunskapsförmågas gränser och problemet med en av oss oberoende realitet.[1188] För Hume är det bara vår känsla som kan överbrygga det logiska gapet mellan fakta och värderingar. Känslan är vår ”källa” för moraliska omdömen och distinktioner[1189] Men känslan och en moralisk utsaga utgör inga fakta om det som utlöst reaktionen enligt Hume. Känslorna kan även beskrivas utan att man därmed stadgar hur man bör handla men om det ändå görs, är det inte faktakunskap om varat.[1190] Utan sina känslor vore respondenten lika utlämnad som om inkommensurabilitetsproblemet vore fundamentalt, när denne ska besvara enkätens normativa frågor. På samma sätt är det med rättstillämparen, om denne tar sitt uppdrag på allvar. Utöver att kränkningsersättningen uttryckligen syftar till att kompensera känslor, kan även harmonin med rättskänslan ses som en generell skadeståndsrättslig funktion.[1191] Dufwa beskriver varför de skadeståndsrättsliga reglerna inte bör stöta sig med rättskänslan: ”I stort sett åsyftas den omständigheten att reglerna inte får vara svåra att svälja för gemene man. Denne måste med sin intuition kunna acceptera dem. Eljest blir reglerna svåra att tillämpa.”[1192]

Humes beskrivning av känslornas stora betydelse i kombination med hans nonkognitivism ger samtidigt ytterligare en ledtråd till inkommensurabilitetsproblemet. Enligt Hume är inte kränkningsersättningen en fråga om fakta, men människor är ändå kapabla till att göra distinktioner mellan hur illa de tycker en företeelse är.[1193] Hume tog själv brottet som exempel på känslans roll: ”Låt oss ta en handling som erkänns vara lastbar: överlagt mord, till exempel. Låt oss granska den ur alla vinklar och se om vi kan hitta ett faktum, eller en verklig existens, som vi kallar *last*. Hur man än betraktar saken, finner man endast vissa passioner, motiv, viljeakter och tankar. Det finns inga andra fakta. Lasten undgår oss helt, så länge vi betraktar föremålet. Vi kan aldrig hitta den förrän vi riktar vår reflektion mot vårt eget hjärta och finner en känsla av ogillande som uppkommer inom oss gentemot denna handling.”[1194] Enligt Hume är det ”genom konstitutionen hos vår natur”, som känslan av klander gentemot brottet finns och alltså inte hos själva gärningen eller dess skada.[1195] På frågan hur den konstitutionen ser ut, har Wittgensteins privatspråksargument, om vad det

1187 Fredriksson, 2009, s. 31.
1188 Kant, 2004, s. 76 f.
1189 Hume, 2005, s. 33 f.
1190 Här finns en likhet med den skandinaviska rättsrealismen. Peczenik & Reidhav, 2006, s. 72. Hume, 2005, s. 31
1191 SOU 1969:58, s. 20, 29, 30.
1192 Dufwa, 1993, s. 1720.
1193 Hume ger även en grund till varför både respondenterna och rättstillämparen kan lösa ersättningsfrågan och varför ämnet engagerar folk: välvilja, medkänsla, empati, inlevelse i andra människors situation, krav på humanitet och rättvisa. Fredriksson, 2009, s. 117.
1194 Hume, 2005, s. 32.
1195 Ibid.

innebär att följa en regel, bidragit. En sådan analys ligger i linje med Hume, eftersom hans filosofi främjar att fokus flyttas från föremålen till relationen till subjektet och dessas olika instinktiva böjelser, upplevelseformer och kunskapsförmågor.[1196] Enligt min tillämpning slår det dock inte över i fullständig relativism eller konstruktivism, eftersom jag tar fasta på att det enligt Wittgenstein rör sig om regelföljande och praxis och enligt Hume om att känslorna, samt de distinktioner som därmed uppstår, är ett faktum, som är verkligt och således inte godtyckligt. Det är viktigt att notera vad som möjliggjort den ovangjorda analysen är en kombination av enkätundersökningarnas resultat och den teoretiska analysen. Harts ställningstagande att ramarna för rättsligt tänkande och handlande är en empirisk fråga har varit viktig, liksom följande aspekter: 1) igenkänningsregelns utfall, 2) språket och tolkningens betydelse, 3) det sociala trycket och 4) betydelsen av rättens inre aspekt, där vi förhåller oss till regler genom kritik och reflektion. Harts angreppssätt, som har kallats för ”analytisk normativism”, där frågor om hur normer och regler kommer faktiskt till utryck i beteendet och språket analyseras förhållandevis förutsättningslöst, kan ses som ett närmande till realismen.[1197] Även Humes moralfilosofi inbegrep värdet av empiriska observationer, eftersom utsagor om känsloreaktioner kan ha sanningsvärde men de säger inget om handlingen i sig.[1198]

Sådan emotivism återfinns även inom olika varianter av rättsrealismen som exempelvis hos Petrazycki, som betonar ”rättsupplevelsernas” betydelse.[1199] Dessa uppstår genom externa impulser, som kan vara olika rättskällor eller rättsliga institutioner. Särskilt betonande han att intuitiva rättsupplevelser ofta är korrelativa rörande skyldigheter och anspråk men alltså inte om direkta rättigheter.[1200] Motsvarande tankegång finns inom skadeståndsrätten som ”correktive justice”, som medför att det finns en skyldighet att ersätta skadan och att den skadelidande har ett motsvarande anspråk men att skadegörarens roll tonas ned. Läran har särskilt stor betydelse inom miljöskadeområdet och vid värnandet av individens autonomi.[1201] I båda fallen rör det sig om skador som det allmänna, utifrån moraliska och etiska aspekter, kan anses ha en skyldighet att återställa och där det i slutändan ofta blir en fråga om ett försäkringskollektiv som får betala. Här finns således likheter med den kränkningsersättning som utgår från brottskadelagen och utbetalas av Brottsoffermyndigheten. Frågan om hur rätten ska tillämpa sådana regler och uppskatta skadevärdet vid ideella skador kvarstår dock. Segerstedt försökte visa att sådana rättskänslor och värdeupplevelser, som aviseras vid bedömningen av en kränkning, först är möjlig i relation till ett normsystem givet en social gemenskap. I en sådan kontext får olika företeelser och handlingar ett värde och en mening som ”utryck för samkänslan” och ”som socialt betingade värden”. Den rent ideella skadan kan enligt Segerstedt ses som ett

1196 Ibid.
1197 Klami, 1990, s. 12.
1198 Peczenik & Reidhav, 2006, s. 69, 74.
1199 Klami, 1989, s. 20.
1200 Klami, 1990, s. 17 f. Peczenik, 1995, s. 631.
1201 Dufwa, 1993, s. 1726.

både verkligt och värdefullt ”ting” men endast inom ett system av begrepp, det sociala mediet.[1202]

6.7 Den läckande rätten

Nedanstående text syftar till att sammanfatta de viktigaste teman och resultaten av detta analyskapitel. Analysen ovan har visat att rätten inte både kan vara normativt sluten eller ”ren” och samtidigt lösa uppgiften med brottsoffrens kränkningsersättning, utan det föreligger oundvikligen ett ”normativt läckage” vid rättstillämpningen. Det tydligaste exemplet är Teubners tolkning av Harts igenkänningsregel, som visade att de båda har helt olika uppfattningar om rätten som fenomen. Detta läckage kan fungera negativt eller positivt. Om rätten i sin ambition att täppa till läckaget inte tar lagstiftarens uppdrag på allvar, utan genom schabloniseringen skapar en rättstillämpning som inte speglar omgivningens förväntningar och det sociala trycket, kompenseras inte kränkningen och det ger en legitimitetsförlust. Utmaningen ligger istället i att balansera läckaget och inse att det är en oundviklig del av situationen. En viktig slutsats är därför, att om rättstillämparen skulle bortse från den *alltför* komplexitetsreducerande referatsamlingen och värdera kränkningen i likhet med hur vinjettstudien var utformad, skulle denne med stor statistisk sannolikhet hamna på samma medianvärde som respondenterna i de båda undersökningarna. Givet respondenternas svarsmönster skulle samtidigt brottsoffrens kränkningsersättning fungera som upprättelse i högre grad än om rättstillämparen höll sig till referatsamlingen. Om man tolkar enkätsvaren som en helhet, kan man tala om ett socialt tryck och omgivningens förväntningar avseende rättstillämpningen på området. Därmed kan inkommensurabilitetsproblematiken sägas vara överdriven och den betydelse den givits speglar snarare igenkänningsregeln än fenomenet och dess verkliga problematik. Det finns en problematik, men den är inte fundamental. Det är svårt att slutgiltigt definiera och förklara varför respondenterna förmår att hantera vinjettfrågorna trots problematiken och att allmänheten och brottsoffren uppvisar så likartade svarsmönster i centrala avseenden. (Exempelvis menar Segerstedt att det faktum att något anses ha ett värde indikerar att detta är verkligt och ingår i ett system och omdömena ger dess mening.)[1203] Hur erfarenheter, kunskap och rättvise- eller moralkänslor samverkar går också utanför avhandlingens ämne. Jag har dock angett några möjliga förslag i föreliggande analys, som alla utgår från att de är av betydelse för förståelsen. Ett resultat är insikten att brottsoffrens kränkningsersättning är sammanlänkad med andra rättsområden, särskilt gäller det påföljdssystemet, en annan är det ”sammanförande”; viljan att nå koherens och konsonans återfinns vid

1202 Segerstedt, 1938, s. 227 ff. Både Segerstedt och den sene Wittgenstein är influerade av G. E. Moore.

1203 Segerstedt, 1938, s. 240 ff.

en jämförelse mellan brottsoffrens och allmänhetens enkätresultat, men också hos juristerna som genom igenkänningsregeln försöker hantera denna problematiska ersättningstyp. Empirin visade även att både allmänheten och brottsoffren i stort bedömer kränkningsersättningens reparation och prevention som sammanlänkade. Troligen tar de även hjälp av kunskaper om de skilda brottstypernas straffvärde och hur straffskalan ser ut, när de besvarar vinjettfrågorna. För juristerna är detta skilda saker och viljan att hålla skadeståndssystemet koherent kan också förklara varför kränkningsersättningen av tradition haft begränsad betydelse.

Problemet är att denna gemensamma vilja till konsonans istället leder till konflikt och dissonans, eftersom de båda livsvärldarna rör sig i motsatta riktningar. Rättshistorien visar samtidigt att pluraliteten är stor och som Ihering visat på är det svårt att peka på vad som är främmande ”för rätten i sig”, men rättens mål är det samma; friden.[1204] Genom Harts hjälp har rättsområdet studerats utifrån för att förstå det inifrån, från den interna synvinkeln. Enkätundersökningarnas resultat är visade att respondenterna intog ett regeltillämparperspektiv, där regeln utgjorde en komplex standard eller norm och inte en regel grundad i ett sanktionshot. Vill man vända på perspektiven, kan man säga att rättstillämparen i jämförelse intar ett mer externt perspektiv än respondenterna – om sanktionsaspekten ges en viktig betydelse – för rättstillämparen är regelföljandet offentligt och länkat till andra regler, vilka kan aktualisera sanktioner och därmed påverka regeltillämpningen. Gränsen mellan det interna och externa blir därför oskarp. När såväl respondenterna som rättstillämparen värderar kränkningen i pengar så gör de olika saker och intar olika roller, men begreppen och värderingen är delvis överlappande då de ingår i samma familj eller spel och betydelsen eller meningen följer av den gemensamma användningen. Den enskilda tillämpningen bygger på tolkning och kan därför inte fångas i regler, utan möjligen i efterhand och i relation till en mer omfattande praxis.[1205] Poängen som Wittgenstein visar, är att *betydelse* och *funktion* hos språkliga fenomen, som de rättsbegreppen utgör, är intimt förknippat med regler men ”praxis måste tala för sig själv”.[1206] Att betrakta kränkningsersättning utifrån arvet från Savigny och Ihering visar också hur förenklad bilden av ”law in books/law in action” är och min realistiska användning av Hart har resulterat i en närmast hermeneutisk förståelse: Tolkning och tillämpning av regeln går alltid utöver den samma samtidigt som respondenterna förmåddes skapa ett resultat som var förvånansvärt ”konsistent”, trots inkommensurabilitetsproblematiken, – och utan att ha någon konkret regel att utgå från. Men att därifrån dra slutsatsen att rättstillämpningen gets ett underlag skulle förminska regelbetydelsen och förståelsen av kränkningsersättningen.

1204 Ihering, 1941, s. 7, 77. Jämför Dufwa om olika intresseläror och skadebegrepp inom olika rättsfamiljer, Dufwa, 1993, s. 1829 f.

1205 Vill man vara kreativ skulle man kunna tänka sig att det finns sociala normer, som om de utgör ett reellt socialt tryck, kan liknas vid ”regler av andra ordningen”, liknande en extern igenkänningsregel, vilka bedömer tolkningen och rättstillämpningen av den första ordningens regler. Jfr Samuelsson, 2011, s. 155.

1206 Wittgenstiein, 1981, s. 17, 28.

Transformationen, såväl från varat till börat som från börat till varat, utgör därför en av kärnorna i kränkningsproblematiken. Givet hur lagstiftaren har formulerat sig och en värdenaturalistisk uppfattning, där värderingar betraktas som fakta som empiriskt kan studeras, ska rättstillämparen i sin normativa situation beakta dessa sociala fakta. Det normativa i sin tur utgår från att rättstillämpningen ska medföra att skadeverkningarna av brott ska minska överlag och i fallet med ersättning för kränkning rör skadan en känslomässig upplevelse vid skadehändelsen (brottsögonblicket). Därtill har vi diskussionen om handlingsdirigering och tillfredställelse av rättskänslan. Det viktiga är dock att rätten ska (åter)transformera börat till varat. Denna dualism är särskilt tydlig inom skadeståndsrätten, där rättstillämparen spelar en viktig roll för att forma innehållet i gällande rätt. Därtill har vi känslo-aspekten, som redovisades ovan; det är en kompensation för en känsloreaktion. Det ligger då nära till hands att rättstillämparen inte kan hantera problematiken utan att själv använda sina känslor. Det empiriska resultatet pekade också i riktningen att det är möjligt att uppskatta dessa typer av rent ideella skador som kränkningen representerar. Genom den Wittgenstein-inspirerade analysen om regelföljande kunde den totala ojämförbarheten eller fundamentala inkommensurabiliteten tillbakavisas, vilket också räddar oss från att hamna i den enskildes personliga och intuitiva preferenser som grund för den rättsliga bedömningen, även om de säkert inte är oväsentliga i praktiken. Således har avhandlingen rört tolkning och rättstillämpning i särskilt svåra fall, där både gällande rätt som andra måttstockar och värdeomdömen aktualiseras.

Den övergripande slutsatsen är att det finns flera svårigheter med kränkningsersättningen från såväl rättslig som viktimologisk synvinkel. Det finns därför goda skäl att titta på olika alternativ som reparativ rättvisa, där parterna intar en tydligare och aktivare roll. Genom medling eller andra terapeutiska inriktningar, som prövas för att utveckla rättstillämpningen utifrån parternas behov och möjligheter, kan också fixeringen vid ersättningsnivåer brytas. Samtidigt visar mitt resultat att människor har en kapacitet att skapa praxis genom regelföljande utifrån ett vidare praxisfält bestående av erfarenheter och kognitiva funktioner. Utifrån en ambition att vilja uppfylla skadeståndsrättens funktioner, finns det även ett värde i att ta lagstiftarens formuleringar om att rättsområdet verkligen ska spegla samhällets värderingar på allvar. Även om reparativ rättvisa kommer att öka i omfattning, kvarstår ändå behovet att definiera olika kränkningar utifrån skadeståndsrättsliga regler och principer. Därför kommer en rad frågetecken att kvarstå. Själva poängen med den rättsliga bedömningen överlag, och särskilt i kränkningsfallen, är att inte sammansmältas med den sociala verkligheten, eftersom det på sikt skulle göra den meningslös och överflödig. Istället är kränkningsersättningen ett av rättsväsendets tydligare exempel på värnandet av det specifikt rättsliga, skyddet av den personliga integriteten och andra grundläggande fri- och rättigheter för den enskildes trygghet och säkerhet. Samtidigt måste rättstillämpningen kunna ta in och reflektera över omgivningens förväntningar om ersättningen ska kunna fungera som kompensation för kränkningen och ge upprättelse, vilket aktualiserar ersättningens symbolvärde – något som bara kan förstås i en social kontext. I den meningen sätter kränkningsersättningen fingret på

Humes lag. Eftersom kränkningsersättning även tangerar känsliga och etiska frågor blir förhållandet mellan rätten och den sociala verkligheten särskilt problematisk, vilket kan belysas genom följande citat:[1207]

> At an upper limit, law cannot afford to be fully out of step with reality because then it would cease to exist. On the other hand, at a lower limit, law cannot coincide with reality, because that would make its existence superfluous. (…) A complete correspondence between 'is' and 'ought', as much as a complete discrepancy, means the death of law. It may be a joyous death, which can be welcomed with the well-known words of the Portuguese poet Pessoa: '(I)f I die now, I will die happy / Because everything is real and everything is right' – but still, it is death.'

1207 van Klink, 2009, s. 149 f. Fernando Pessoa (1888-1935) var en portugisisk författare och filosof.

Summary

7.1 Introduction

The thesis takes its starting point in the question of how damages for violation through crime is determined. According to the tort liability provision in the Act on Damages (Skadeståndslagen 1972:207), Chapter 2, section 3, a person who seriously violate another person trough a crime involving an assault on his person, liberty, peace or honour, shall compensate the damage the violation involves. Damages for violation is a type of non-pecuniary damage and the non-pecuniary damages to crime victims is the dominating type of these damages in Swedish tort law. The victim can apply for damages for violation from the state compensation for criminal injuries, the Crime Victim Compensation and Support Authority (Brottsoffermyndigheten). Even if this type of compensation for violations through crime has a long history in Sweden, it has a close link to the criminal law and is well integrated within the larger compensatory legal system. Yet there is a fundamental uncertainty about the computation of damages and what is really meant by "violation" in the meaning of the law. The general opinion within the legal profession is that there is a lack of norms to compute the damages when it comes to compensation for violation and some of the difficulties seem to be related to the incommensurability between the violation and the financial compensation. The traditionally ambivalent and restrictive attitude has become challenged in recent years by a complex picture of different factors. One of the more important factors is probably the changes to the national criminal and social policy to focus more on the situation among victims of crimes. When the judicial system increases the level of ambition there is also an increasing demand for the type of basic knowledge that advises the preparatory work to the legislation. The knowledge demand with reference to the Act on Damages (SkL) is an official report (SOU 1969:58) by professor Jan Hellner about the need for a study of tort law from

a sociology of law perspective. Now, roughly 40 years after the general idea came up, this thesis can be seen as a response, and I have chosen to focus on a branch of tort law that is of broad contemporary interest: damages for violation through crime, because it´s the dominating part of all criminal injuries compensation.

The thesis consists of three parts: Part I (chapter 1-4), Part II (chapter 5) and Part III (chapter 6).

7.2 First part

In part I the theme and the subject is present together with the overall issue about investigating if there is any sense of justice connected to these kind of compensation and what kind of legal relevance that type of knowledge has. The empirical method consists of two surveys, one to the public and the other to victims of crimes that had received damage for violation by the state compensation for criminal injuries from the Crime Victim Compensation and Support Authority. Both surveys consist of some mutual parts, for example vignette questions based on legal cases. The first part also consists of a general description of the actual legal field, tort law in relation to criminal law, victimology and sociology of law in relation to different sanctions and compensations. The point of departure for the theory chapter is the question about how the view on different source of legal and non-legal knowledge differ among some scholars as the "free school of law", Scandinavian realists and H. L. A. Hart. The role of interpretation at the interpreter in relation to applying a general rule about the victims right to satisfaction open up for several central theoreticall and practical questions that will influence the victim. For example the context about criminal law, levels of punishment, the proportionality of the compensation in relation to the punishment and the crimes penal value seem to be relevant. There is also a gliding between if the compensation is related to the *violation* or the *suffering.* The violation-dimension has a more "objective" connotation as a sanction in the sense of an attack on a protected interest within the rule of law in relation to the suffering-dimension that focus more on the "subjective", individualized injury as the object of attack.

According to law, damages for violation should be determined in such a way that it reflects the present social norms within the society. Thus before the empirical study, two central suppositions were: (1) if the applicator of the law "succeeds" in this task and (2) if it is possible to say something about if the application of the law, for instance the compensation levels, influences the satisfaction among the victims. If there was a fundamental incommensurability between the damage and the compensation, there is no norm (if the essential attributes among norms is defined as an imperative, socially reproduced and surrounding expectations) for the estimation.

Then, there is an immediate danger that most of the victims will burst out "I can´t get no satisfaction!"

7.3 Second part

Part II gives an account of how the surveys were designed, analysed and the results were commented on. The survey consists of 1099 received surveys from the "public" and the one to the victims of crimes that got state compensation consists of 300 received surveys. The data analysis was made using SPSS and the outcome shows that both groups consider this type of compensation of high relevance despite its undefined aspects and despite that it is financed by the taxpayers. However, more interestingly, the respondents succeeded in handling the vignette questions, the percentage and the pattern of the answers where quite similar among the groups and in general it also follows the existing proportion. These results appear distinctly in particular when you calculate the results using a median value, whereas the mean deviation was more spread out. For some of the questions at issue, it was even impossible to statistically prove any certain difference between the two respondent groups. In general, the victims were disappointed with the compensation and the judicial system. The respondents from the "public" discredit at the same time the judicial system to give victims of crime satisfaction by the compensation and the fact that the application of the law reflects the social norms. Both groups advocate an increase of the compensation standard, but there is also a request that it should be the perpetrator of the crime that pays the compensation, which can be interpreted as the respondent seeing this type of compensation more linked to criminal law than to an insurance amount.

7.4 Third part

Part III consists of a re-analysis of the theoretical content in part I through the light of the empirical result from part II. The combination of the situation, that the compensation emanates from the violation when someone criminally assaults someone else's person, liberty, peace or honour which can bee seen as an attack on a protected interest governed by the rule of law, and the insecurity or undefined situation when such non-pecuniary damages shall be compensated, is a reminiscent, with a reference to Durkheim, to an *anomic* situation. Because of the connection to the fundamental normative structures within the law about the personal integrity and autonomy, this

situation "flows over" to other legal areas. From a more concrete victimological perspective, there will also be an immediate danger of secondary victimization among victims of crimes. As described above, this type of compensation is nothing new but its importance and range has increased in such away that it is now of considerable proportions. The theoretical interest is not about the damages rule and the compensation as such in a legal dogmatic way, or as a primary rule according to H. L. A. Hart. Instead, my analysis was about the secondary rules and in particular the rule of recognition according to Hart's description of the legal system and what it means to have an "internal" relation to social rules. In this part, my ambition is to relate the empirical material and this type of compensation to Hart's classical work "The Concept of Law". The ambition is to take his ambition to combine descriptive sociology, jurisprudence and ordinary language philosophy seriously to see where it can end up. First I take as one starting point, the *turning point* where the pattern of the social dimension takes over the individual abundance of variation. This "turning point" can be placed somewhere between the average value and the median value if we study the outcome of the vignette-questions in the surveys. Though the two surveys, (combined they consist of 1399 received surveys) were made using two different methods of selection and at different times, the outcomes were surprisingly corresponding . The thesis could maybe be finished with the conclusion that there is a sense of justice and social norms in relation to the compensation. But in order to analyse the meaning of the outcome and what kind of factors that can be of relevance here, I start to see the results in light of J. L. Austin and Ludwig Wittgenstein. Even if these kinds of compensation are more about the symbolic value and in a deeper meaning are lacking sense according to the problem within incommensurability between the non-pecuniary damage and the monetary compensation, they can do things in reality and also change the (social and legal) reality. The law is about language and as Austin has shown, as we use language, especially repeatedly, we do things even if there is no "truth value" they are "performative utterance". As a consequence, the problem with the incommensurability at the same time decreases (the function seems not to be dependent on the somewhat epistemological question) and increases (for example the ethics about saying that an amount functions as a satisfaction after an assault). But it seems like Wittgenstein has the most relevant ideas in relation to the topic and material here. The problem here described as "incommensurability" can also bee analysed as a question of Wittgenstein's private language argument. When the respondent is given the task of putting an amount in relation to a description of a crime in the survey, if there was fundamental incommensurability, it would not be possible to differ between the different types of crimes and, when the results were analysed together, create such a clear response pattern as they did. If the concept, compensation related to damages for violation, is understood by the respondents as a truly "private mental state" formulated in a genuinely private way, the outcome of the vignette would be hard to understand. Instead the example shows how meaning is a common and social phenomenon, and even more, it shows that in a broader context and practice this ends up as a question of rule following.

7.5 The leaking law

To sum up, the topic and the analysis of the results from the empirical study, show how several dichotomies as between formal and informal norms and between the internal and external view upon law puts in question and under stress. But this is not simply meant as a critique, to show a "gap problem" or between "law in books" vis á vis "law in action", but rather to illustrate that what can be described as *leaking law* is a central dimension of a normative system that deals with values, languages and the application of general rules through interpretation in a certain context. Accordingly, the question is rather *how* it leaks instead of *if*, moreover; according to the legislator, the estimation of the compensation *shall* leak.

Referenser

Agell, A., Malmström, Å. (1994). *Civilrätt.* Malmö: Liber.
Agell, A. (2002). ”Rationalitet och väreringar i rättsvetenskapen”, i *SvJT*, nr 3.
Ahlander, B. (1950). *Är juridiken en vetenskap?* Stockholm: Gebers.
Ahlberg, J., Håkansson, M. (1997). *Svenska folket om brott och brottsförebyggande åtgärder*. Stockholm: BRÅ.
Ahrenfelt, B. (2007). *Revir och ledarskap – en bok om organisatoriska revir*. Liber: Malmö.
Alexy, R. (2005). *Rätten och moralen*. Göteborg: Daidalos.
Andersen, H., Kaspersen, B. (2008). *Klassisk och modern samhällsteori*. Lund: Studentlitteratur.
Andersson, C. (1994). *Organisationsteori*. Lund: Studentlitteratur.
Andersson, H. (2000). ”Kritisk pluralism - utmaningar för rättsvetenskapen vid millennieskiftet”, i *FJFT*, nr. 2.
Andersson, H. (2000/01). ”Juridisk verklighetsbild – realitet eller simulacrum”, i JT, nr. 4.
Andersson, H. (2001). ”Mobbning som skadeståndsproblem”, i *Pointlex*, 12/03.
Andersson, H. (2001). ”En spricka i det ekonomiska skadevärderingsparadigmet”, i *Pointlex*, 03/05.
Andersson, H. (2003). ”Europakonventionen och nationella skadeståndsmål”, i *Pointlex,* 6/26.
Andersson, H. (2003). ”Omgivningsrekvisitet i miljöskaderätten – funktionell rumsbestämning och begreppskonstruktion”, i *Pointlex*, 4/10.
Andersson, H. (2003). ”Människorov och andra brott mot barn - direkt ’skadeverkan’ och indirekt ’skaderiktning’”, i *Pointlex*, 12/12.
Andersson, H. (2004). ”24 preludier utan fuga. Stilövningar samt förberedande tankar om den glada vetenskapen”, i *Konsten att rättsvetenskapa*, Asp, P., Nuotio, K. (red.). Uppsala: Iustus förlag.
Andersson, H. (2005). ”Europakonventionen som parallell respektive fristående skadeståndsgrund”, i *Pointlex*, 6/21.
Andersson, H. (2006). ”Skadestånd vid sexualbrott - differentierad syn på brottsrubricering och kränkningsersättning”, i *Pointlex*, 4/10.
Andersson, H. (2006). ”Schablonersättningar – objektiverade bedömningsgrunder samt kraven på underlag för individualiserade avvikelser”, i *Pointlex*, 24/1.
Andersson, H. (2006). ”Pragmatism och formalism - simultana tendenser i rättsbildningen”, i *Festskrift till Bill Duwfa*. Stockholm: Jure
Andersson H. (2006). ”Rättens narratologiska dimensioner - interaktion och konstruktion”, i *Interaktiv rättsvetenskap. En antologi*. M. Gräns, S. Westerlund (red.). Uppsala: Uppsala universitet.
Andersson H. (2011) ”Kränkningsersättningens utvidgning - vad kan man (inte) bli kränkt av?” InfoTorg Juridik 2/7.
Andersson, R. (2002). *Kriminalpolitikens väsen*. Stockholm: Kriminologiska institutionen Stockholms universitet.
Andersson, U. (2004). *Hans (ord) eller hennes? En könsteoretisk analys av straffrättsligt skydd mot sexuella övergrepp*. Lund: Bokbox.
Aristoteles. (1993). *Den nikomachiska etiken*. Göteborg: Daidalos.
Arvidsson, P., Rosengren, K. E. (2002). *Sociologisk metodik*. Malmö: Liber.
Asplund, J. (1968). *Sociala egenskapsrymder*. Uppsala: Argos.

Asplund. J. (1970). *Sociologiska teorier*. Studier i sociologins historia. Stockholm: Almqvist & Wiksell.
Aubert, V. (1972). *Rättssociologi*. Stockholm: Aldus.
Aubert, V. (1976). *Rettens sosiale funksjon*. Olso: Universitetsforlaget.
Axberger, H-G. (1996). *Det allmänna rättsmedvetandet*. Stockholm: Brå.
Baier, M. (2003). *Norm och rättsregel. En undersökning av tunnelbygget genom Hallandsåsen.* Lund: Lund studies in sociology of law.
Baier, M., Svensson, M. (2009). *Om normer*, Malmö: Liber.
Balvig, F., Gunnlaugsson, H. Jerre, K. Olaussen, L. P., Tham, H. (2010). ”Den nordiske retsbevidsthedsundersögelse”, i *NTfK*, nr. 3.
Banakar, R. (1994). *Rättens dilemma. Om konflikthantering i ett mångkulturellt samhälle*. Lund: Bokbox.
Banakar, R. (1998). ”The identity crisis of a ”stepchild”. Reflections on the paradigmatic deficiencies of sociology of law”, i *Retfaerd*, nr 81.
Banakar, R., Travers, M. (2002). *An introduction to Law and Social Theory*. Oxford: Hart.
Banakar, R., Travers, M. (2005). *Theory and Method in Socio-Legal Research*. Oxford: Hart.
Banakar, R. (2006). ”A life of H.L.A. Hart”, i *Retfaerd*, nr. 115.
Banakar, R. (2010). *Rights in Context. Law and Justice in Late Modern Society*. Farnham: Ashgate.
Barker, P. (1998). *Michel* Foucault – *An Introduction*. Edinburgh: Edinburgh University Press.
Barton, C. (1999). *Getting Even: Revenge As a Form of Justice*. Chicago: Open Court Publishing.
Barton, C. (2003). *Restorative Justice: The Empowerment Model*. Sydney: Hawkins Press.
Bengtsson, B. (1984). ”Om skälighetsregler i ersättningsrätten”, i *Festskrift till Hellner*. Stockholm: Norstedt.
Bengtsson, B. 1990. Inlägg i “Ideel skade – ersatningsret og ersatningsniveau”, vid *NJMF 1990 II*. Reykjavik.
Bengtsson, B. (2007). ”Om kränkning och diskriminering”, i *NFT*, nr. 4.
Bengtsson, B., Strömbäck, E. (2011). *Skadeståndslagen. En kommentar*. Stockholm: Norstedts juridik.
Bergenlöv, E., Lindstedt Cronberg, M., Österberg, E. (2002). *Offer för brott: våldtäkt, incest och barnamord i Sveriges historia från reformationen till nutid*. Lund: Nordic Academic Press.
Berger, P., Luckmann, T. (1998). *Kunskapssociologi*. Stockholm: Wahlström & Widstrand.
Berger, P. (2001). *Invitation till sociologi: ett humanistiskt perspektiv*. Stockholm: Prisma.
Bergström, G., Boréus, K. (2000). *Textens mening och makt: metodbok i samhällsvetenskaplig textanalys*. Lund: Studentlitteratur.
Berlin, I. (1984). *Fyra essäer om frihet*. Stockholm: Ratio.
Bertilsson, M. (1987). ”Om legitimitet”, i *Den sociologiska fantasin - teorier om samhället* U. Bergryd (red.). Stockholm: Rabén & Sjögren.
Bhaskar, R. (1998). ”Philosophy and scientific realism”, i *Critical realism. Essential readings*. M. Archer m.f.l. (red.), New York: Routledge.
Bindreiter, U., Edvinsson, R. (2006). ”Rättspositivism”, i *Rättsfilosofi. Samhälle och moral genom tiderna*, Nergelius, J. (red.) Lund: Studentlitteratur.
Bjarup, J. (2000). *Föreläsningskompendium*. Stockholm: Juridiska instutionen Stockholms universitet.
Bjarup, J. (2002). ”Human Nature and the Law”, i *Associations - Journal of Social and Legal Theory*, nr 6.
Bladini, F. (1996). ”Preventionstanken i den skadeståndsrättsliga utvecklingen”, i *Vänbok till Erland Strömbäck*. Stockholm: Svenska försäkringsföreningen.
Boghossian, P. (2007). *Fear of knowledge. Against relativism and constructivism*. Oxford: Clarendon Press.
Bondeson, U. (1979). ”Inledning till rationalitetstemat”, i *Rationalitet i rättssystemet*, U. Bondeson (red.), Stockholm: Liber.
Bondeson, U. (1979). ”Det allmänna rättsmedvetandet – en legal fiktion”, i *Rationalitet i rättssystemet,* U. Bondeson (red.), Stockholm: Liber.
Bondeson, U. (2005). ”Global trends in corrections”, i *Crime and justice in Scandinavia*, U. Bondeson (red.). Köpenhamn: Thomson.
Bondeson, U. (2008). *Nordic moral climates. Value continuities and discontinuities in Denmark, Finland, Norway, and Sweden*. London: Transaction.
Brante, T., Fasth, E. (1982). *Termer i sociologi*. Malmö: Liber.

Brante, T. (2004). *Diskussioner om samhällsvetenskap: gränser, innehåll och framtid*. Lund: Samhällsvetenskapliga falulteten, Lunds universitet.
Brottsoffermyndighetens referatsamling, (2009). Umeå: Brottsoffermyndigheten.
Bruun, N., Wilhelmsson, T. (1983). ”Rätten, moralen och det juridiska paradigmet”, i *SvJT*, nr. 10.
Brå-rapport, 1988:1. *Brottsoffer*. Stockholm: Brå.
Brå-rapport, 2007:9. *Förtroendet för rättsväsendet: resultat från Nationella trygghetsundersökningen,* 2006. Stockholm: Brå.
Brå, 2012:2. *Nationella trygghetsundersökningen*. Stockholm: Brå.
Brännström, L. (2009). *Förrättsligande. En studie av rättens risker och möjligheter med fokus på patientens ställning.* Malmö: Bokbox förlag.
Buch-Hansen, H., Nielsen, P. (2005). *Kritisk realisme*. Roskilde: Samfundslitteratur.
Börjel, I. (2008). *Juris lyrik*. Stockholm: Oei editör.
Cameron, I. (2006). ”Skadestånd och Europakonventionen för de mänskliga rättigheterna”, i *SvJT*, nr. 7.
Camus, A. (1966). *Myten om Sisyfos*. Stockholm: Bonniers.
Card, C. (2002). *The Atrocity Paradigm. A Theory of Evil*. New York: Oxford Univ. Press.
Carlsson, B. (1998). *Social steerage and communicative action*. Lund: Lund studies in sociology of law.
Chang, R. (1997). *Incommensurability, incomparability, and practical reason*. Cambridge: Harvard University Press.
Christensen, A. (1997). ”Rätten i ett samhälle under förändring”, i *Svensk rättsvetenskap 1947-1997*. Stockholm: Norstedts juridik.
Christie, N. (2001). ”Det idealiska offret”, i *Det motspänstiga offret*. M. Åkerström, I. Sahlin, (red.) Lund: Studentlitteratur.
Cohen, S., Wills T. A. (1985). ”Stress, social support, and the buffering hypothesis”, i *Psychological Bulletin*, nr. 2.
Coleman, J. (2001). ”Incorporationism, Conventionality, and the Practial Difference Thesis”, i *Hart's Postscript*, Coleman, J. (red.), Oxford: Oxford University Press.
Colvin, E. (1978). ”The Sociology of Secondary Rules” i *The University of Toronto Law Journal,* nr. 2.
Conradi, E. (1986). “Ersättning av lidande på grund av incest - en HD-dom”, *SvJT*, s. 453 ff.
Comte, A. (1979). *Om positivismen*. Göteborg: Korpen.
Cotterrell, R. (1989). *The politics of jurisprudence. A critical introduction to legal philosophy*. London: Butterworths.
Cotterrell, R. (1992). *The sociology of law. An introduction*. London: Butterworths.
Crafoord, C. (2011). ”Dynanisk utveckling av svensk skadeståndsrätt”, i *Advokaten*, nr, 2.
Crafoord, C. (2009). ”Regeringsformens fri- och rättighetsskydd och skadestånd”, i *SvJT*, nr 10.
Crafoord, C. (2005). ”Mot genombrott eller sammanbrott?”, i *ERT*, 2005, nr, 1.
Creswell, J., W. (2003). *Research design: qualitative, quantitative, and mixed methods approaches*. Thousand Oaks: Sage.
Dahlman, C. (2010). *Rätt och rättfärdigande – En tematisk introduktion till allämn rättslära*, Lund: Studentlitteratur.
Dahlstrand, K. (2007). Den anomiska rätten. Om undantagskonstruktionen av de rent ideella kränkningsersättningarna. Lund: Research report in sociology of law.
Dahlstrand, K. (2011). ”Ersättning för kränkning ur ett rättssociologiskt perspektiv”, i Brottsoffret och kriminalpolitiken, C. Lernestedt, H. Tham, (red.), Stockholm: Norstedts juridik.
Dalberg-Larsen, J. (1977). Retsvidenskaben som samfundsvidenskab: Et retsteoretisk tema i historisk og aktuel belysning. Köpenhamn: Juristforbundets forlag.
Dalberg-Larsen, J. (1998). Ret, tekst og kontekst. Köpenhamn: Jurist- og Ökonomforbundets Forlag.
Dalberg-Larsen, J. (1999). Lovene og livet. En retssociologisk grundbog. Viborg: GreensJura.
Dalberg-Larsen, J. (2000). ”Sociology of law from a legal point of view”, i *Retfaerd,* nr 89.
Dalberg-Larsen, J. (2009). *Lovene og livet. En retssociologisk grundbog*. Viborg: GreensJura.
Danelius, H. (1998). *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*. Stockholm: Norstedts.
Danelius, H. (2001). ”Finns det botemedel mot långsam rättsskipning?”, i *SvJt*, 2001, nr 2.
Danemark, B., Ekström, M., Jakobsen, L., Karlsson, J. (2003). *Att förklara samhället.* Lund: Studentlitteratur.
Davies, H., Holdcroft, D. (1991). *Jurisprudence. Text and commentary*. London: Butterworth.

Deflem, M. (2009). *Sociology of Law. Visions of a Scholarly Tradition*. Cambridge: Cambridge University Press.
Diesen, C. (2011). ”Brottsoffret och den terapeutiska juridiken”, i *Brottsoffret och kriminalpolitiken,* C., Lernestedt, H., Tham, (red.), Stockholm: Norstedts juridik.
van Dijk, J. J. M., van Kesteren, J.N., Smit, P. (2008). *Criminal Victimisation in International Perspective, Key findings from the 2004-2005 ICVS and EU ICS*. Den Haag: Boom Legal Publishers.
Denscombe, M. (2009). *Forskningshandboken – för småskaliga forskningsprojekt inom samhällsvetenskaperna*. Lund: Studentlitteratur.
Douglas, M. (1987). *How Institutions Think*. London: Routledge.
Dubber, M. D. (2005). ”Making Sense of the Sense of Justice”, i *Buff. L. Rev.*,vol 53.
Dufwa, B. W. (1993.) *Flera skadeståndsskyldiga*, *del 3*, Stockholm: Juristförlaget.
Dufwa, B. W. (1999). ”Rättsstridighet och det europeiska harmoniseringsarbetet i skadeståndsrätten”, i *Festskrift till Ulf K. Nordenson*, Stockholm, 1999.
Dufwa, B. W. (2000). ”The Swedish Model of Personal Injury Compensation Law Reconsidered”, i *European Law. Liber amicorum for Helmut Koziol*.
Dufwa, B. W. (2002). ”Den svenska skadeståndsrättens styrka och svagheter”, i *Festskrift till Nygaard,* Bergen.
Dufwa, B. W. (2002). ”Ideell ersättning vid personskada i ett europeiskt perspektiv”, i *Festskrift till Gösta Walin*, Stockholm: Norstedts juridik.
Dufwa, B. W. (2002). ”Kommentar till skadeståndslagen”, i *SvJT*, nr. 10.
Dufwa, B. W. (2005). ”Skolans ersättningsansvar för elevers mobbing under skolgång”, i *SvJT*, nr 4.
Durkheim, É. (1978). *Sociologins metodregler*. Göteborg: Bokförlaget korpen.
Dworkin, R. (1978). *Talking Rights Seriously*. London: Duckworth.
Eberhard, D. (2009). *Ingen tar skit i de lättkränktas land*. Stockholm: Prisma.
Eckhoff, T. (1974). *Justice. Its determinants in social interaction*. Rotterdam University Press.
Eckhoff, T. (1987). *Rettskildelaere*. Otta: Tanto.
Edling, C. Rydgren, J. (2007). *Social handling och sociala relationer*. Natur & kultur.
Ehrlich, E. (1962). *Fundamental principles of the sociology of law*. New York: Russell & Russell.
Ekelöf, P. O. (1942). *Straffet, skadeståndet och vitet*. Uppsala: Lundequistska bokhandeln.
Ekstedt, O. (1977). *Ideellt skadestånd för personskada*, Lund: Juridiska föreningen i Lund.
Eriksson, L., D. (1995). ”Reza Banakar: Rättens dilemma. Om konflikthantering i ett mångkulturellt samhälle”, i *Retfaerd*, nr. 70.
Eriksson, L., D. (1999). ”Moralen rätta plats – i eller utanför rätten?”, *Retfaerd*, nr 84.
Eriksson, L., D. (2003). ”En legalstrategi för 2000-talet”, i*Retfaerd,* nr 100.
Eriksson, L., T., Wiedersheim-Paul, F. (2001). *Att utreda, forska och rapportera.* Malmö: Liber.
Esaiasson, M., Gilljam, H., Oscarsson, L., Wängnerud, L. (2007). *Metodpraktikan*. Stockholm: Norstedts juridik.
Ewick, P, Silbey, S. S. (1998). *The common place of law*. Chicago: The University of Chicago Press.
von Eyben, W. E. (1970). *Domstolene og retsudviklingen*. Köpenhamn: Berlingske leksikon.
von Eyben, B. (1983). *Kompensation for personskade I*, Köpenhamn: Gads forlag.
von Eyben, B. (1984). ”Erstatning og anden kompensation ved personskade - i retssociologisk belysning”, i *NFT*, nr. 1.
von Eyben, B. (1988). *Kompensation for personskade II*, Köpenhamn: Gads forlag.
Fahlberg, G. (2009). *Socialtjänstlagarna*, Malmö: Liber.
Fattah, E. A. (1986). *From crime policy to victim policy*. London: Macmillan.
Fattah, E. A. (2000). Viktimology, past, present and future. *Criminologie*, nr 1.
Festinger, L., Riecken, H., W., Schachter, S. (1956). *When prophecy fails*. Minneapolis: University of Minnesota Press.
Flick, U. (2006). *An introduction to qualitative research*. London: Sage.
Forslund, M-L. (1978). *Vad är rättssociologi?* Stockholm: Liber.
Friberg, S. (2010). *Kränkningsersättning*. Uppsala: Iustus förlag.
Friberg, S. (2011). ”Brottsoffret och kriminalpolitiken. Skadeståndsrättsliga perspektiv”, i *Brottsoffret och kriminalpolitiken*, C. Lernestedt, H. Tham, (red.), Stockholm: Norstedts juridik.
Friedrichs, D. O. (2006). *Law in Our Lives. An Introduction*. Los Angeles: Roxbury Publishing Company.

Fredriksson, G. (2009). *David Hume. Humanisten och skeptikern*, Stockholm: Leopad förlag.
Galligan, D., L. (2007). *Law in modern society*. Oxford: Oxford University Press.
Giddens, A. (2003). *New rules of sociological method*. Cambridge: Polity Press.
Giddens, A. (2008). *Sociologi*. Lund: Studentlitteratur.
Glavå, M. (1999). *Arbetsbrist och kravet på saklig grund. En alternativrealistisk arbetsrättslig studie*. Stockholm: Norstedts juridik.
Glavå, M. (2003). ”Principbefästande undantagslagstiftning - rättskonstruktionistiska reflektioner med utgångspunkt i Britanniaprincipen och Lex Britannia”, i *Nya och gamla perspektiv på transporträtten*. S., O. Johansson (red.). Stockholm: Jure.
Granström, G. (2012). ”Straffskärpningsregelns användning vid hatbrott”, i *Viktimologisk forskning,* red. A. Heber, E. Tiby, S. Wikman. Lund: Studentlitteratur.
Graver, H., P. (2010). *Rett, retorik og juridisk argumentasjon*. Olso: Universitetsförlaget.
Green, L. (1996). ”The concept of law revisted”, i *Michigan law review*, Vol. 94.
Grundvall, S., Wennerström, U-B., Borelius, U. (2012). ”Brottsofferströd, ritualer och social sammanhållning”, i *Viktimologisk forskning*, red. A. Heber, E. Tiby, S. Wikman. Lund: Studentlitteratur.
Gunnarsson, Å., Svensson, E-M. (2009). *Genusrättsvetenskap*. Lund: Studentlitteratur.
Gustafsson, H. (2002). *Rättens polyvalens. En rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet*. Lund: Lund studies in sociology of law.
Gustafsson, H. (2010). ”Fiction of Law”, i *Rechtstheorie*, nr 3.
Gustafsson, H. (2011). *Dissens. Om det rättsliga vetandet*. Göteborg: Juridiska institutionens skriftserie. Handelshögskolan vid Göteborgs universitet.
Göransson, H., Karlsson, A. (2004). *Diskrimineringslagarna: en praktisk kommentar.* Stockholm: Norstedt.
Habermas, J. (1996). *Kommunikativt handlande*. Göteborg: Daidalos.
Habermas, J. (1998). *Between facts and Norms. Contribution to a Discourse Theory of Law and Democracy*. Cambridge: MIT Press.
Harris, J. W. (1997). *Legal Philosophies*, London: Butterworths.
Hart, H. L. A. (1983). *Essays in jurisprudence and philosophy*. Oxford: Clarendon Press.
Hart, H. L. A. (1997). *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press.
Heberlein, A. (2005). *Kränkningar och förlåtelse: en etisk studie med hänsyn till föreställningar om offer, förövare, skuld och ansvar*. Stockholm: Thales.
Hellner, J. (1972). ”Värderingar i skadeståndsrätten”, i *Festskrift till Per Olof Ekelöf*. Stockholm: Norstedt.
Hellner, J. (1976). ”Ersättningsrätt”, i *Svensk rätt i omvandling: Studier tillägnade Hilding Eek, Seve Ljungman, Folke Schmidt*. H. Eek, S. Ljungman, F. Schmidt (red.). Stockholm: Norstedt.
Hellner, J. (1985). ”Legislation and sociology: The law of torts”, i *Law drafting and sociology*, (red.) A. Kivivuori. Helsinki: Ministry of Justice. Law Draftning Department.
Hellner, J., Johansson, S. (2000). *Skadeståndsrätt*. Stockholm: Norstedts juridik.
Hellner, J. (2001). *Metodproblem i rättsvetenskapen*. Studier i förmögenhetsrätt, Stockholm: Jure.
Hellner, J. (2006). *Rättsteori. En introduktion*. Stockholm: Norstedts.
Hellner, J., Radetzki, M. (2008). *Skadeståndsrätt*. Stockholm: Norstedts juridik.
Henning, A. (1984). *Tidsbegränsad anställning: en studie av anställningsformsregleringen och dess funktioner*. Lund: Juridiska föreningen.
von Hentig, H. (1948). *The Criminal and His Victim: Studies in the Sociobiology of Crime*. New Haven: Yale University Press.
Hirschfeldt, J., Pettersson, O. (1997). ”Styrmedel i offentlig förvaltning”, i *Nordiskt administrativt tidskrift*, nr. 78.
Hirschfeldt, J. (2011). ”Europakonventionen, skadestånd och andra effektiva rättsmedel – behovet av nya svenska regler”, i *Ny juridik*, nr. 1.
von Hofer, H. (2005). ”Crime and Punishment in Scandinavia”, i *Crime and Justice in Scandinavia*, U. Bondeson (red.), Köpenhamn: Thomson.
Hollander, A., Alexius Borgström, K. (2005). ”Rättsvetenskapliga metoder”, i *Forskningsmetoder i socialt arbete*, S. Larsson, J. Lilja, K. Mannheimer (red.). Lund: Studentlitteratur.
Holmberg, S., Weibull, L. (2006). *Du stora nya värld*. Göteborg: SOM-institutet.
Holmberg, S., Weibull, L., Oscarsson, H. (2011). *Lycksalighetens ö*. Göteborg: SOM-institutet.

Hume, D. (2005). *Avhandling om den mänskliga naturen. Om moralen*. Stockholm: Thales.
Hydén, H. (1982). *Rätten som instrument för social förändring: Om legalstrategier.* Lund: Liber.
Hydén, H. (1985). *Arbetslivets reglering*. Malmö: Liber.
Hydén, H. (1986). *Arbetslivets reglering*. Stockholm: Arbetsmiljöfonden.
Hydén, H. (1988). ”Förmögenhetsrätten ur ett rättssociologiskt perspektiv”, i *SvJT*, nr. 4.
Hydén, H. (1999). *Rättssociologi som emancipatorisk vetenskap*. Lund: Lund studies in Sociology of Law.
Hydén, H. (1999). ”Even a stepchild eventually grows up: On the identity of sociology of law”, i *Retfaerd*, nr. 85.
Hydén, H. (2001). *Rättsregler. En introduktion till juridiken*. Lund: Studentlitteratur.
Hydén, H. (2002). Rättssociologi som rättsvetenskap. Lund: Studentlitteratur.
Hydén, H. (2002)b. *Normvetenskap*. Lund: Lund studies in sociology of Law.
Hydén, H., Hydén, T. (2011). *Rättsregler. En introduktion till juridiken*. Lund: Studentlitteratur.
Hägerström, A. (1917). *Till frågan om den objektiva rättens begrepp. Bd. 1, Viljeteorien*. Uppsala: Akademiska bokhandeln.
Hägerström, A. (1939). *Socialfilosofiska uppsatser.* Stockholm: Bonniers.
von Ihering, R. (1941). *Striden för rätten*. Stockholm: Natur och Kultur.
Inglehart, R. (1997). *Modernization and Postmodernization. Cultural, Economic, and Political Change in 43 Societies*. Princeton, N.J: Princeton University Press.
Inglehart, R. (1990). *Culture Shift in Advanced industrial Society*. Princeton, N.J.: Princeton University Press.
Japec, I. (1997). *Minska bortfallet*. Stockholm: Statistiska centralbyrån.
Jareborg, N. (1969). *Handling och uppsåt*. Stockholm: Norstedt.
Jareborg, N. (1975). *Värderingar*. Stockholm: Norstedt.
Jareborg, N., Zila, J. (2010). *Straffrättens påföljdslära*. Stockholm: Norstedts juridik.
Jergeby, U. (1999). *Att bedöma en social situation: tillämpning av vinjettmetoden*. Stockholm: Centrum för utvärdering av socialt arbete.
Jerre, K. Tham, H. (2010). *Svenskarnas syn på straff*. Stockholm: Kriminologiska institutionen, Stockholms universitet.
Johansson, S. (2011). *Rätt, makt och institutionell förändring*. Lund: Lund Studies in Sociology of Law.
Josefson, R., Stjernquist, P. (1961). *Rättens ursprung och grund*. Stockholm: Bonnier.
Kant, I. (1996). *The Metaphysics of Morals*. M. Gregor (red.) Cambridge: Cambridgre University Press.
Kant, I. (2004). *Kritik av det praktiska förnuftet*. Stockholm: Thales.
Karlgren, H. (1943). *Skadeståndsläran*. Lund: Gleerup.
Karlsson, J., Pettersson, T. (2008). Det blir vad vi gör det till!, i *Frågor, fält och filter. Kriminologisk metodbok*. L. Roxell, E. Tiby (red.). Lund: Studentlitteratur.
Kelsen, H. (1967). *Pure theory of law*. Berkeley: University of Carlifornia Press.
Klami, H. T. (1989). *Föreläsningar över juridikens metodlära*. Uppsala: Iustus förlag.
Klami, H. T. (1990). *Sanningen om rätten*. Uppsala: Iustus förlag.
Klami, H. T. (1990.) *Strömningar och problem*. Uppsala: Iustus förlag.
Kleineman, J. (1987). *Ren förmögenhetsskada: särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart*. Stockholm: Juristförlaget.
Kleinemam, J. (2003). ”Skadeståndsrättens tillväxt – *ett* samhällsproblem eller en rättvisefråga?” i *SvJT*, nr. 3.
Kleineman, J. (2011). *Studier i kontrakts- och skadeståndsrätt*. Stockholm: Jure.
Klette, H. (2004). ”Mänskliga rättigheter”, i *Utsatta och sårbara brottsoffer*. M. Lindgren, K-Å. Pettersson, B. Hägglund, (red.). Stockholm: Jure.
van Klink, B. (2009). ”Facts and Norms: Eugen Ehrlich and Hans Kelsen”, i *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich*, Hertogh, M. (red.). Oxford: Hart Publishing.
Knutsson, J., Kühlhorn, E. (2005). ”Changes in Social Values and Criminal Policy”, i *Crime and Justice in Scandinavia*. U. Bondeson (red.), Köpenhamn: Thomson.
Kripke, S. (1982). *Wittgenstein on rules and private language: an elementary exposition*. Oxford: Blackwell.
Kristiansen, B. L., Stoorgard, A. (2010). *Nordisk retssociologi. Satus – aktuelle udfordinger – visioner*. Köpenhamn: Jurist- og Ökonomforbundets Forlag.
Kukathas, C., Pettit, P. (1992). *John Rawls. En introduktion*. Göteborg: Daidalos.

Kymlicka, W. (1995). *Modern politisk filosofi: en intruduktion*. Nora: Nya doxa.
Körner, S., Wahlgren, L. (2000). *Statistisk dataanalys*. Lund: Studentlitteratur.
Lacey, N. (2004). *A life of H. L. A. Hart. The nightmare and the noble dream*. Oxford: Oxford University Press.
Lacey, N. (2007). ”H.L.A. Hart’s rule of law: the limits of philosophy in historical perspective”, i *Quaderni fiorentini*, nr. 36.
Lambertz, G. (2004/05). ”Det allmännas skadeståndsansvar i framtiden – trender och utvecklingslinjer”, i *JT*, nr. 1.
Larsson, S. (2011). *Metaphors and norms. Understanding copyright law in a digital society*. Lund: Lund studies in Sociology of Law.
Lehrberg, B. (2001). *Praktisk juridisk metod*, Stockholm: Iustus.
Lehrberg, B. (1991). ”Rättsvetenskap i praktikens tjänst?”, i *SvJT*, s. 753 ff.
Lenke, L. (1973). ”Den dolda våldsbrottsligheten i Stockholm – en sjukhussurvey”, i *Nordisk tidsskrift for kriminalvidenskab*, nr 2.
Lenke, L. (1990). ”Strafftänkande, nyklassicism och human rights-ideologin”, i *Retfaerd*, nr. 49.
Leo, U. (2010). *Rektorer bör och rektorer gör. En rättssociologisk studie om att identifiera, analysera och förstå professionella normer*. Lund: Lund studies in Sociology of Law.
Lernestedt, C. (2005). ”Rättsfilosofiskt perspektiv – principen om likhet inför lagen”, i *Likhet inför lagen*. C. Diesen, C. Lernestedt, T. Lindholm, T. Pettersson, (red.) Stockholm: Natur & Kultur.
Lernestedt, C. (2010). *Dit och tillbaka igen. Om individ och struktur i straffrätten*, Uppsala: Iustus.
Lernestedt, C. (2011). ”Brottsofferskepnader,” i *Brottsoffret och kriminalpolitiken*, Lernestedt, C & Tham, H, (red.) Stockholm: Norstedts juridik.
Levin, M. (1986). *Rätt till egen bild*. Stockholm: Juristförlaget.
Lindgren, M., Pettersson, K-Å., Hägglund, B. (2008). *Brottsoffer. Från teori till praktik*, Stockholm: Jure.
Lindén, P-A., Similä, M. (1982). *Rättsmedvetandet i Sverige*. Stockholm: Brå.
Lindstedt Cronberg, M. (2011). ”Från målsägare till brottsoffer”, i *Brottsoffret och kriminalpolitiken*. C. Lernestedt, H. Tham, (red.) Stockholm: Norstedts juridik.
Luhmann, N. (2004). *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press.
Lundstedt, V. (1938). *Allmän obligationsrätt*. Uppsala: Juridiska föreningen.
Lundstedt, V. (1944). *Grundlinjer i skadeståndsrätten*. Uppsala: Norblad.
Lögdberg, Å. (1978). ”Anmälan av Olle Ekstedts avhandling”, i *SvJT*, nr. 63.
MacCormick, N. (2007). *Institutions of Law*. Oxford: Oxford University Press.
Mannelqvist, R. (2005/06). ”Brottsoffers möjlighet till upprättelse och kompensation vid kränkning”, i *JT*, nr. 4.
Malmström, Å. (1997). *Civilrätt*. Malmö: Liber.
Maynard, D. W., Manzo, J. F. (1997). ”Justice as a phenomenon of order: Notes on the organization of a jury deliberation”, i *Law and Action*. M. Travers, J., F. Manzo (red.). Aldershot: Ashgate.
Mathiesen, T. (1998). ”Is it all that bad to be a stepchild? Comments on the state of sociology of law”, i *Retfaerd*, nr. 83.
Mathiesen, T. (2005). *Rättens i samhället. En introduktion till rättssociologin*. Lund: Studentlitteratur.
Mathiesen, T. (2011). *Kritisk sosiologi*. Oslo: Novus forlag.
May, T. (2001). *Samhällsvetenskaplig forskning*. Lund: Studentlitteratur.
Miller, W. I. (2007). *Eye for an Eye*. Cambridge University Press, Cambridge.
Modéer, K. Å. (1997). *Historiska rättskällor. En introduktion till rättshistoria*. Stockholm: Nerenius & Santérus.
Modéer, K. Å. (2002). ”Från Schlyters lustgård”, i *Rättshistoriska uppsatser*, nr. 2.
Modéer, K. Å. (2009). *Juristernas nära förflutna*. Stockholm: Santérus.
Modéer, K. Å., Sunnqvist, M. (2010). *1*968 och därefter*: de* kritiska rättsteoriernas betydelse för nordisk rättsvetenskap. Köpenhamn: Museum Tusculanum.
Mollander, J. (2008). *Vetenskapsteoretiska grunder*, Lund: Studentlitteratur.
Murphy, J. G. (2005). *Getting Even: Forgiveness and Its Limits*. New York: Oxford University Press.
Nelken, D. (2009). *Beyond Law in Context*. Farnham: Ashgate.
Nergelius, J., Zetterquist, O. (2006). ”Kontraktsteorier”, i *Rättsfilosofi. Samhälle och moral genom tiderna*, Nergelius, J. (red.) Lund: Studentlitteratur.

Nilsson, E. (1990). ”Ideell skada — ersättningsrätt och ersättningsnivå”, i *Det 32:a nordiska juristmötet i Reykjavik den 22.-24. Augisti 1990.*
Nilsson, R. (2008). *Foucault. En introduktion*. Malmö: Égalité.
Nordenson, U. K. (1984). ”Ideell ersättning och kostnadsersättning vid personskada – några tillämpningsproblem”, i *Festskrift till Jan Hellner*. Stockholm: Norstedt.
Nordin, S. (2011). *Filosoferna. Det västerländska tänkandet sedan år 1900.* Stockholm: Atlantis.
Norlén, A. (2004). *Oskälighet och 36 § avtalslagen*. Linköping: Studies in management and economics.
Norrie, A. (1998). ”Between structure and difference: Law’s relationality”, i *Critical realism. Essential readings*. M. Archer m.f.l. (red.), New York: Routledge.
Nygaard, N. (2007). *Skade og ansvar*. Bergren: Universitetsforlaget.
Olivecrona, K. (1951). *Realism and idealism: Some reflektions on the cardinal point in legal philosophy*. New York: New York University Law Review.
Olivecrona, K. (1953). *Nature of law and morals*. Stockholm: Almqvist & Wiksell.
Olivecrona, K. (1959). The legal theories of Axel Hägerström and Vilhelm Lundstedt, *Scandinavian studies in law*, nr. 3.
Olivcrona, K. (1966). *Rättsordningen. Ideer och fakta*. Lund: Gleerups.
Palmer Olsen, H. (2011). ”Britisk retspositivisme,” i *Retsfilosofi – centrale tekster og temaer*, Hammerslev, O., Palmer Olsen, H. (red.), Köpenhamn: Hans Reitzels forlag.
Peczenik, A. (1974). *Juridikens metodproblem*. Stockholm: Almqvist & Wiksell.
Peczenik, A. (1983/84). ”Juridisk data. Ett bidrag till rättens ontologi”, i *Tidskrift för rättssociologi*, nr. 4.
Peczenik, A. (1986). *Rätten och förnuftet*. Stockholm: Norstedt.
Peczenik, A. (1995). *Juridikens teori och metod*. Stockholm: Norstedts juridik.
Peczenik, A. (1995). *Vad är rätt?* Stockholm: Norstedts juridik.
Peczenik, A. (2006). ”Den tyska rättsfilosofin 1800-1860”, i *Rättsfilosofi. Samhälle och moral genom tiderna*. J. Nergelius, (red.) Lund: Studentlitteratur
Peczenik, A., Reidhav, D. (2006). ”Varat och börat”, i *Rättsfilosofi. Samhälle och moral genom tiderna*. J. Nergelius, (red.) Lund: Studentlitteratur.
Persson, M. (1995). Rent ideella skadestånd, i *Skada och ersättning. Kontaktgruppen för försäkringsrättslig forskning*. Stockholm: Juristförlaget.
Persson, U. (1953). *Skada och värde*. Lund: Gleerup.
Podgorecki, A., Kaupen, W., Houtte van, J., Vinke, P., Kutchinsky, B. (1973). *Knowledge and Opinion about Law*. London: Robertson.
Pound, R. (1910). ”Law in books and law in action”, i *Am. Law Rev*. Nr. 44.
Rabinowicz, W. (2009). ”Incommensurability and Vagueness”, i Aristotelian Society Supplementary, nr. 83.
Radetzki, M. (2000/01). ”Skadeståndsansvar för reparationskostnad utöver skadans värde”, i *JT*, nr. 4.
Radin, M.J. (1993). ”Compensation and Commensurability”, in Duke Law Journal, nr. 43.
Ramberg, J., Hultmark, C. (1990). *Allmän avtalsrätt*. Stockholm: Nordstedt.
Randquist, M. (2010). *Ersättning vid personskada*. Lund: Studentlitteratur.
Rawls, J. (1999). *En teori om rättvisa*. Göteborg: Daidalos.
Raz, J. (1980). *The Concept of a Legal System: An Introduction to the Theory of Legal System*. Oxford: Oxford University Press.
Raz, J. (1988). *The morality of freedom*. Oxford: Oxford University Press.
Raz, J. (2001). ”Two views of the nature of the theory of law: A partial comparison”, i *Hart’s Postscript. Essays on the postscript to the concept of law*. J. Coleman (red.). Oxford: Oxford University Press.
Renner, K. (1949). *The institutions of private law and their social functions*. London: Routledge.
Reuterskiöld, C. A. (1912). *Grunddragen af den allmänna rätts- och samhällsläran.* Uppsala: Almqvist & Wiksell.
Roos, C. M. (1984). ”Ersättningsrätt – en forskningsinriktning?”, i *Festskrift till Jan Hellner*. Stockholm: Norstedt.
Roos, C. M. (1988.) ”Rec. av J Kleineman, Ren förmögenhetsskada”, i *SvJT*, nr. 1.
Roos, C. M. (1990). *Ersättningsrätt och ersättningssystem*. Stockholm: Norstedts.
Ross, A. (1959). *On law and Justice*. Berkeley: University of California Press.
Ross, A. (1971). *Om ret og retfærdighed: en indførelse i den analytiske retsfilosofi*. Köpenhamn: Nyt nordisk forlag.

Rothstein, B. (2002). *Vad bör staten göra?* Stockholm: SNS.
Russel, B. (1996). *Filosofins problem*. Stockholm: Natur och kultur.
Rytterbro, L-L., Rönneling, A., Tham, H. (2009). *Brottskadeersättning ur brottsofferperspektiv. En komparativ studie av Danmark och Sverige.* Stockholm: Kriminologiska institutionen Stockholms universitet.
Saldeen, Å. (1973). *Skadestånd vid äktenskapsskillnad: en rättssociologisk och jurimetisk studie.* Stockholm: Almquist & Wiksell.
Samelsson, J. (2008). *Tolkning och utfyllning*. Uppsala: Iustus.
Samuelsson, J. (2011). *Tolkningslärans gåta*. Uppsala: Iustus.
Sand, I-J. (1999). ”Rettens tredje normative grunnlag - en rettsvitenskapelig anmeldelse af ’Rettens alkymi’”, i *Retfaerd*, nr. 85.
Sandberg, B., Faugert, S. (2009). *Perspektiv på utvärdering*. Lund: Studentlitteratur.
Sandgren, C. Om empiri och rättsvetenskap (del II). *JT* 1995/96, nr 4.
Sandgren, C. (2007). *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*. Stockholm: Norstedts juridik.
Sandgren, C. (2009). *Vad är rättsvetenskap?* Stockholm: Jure.
de Santos, B. (1995). *Toward a New Common Sense*. New Yourk: Routledge.
Sarnecki, J. (2009). *Introduktion till kriminologi*. Lund: Studentlitteratur.
Sayer, A. (2000). *Realism and social science*. London: Sage.
Schmidt, F. (1972). ”Bundna och öppna argument i rättsvetenskapen”, i *Festskrift till Per Olof Ekelöf.* Stockholm: Norstedt.
Schultz, M. (2000/01). ”Om skadestånd och mobbning”, i *JT*, nr. 4.
Schultz, M. (2008). *Kränkning. Studier i skadeståndsrättslig argumentation*. Stockholm: Jure förlag.
Schultz, M. (2007). *Kausalitet. Studier i skadeståndsrättslig argumentation*. Stockholm: Jure förlag.
Schultz, M. (2003/04). ”Skadeståndsrätt och skatterätt”, i *JT*, nr. 3.
Segerstedt, T. (1949). ”A research into the general sense of justice”, i *Theoria*, nr. xv.
Segerstedt, T. (1938). *Verklighet och värde*, Lund: Gleerup.
Segerstedt, T., Lundqvist, A. (1952). *Människan i industrisamhället*. Stockholm.
Segerstedt, T. (1968). *Ordets makt: en inledning till språkets sociologi*. Uppsala: Argos.
Segerstedt, T. (1972). ”Rätts-sociologiens systematiska plats”, i *Festskrift till Per Olof Ekelöf*. Stockholm: Norstedt.
Seneviratne, M. (2005). ”Researching ombudsmen”, i *Theory and method in socio-legal research.* R. Banakar, M. Travers (red.). Oxford: Hart.
Shapiro, S. J. (2001). ”On Hart’s Way Out”, i *Hart’s Postscript. Essays on the postscript to the concept of law*. J. Coleman (red.). Oxford: Oxford University Press.
Simmonds, N. E. (2008). *Juridiska principfrågor. Rättvisa, gällande rätt och rättigheter*. Stockholm: Norstedts juridik.
Sisula-Tulokas, L. (2001). ”Ersättning för ideell personskada – Norden och utvecklingen i Europa”, i *NFT*, nr 1.
Sonander A. (2008). *Att arbeta med barn som brottsoffer. En rättssociologisk studie.* Lund: Lund Studies in Sociology of Law.
Solomon, R. C. (1995). *A Passion For Justice*. Lanham: Rowman & Littlefield.
Stavropoulos, N. (2001). ”Hart’s Semantics”, i *Hart’s postscript. Essays on the postscript to the concept of law.* Coleman, J. (red.) Oxford: Oxford University Press.
Stefansdottir, S. (1986). ”Trygghetsförsäkring vid arbetsskada”, i *Tidskrift för rättssociologi*. Nr. 3-4.
Sterzel, F. (1998). *Författning i utveckling*. Uppsala: Iustus.
Stjernquist, P. (1958). ”Gränsområden mellan rättsvetenskap och samhällsvetenskap”, i *Statsvetenskaplig tidskrift.* nr. 2-3.
Stjernquist, P. (1983/84). ”En aspekt på rättssociologisk forskning”, i *Tidskrift för rättssociologi*, nr. 1.
Stjernquist, P. Widerberg, K. (1989). *Rätten i samhällsbyggandet*. Stockholm: Norstedt.
Strahl, I. (2005). *Makt och rätt. Rättsidéns gång genom historien – från Babylon till FN*. Uppsala: Iustus.
Strömbäck, E. (2000). ”Internationella strömningar inom skadeståndsrätten – kompen- sation eller prevention?”, i *Forhandlingene ved det 35. nordiske juristmøtet i Oslo 18.-20. august 1999*. Del 2.
Strömholm, S. (1972). ”Teleologisk metod och likformigargumentation. Variationer kring ett känt tema”, i *Festskrift till Per Olof Ekelöf*. Stockholm: Norstedt.
Strömholm, S. (1976.) *Allmän rättslära. En första introduktion*. Stockholm: Norstedt.

Strömholm, S. (1996). *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*. Stockholm: Norstedts juridik.
Sundberg, J. W. F. (2004). *Från Ekelöf till Europa*. Åseda: Hägglund.
Svanberg, J. (2008). *Rättssociologi. En introduktion*. Lund: Studentlitteratur.
Svenning, C. (2003). *Metodboken*. Eslöv: Lorentz förlag.
Svensson, E-M. (1997). *Genus och rätt. En problematisering av föreställningen om rätten.* Uppsala: Iustus förlag.
Svensson, M. (2008). *Sociala normer och regelefterlevnad*, Lund: Lund Studies in Sociology of Law.
Svensson, M., Larsson, S. (2009). *Social Norms and Intellectual Property. Online Norms and the European Legal Development*, Lund: Research Report in Sociology of Law
Södergren, J. (2004/05). ”Rätt till skadestånd i Sverige direkt på grundval av Europakonventionen”, i *JT*, nr 3.
Södergren, J. (2005). ”Europadomstolens praxis ger bolag rätt till ideellt skadestånd”, i *Legala affärer*, nr 5.
Södergren, J. (2005/06). ”Bolags rätt till ideellt skadestånd”, i *JT*, nr 3.
Tamm, D. (1996). *Romersk rätt och europeisk rättsutveckling*. Stockholm: Nerenius & Santérus.
Taxell, L. E. (1997). *Avtalsrätt*. Stockholm: Juristförlaget.
Teubner, G. (1993.) *Law as an Autopoietic System*. Oxford: Blackwell.
Teubner, G. (2006). ”Dealing with Paradoxes of Law: Derrida, Luhmann, Wiethölter”, i *Paradoxes and Inconsistencies in the Law.* O. Perez, G. Teubner (red.). Oxford: Hart.
Tham, H. (2005/06). ”Christian Diesen, Claes Lernestedt, Torun Lindholm & Tove Pettersson, Likhet inför lagen, Natur och Kultur, Stockholm, 2005, 472 s.”, i *JT*, nr 1.
Tham, H. (2006). ”Brottsoffret, kriminalpolitiken och kriminologin”, i *NTfK*, nr. 2.
Tham, H. (2011). ”Brottsoffrens uppkomst och utveckling som offentlig fråga i Sverige”, i *Brottoffret och kriminalplitiken*, C. Lernestedt, H. Tham (red.), Stockholm: Norstedts juridik.
Thornstedt, H. (1955). *Legalitet och teleologisk metod i straffrätten*. Uppsala: Norstedt.
Tiby, E. (2008). ”Aktivister och trafikanter – reflektioner över två observationer”, i *Frågor, fält och filter. Kriminologisk metodbok*. L. Roxell, E. Tiby (red.). Lund: Studentlitteratur.
Tiby, E. (2008). ”Ungas utsatthet och rädslor – med egna ord”, i *Frågor, fält och filter. Kriminologisk metodbok*. L. Roxell, E. Tiby (red.). Lund: Studentlitteratur.
Torpman, J. (2002). *Rättssystemets lärande*. Stockholm: Företagsekonomiska institutionen.
Travers, M. (2005). ”Evaluation research and legal servies”, i *Theory and method in socio-legal research*. R. Banakar, M. Travers (red.). Oxfford: Hart.
Träskman, P. O. (1997). ”Den svenska straffrättsforskningen 1947-1997 granskad i ett nordiskt perspektiv”, i *Svensk rättsvetenskap 1947-1997*. S. Strömholm (red.). Stockholm: Norstedts.
Träskman, P. O. (2011). ”Brottsoffer och brottmålsrättegången”, i *Brottoffret och kriminalplitiken*. C. Lernestedt, H. Tham (red.) Stockholm: Norstedts juridik.
Tuori, K. (1999). ”Från ideologikritik till kritisk positivism”, i *Retfaerd*, nr 85.
Tuori, K. (1997). ”Kant och rättsvetenskapens tidlöshet”, i *Retfaerd*, nr. 77.
Töllborg, D. (1996). ”Värden, underliggande normativa strukturer och rationalitet”, i *Retfaerd*, nr. 74.
Victor, D. (1977). *Rättssystem och vetenskap. Studier kring en analysmodell för ideologiska system*. Stockholm: Norstedt.
Victor, D. (1981). ”Rättsmedvetande och straffvärde”, i *Det 29:e nordiska juristmötet. Stockholm den 19-21 augusti 1981*.
Vogl, S. (2009). ”Eugen Ehrlich’s Linking of Sociology and Jurisprudence”, i *Living Law. Reconsidering Eugen Ehrlich*. M. Hertogh, (red.), Oxford: Hart.
Wacks, R. (2009). *Understanding jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press.
Wahlberg, L.(2010). *Legal Questions and Scientific Answers*. Lund: Lunds universitet.
Wahlgren, L. (2005). *SPSS steg för steg*. Lund: Studentlitteratur.
Webber, J. (2009). ”Naturalism and agency in the living law”, i *Living law: reconsidering Eugen Ehrlich*. M. Hertogh, (red.) Oxford: Hart.
Weber, M. (1983). *Ekonomi och samhälle. Förståelsesociologins grunder*. Lund: Argus.
Wennberg, S. (2009). *Introduktion till straffrätten*. Stockholm: Norstedts juridik.
Wennström, B. (1996). *The Lawyer and Language*. Iustusförlag, Uppsala.
Wennström, B. (2002). *Rättens kulturgräns*. Iustusförlag, Uppsala.
Wergens. A. (2002). *Ett viktimologiskt forskningsprogram*, Umeå: Brottsoffermyndigheten.

Wergens, A. (2011). ”Brottsoffers rättigheter – en fråga om mänskliga rättigheter?”, i *Brottsoffret och kriminalpolitiken*. C. Lernestedt, H. Tham, (red.) Stockholm: Norstedts juridik.
Whiteley, D. (1998). ”The Victim and the Justification of Punischment”, i *Criminal Justice Ethics.* nr. 2.
Widerberg, K. (2002). *Kvalitativ forskning i praktiken*. Lund: Studentlitteratur.
Wilhelm, W. (1999). *Den juridiska metodlärans utveckling under 1800-talet*. Stockholm: Norstedts.
Wilhelmsson, T. (2001). *Senmodern ansvarsrätt. Privaträtt som redskap för mikropolitik*. Uppsala: Iustus.
Wilhelmsson, T. (2003). ”De allmänna lärorna under trycket från rättens fragmentarisering och avnationalisering”, i *Retfaerd*, nr. 1.
Wittgenstein, W. (1956). *Remarks on the foundations of mathematics*. Oxford: Blackwell.
Wittgenstein, L. (1981). *Om visshet*. Lund: Doxa.
Wittgenstein, L. (1992). *Filosofiska undersökningar*. Stockholm: Thales.
Wittgenstein, L. (1999). *Blå boken och Bruna boken*. Stockholm: Thales.
Wolin, R. (2004). *The Seduction of Unreason. The Intellectual Romance with Fascism from Nietzsche to Postmodernism*. Princeton: Princeton University Press.
Wolin, R. (2006). *The Frankfurt School Revisited*. New Yourk: Routledge.
von Wright, G. H. (1965). *Logik, filosofi och språk. Strömningar och gestalter i modern filosofi*. Stockholm: Bonniers.
Wright, M. (1998). ”Why should victims of crime be compensated?,” i *Support for crime victims in a comparative perspective*. E. Fattah, T. Peters (red.). Leuven: Leuven University Press.
Zamboni, M. (2004). *The Policy of Law. A Legal Theoretical Framework*. Stockholm: Stockholms universitet.
Zaremba, M. (1995/96). ”Orättens rötter”, i *Moderna tider*, nr 62-63.
Zehr, H. (1990). *Changing Lenses: A New Focus for Crime and Justice*. Scottdale: Herald Press.
Ziegert, A. K. (2005). ”System theory and qualitative socio-legal research”, i *Theory and method in socio-legal research*. R. Banakar, M. Travers (red.). Oxford: Hart.
Zweigert, K. Kötz, H. (1998). *Introduction to comparative law*. Oxford: Clarendon Press.
Åkeström, M., Sahlin, I. (2001). *Det motspänstiga offret*. Lund: Studentlitteratur
Åström, K. (1988). *Socialtjänstlagstiftningens i politik och förvaltning. En studie av parallella normbildningsprocesser.* Lund: Lund University Press.
Ödmann, E. (1993). ”Rätten ur ett konfliktperspektiv”, i *Retfaerd*, nr. 63.
Östberg, F., Whålander, E., Milton, P. (2000). *Barnavårdsutredningar i sex kommuner. En vinjettstudie*. Stockholm: Socialstyrelsen.

Offentligt tryck

SOU 1956:55. Skyddslag Strafflagberedningens slutbetänkande.
SOU 1957:36. Bilskadeutredningen.
SOU 1968:68. Lagstiftning mot rasdiskriminering.
SOU 1969:58. Rättssociologisk undersökning av skadeståndsrätten.
SOU 1973:51. Skadeståndskommittéen.
SOU 1977:36. Ersättning för brottsskador.
SOU 1981:64. Våldtäkt.
SOU 1992:84. Ersättning vid kränknig genom brott.
SOU 1994:151. Grupprättegång Del B.
SOU 1995:33. Ersättning för ideell skada vid personskada.
SOU 1997:194. Det allmännas skadeståndsansvar vid överträdelse av EG-regler.
SOU 1999:76. Maktdelning.
SOU 1999:96. Ökad tillgänglighet till Sveriges officiella statistik.

SOU 2004:50. Skolans ansvar för kränkningar av elever.
SOU 2004:55. Ett utvidgat skydd mot könsdiskriminering.
SOU 2005:56. Det blågula glashuset.
SOU 2007:26. Alternativ tvistelösning.
SOU 2008: 85. Straff i proportion till brottets allvar.
SOU 2010:87. Skadestånd och Europakonventionen.
Prop. 1972:5. Skadeståndslag.
Prop. 1977/78:126. Ersättning för brottsskador.
Prop. 1998/99:41. Ändringar i brottsskadelagen.
Prop. 2000/01:68. Ersättning för ideell skada.
Prop. 2000/01:76. Från anstalt till frihet.
Prop. 2001/02:88 Sveriges samarbete med Internationella brottmålsdomstolen.
Prop. 2001/02:126. Medling med anledning av brott.
Prop. 2002:03:65. Ett utvidgat skydd mot diskriminering.
Prop. 2004/05:1. Budgetpropositionen för 2005.
Prop. 2004/05:147. Ett utvidgat skydd mot könsdiskriminering.
Prop. 2005/06:166. Barn som bevittnat våld.
Dir. 2002:11. En sammanhållen diskrimineringslagstiftning.
DsC 1984:12. Ram eller lag?
Ds 1997:45. Några frågor om brottsskadeersättning.
Ds 2007:10. Skadeståndsfrågor vid kränkning.
RiR 2011:18. Brottsutsatt – Myndigheternas hantering av ekonomisk kompensation på grund av brott.
RFR1 2005/06. Brottskadeersättning och skadestånd på grund av brott.

Rättsfall

RH 1990:32.
NJA 1976 s. 458.
NJA 1986 s. 319.
NJA 1990 s. 186.
NJA 1991 s. 766.
NJA 1997 s. 315.
NJA 1997 s. 767.
NJA 1999 s. 441.
NJA 2003 s. 217.
NJA 2005 s. 462.
NJA 2005 s. 712.
NJA 2006 s. 170.
NJA 2007 s. 170.
NJA 2007 s. 540.
NJA 2007 s. 584.
NJA 2008 s. 915.
NJA 2009 s. 463.
NJA 2010 s. 671.

BILAGA 1

Enkäten till allmänheten

LUNDS UNIVERSITET

Allmänhetens erfarenheter och uppfattningar om kränkningsersättning till brottsoffer.

Denna rättssociologiska undersökning handlar om relationen mellan rättsregler och sociala normer som är relevanta för ersättningen till brottsoffer. Rättssociologiska enheten vid Lunds universitet genomför undersökningen och den är finansierad av Brottsofferfonden. Din medverkan kan bidra till kunskapen om brottsoffrens behov, rättigheter och intressen.

Personer som råkat ut för brott har rätt till ersättning om brottet medfört en allvarlig kränkning av brottsoffrets personliga integritet. Denna ersättning kallas för kränkningsersättning och ges till den som råkat ut för brottet. Vålds- eller sexualbrott är exempel på brott som ofta medför en skada av en persons självkänsla, värdighet eller integritet och ger rätt till kränkningsersättning. Gärningsmannen ska betala ersättningen till brottsoffret, men om gärningsmannen saknar pengar eller är okänd betalar staten genom Brottsoffermyndigheten ut ersättningen efter en egen prövning. Ersättningen ges utöver eventuella ersättningar för medicinska skador.

Syftet med ersättningen är att ge brottsoffret upprättelse mot bakgrund av den kränkning som brottet medfört. Ersättningen ska därför spegla värderingar och normer i samhället. Enkätundersökningen genomförs för att få kunskap om hur ersättningen uppfattas av allmänheten och vilka de sociala normerna är som är av betydelse för ersättningen. Din ifyllda enkät kommer att bearbetas statistiskt och Du kommer inte att kunna identifieras i materialet. Ditt deltagande i enkäten är naturligtvis frivilligt och Du kan när som helst avbryta Din medverkan.

Tack för din medverkan!

Har Du frågor om undersökningen?
Kontakta Karl Dahlstrand
Rättssociologiska enheten Lunds universitet
Tel 046- 222 34 63
Karl.dahlstrand@soclaw.lu.se

Huvudansvarig forskare
Professor Karsten Åström
Rättssociologiska enheten Lunds universitet
Tel 046- 222 88 10
Karsten.Astrom@soclaw.lu.se

1. Kön

- ❑ Kvinna
- ❑ Man

2. Hur gammal är Du?

- ❑ 15-20
- ❑ 21-35
- ❑ 36-50
- ❑ 51-65
- ❑ 66-

3. Har Du utsatts för några av följande integritetskränkande brott under de senaste 24 månaderna?

- ❑ Stöld
- ❑ Våldsbrott
- ❑ Sexualbrott
- ❑ Frihets- och fridsbrott (t ex hot, ofredande och olaga tvång)
- ❑ Rån
- ❑ Nej

4. Har någon närstående till Dig utsatts för några av följande integritetskränkande gärningar under de senaste 24 månaderna?

- ❑ Stöld
- ❑ Våldsbrott
- ❑ Sexualbrott
- ❑ Frihets- och fridsbrott (t ex hot, ofredande och olaga tvång)
- ❑ Rån
- ❑ Nej

5. Om Du skulle bli utsatt för ett brott som kränker din integritet (som vålds- eller sexualbrott), hur tror Du då att rättsväsendet (t ex polis, åklagare, domstol och Brottsoffermyndigheten) skulle tillvarata dina intressen som brottsoffer?

- ❑ Mycket väl
- ❑ Ganska väl
- ❑ I begränsad grad
- ❑ Inte alls
- ❑ Vet ej

6. Finns det ett behov av kränkningsersättning som ett ”plåster på såren” åt brottsoffer även om skadan inte helt kan ersättas med pengar?

- ❑ Mycket stort behov
- ❑ Ganska stort behov
- ❑ Ett begränsat behov
- ❑ Inget behov alls
- ❑ Vet ej

7. Tror Du att nivån på ersättningen stämmer överens med de värderingar och normer som råder i samhället?

- ❑ I mycket hög grad
- ❑ I ganska stor grad
- ❑ I begränsad grad
- ❑ Inte alls
- ❑ Vet ej

8. Tror Du ersättningen till brottsoffren har någon betydelse för att brottsoffren skall känna upprättelse och kunna gå vidare efter brottet?

- ❑ Mycket stor betydelse
- ❑ Ganska stor betydelse
- ❑ En begränsad betydelse
- ❑ Ingen betydelse alls
- ❑ Vet ej

9. Vilken betydelse tror Du följande orsak har för att ersättningen ska ge upprättelse för kränkningen och förnedringen av brottet:

Att det går lätt och snabbt att få ersättningen?

- ❑ Mycket stor betydelse
- ❑ Ganska stor betydelse
- ❑ En begränsad betydelse
- ❑ Ingen betydelse alls
- ❑ Vet ej

10. Vilken betydelse tror Du följande orsak har för att ersättningen ska ge upprättelse för kränkningen och förnedringen av brottet:

Att ersättningsnivån är hög?

- ❑ Mycket stor betydelse
- ❑ Ganska stor betydelse
- ❑ En begränsad betydelse
- ❑ Ingen betydelse alls
- ❑ Vet ej

11. Vilken betydelse tror Du följande orsak har för att ersättningen ska ge upprättelse för kränkningen och förnedringen av brottet:

Att ersättningen medför en tydlig reaktion på brottet som ett erkännande av vad brottsoffret råkat ut för?

- ❑ Mycket stor betydelse
- ❑ Ganska stor betydelse
- ❑ En begränsad betydelse
- ❑ Ingen betydelse alls
- ❑ Vet ej

12. Vilken betydelse tror Du följande orsak har för att ersättningen ska ge upprättelse för kränkningen och förnedringen av brottet:

Att det är gärningsmannen som får betala och inte staten?

- ❑ Mycket stor betydelse
- ❑ Ganska stor betydelse
- ❑ En begränsad betydelse
- ❑ Ingen betydelse alls
- ❑ Vet ej

13. Vilken betydelse tror Du ersättningen har för att ge brottsoffer upprättelse i omvärldens ögon?

- ❑ Mycket stor betydelse
- ❑ Ganska stor betydelse
- ❑ En begränsad betydelse
- ❑ Ingen betydelse alls
- ❑ Vet ej

14. Anser Du att ersättningen skall sända en signal om hur allvarligt samhället ser på integritetskränkande brott (som vålds- och sexualbrott)?

- ❑ I mycket hög grad
- ❑ I stor grad
- ❑ I begränsad grad
- ❑ Inte alls
- ❑ Vet ej

15. Tror du att ersättningen motsvarar brottsoffrens förväntningar på ersättningen?

- ❑ I mycket hög grad
- ❑ I stor grad
- ❑ I begränsad grad
- ❑ Inte alls
- ❑ Vet ej

16. Tror Du att ersättningen motsvarar brottsoffrens behov av ersättningen?

- ❑ I mycket hög grad
- ❑ I stor grad
- ❑ I begränsad grad
- ❑ Inte alls
- ❑ Vet ej

Del 2. Om ersättningsnivåer

Syftet med kränkningsersättningen är att helt kompensera för den kränkning som brottsoffret kan ha upplevt i samband med brottet. Ersättningen betalas ut av Brottsoffermyndigheten om gärningsmannen inte kan göra det. Ersättningen ska ge gottgörelse för den kränkning som ett brottsligt angrepp medfört och ges utöver ersättningen för medicinska skador. Nedan finns olika exempel på olika integritetskränkande brott som ger rätt till ersättning.

Din uppgift är att själv välja vilket belopp som Du anser skulle vara skälig ersättning för kränkningen hos det integritetskränkande brottet som beskrivs i de följande fallen så att brottsoffret får upprättelse.

17. Misshandel
En man misshandlades av ett flertal ungdomar. En av ynglingarna tilldelade mannen ett knytnävsslag i ansiktet så att han föll till marken. Därefter gav de mannen ett flertal sparkar mot huvudet och kroppen samt slag mot magen när han låg ner. Sedan mannen lyckats resa sig upp gav en av ungdomarna honom ett knytnävslag så att han föll till marken och förlorade medvetandet. Misshandeln medförde smärta, huvudvärk, ömhet och svullnad.

Vilket belopp (SEK) anser Du att ersättningen bör ligga på för att fungera som upprättelse för den kränkning som mannen drabbats av?

18. Våldtäkt
En kvinna låg och sov i en lägenhet när en man tog av henne kläderna och med våld genomförde ett samlag. Tingsrätten dömde mannen till våldtäkt.

Vilket belopp (SEK) anser Du att ersättningen bör ligga på för att fungera som upprättelse för den kränkning som kvinnan drabbats av?

19. Rån
En man rånades av två män. Han tilldelades flera knytnävsslag, varav något eller några träffade ansiktet. En av angriparna höll i mannen bakifrån under det att den andre höll en kniv mot mannens hals samtidigt som de upprepade gånger skrek att mannen skulle ta fram pengar. Angriparna tillgrep därefter mannens plånbok. Tingsrätten dömde dem för rån.

Vilket belopp (SEK) anser Du att ersättningen bör ligga på för att fungera som upprättelse för den kränkning som mannen drabbats av?

20. Sexuellt ofredade
En trettonårig flicka befann sig på sin skola, när en två år äldre pojke ofredande henne sexuellt. Efter att ha dragit in henne på en toalett och låst dörren mot hennes vilja, tog ynglingen henne på brösten, stoppade sin hand innanför hennes byxor, försökte kyssa henne samt förde hennes hand mot sin penis. Tingsrätten dömde pojken för sexuellt ofredande.

Vilket belopp (SEK) anser Du att ersättningen bör ligga på för att fungera som upprättelse för den kränkning som flickan drabbats av?

21. Dråpförsök
En man överfölls av en annan man och tilldelades ett hugg i höger axelparti med en kniv. Omedelbart därefter försökte angriparen att träffa mannen med ytterligare knivhugg riktade mot magen, ansiktet, halsen, bröstet och ryggen. Den skadade tillfogades ett cirka en och en halv centimeter stort jack med ett sårdjup på cirka fem centimeter. Tingsrätten dömde mannen för dråpförsök.

Vilket belopp (SEK) anser Du att kränkningsersättningen bör ligga på för att fungera som upprättelse för den kränkning som mannen drabbats av?

22. Olaga hot
En kvinna blev hotad av sin tidigare make vid flera tillfällen. Först skickade mannen SMS-meddelanden som innehöll förtäckta hot med innebörden att han skulle skada henne. Senare uttalade han att han skulle bränna ner kvinnans bostad. Slutligen hotade mannen genom att rikta en pistol mot henne och uttala att han skulle skjuta huvudet av henne. Hovrätten dömde mannen för olaga hot.

Vilket belopp (SEK) anser Du att ersättningen bör ligga på för att fungera som upprättelse för den kränkning som kvinnan drabbats av?

Del 3. Om avslag eller jämkning

Om brottsoffret genom sitt agerande har ökat risken för att drabbas av ett brott, t ex genom att begå brottsliga gärningar, kan Brottsoffermyndigheten enligt Brottsskadelagen avslå eller jämka ersättningen som fastställs i domstolen.

Exemplen nedan illustrerar situationer där jämkning eller avslag kan bli aktuellt.

23. En kvinna hade misshandlats tre gånger sedan 2003 av sin sambo. Hovrätten dömde mannen att betala kränkningsersättning till kvinnan. Mannen saknade dock pengar och därför fick Brottsoffermyndigheten pröva ärendet. Eftersom paret missbrukade narkotika tillsammans vid tidpunkten för misshandeln avslogs hennes kränkningsersättning därför att kvinnan ökat sin risk att råka ut för brott.

Anser Du att kvinnans ersättning borde påverkas av hennes missbruk?

- ❑ Den borde inte påverkas alls
- ❑ Den borde jämkas
- ❑ Den borde avslås helt
- ❑ Vet ej

24. En man misshandlades av två män i samband med att han besökte en s.k. svartklubb med olaglig spritförsäljning. Männen tilldelade honom ett flertal slag och sparkar och försökte även förmå honom att överlämna sin plånbok. Våldet orsakade revbensfrakturer.

Brottsoffermyndigheten fann att brottsskadeersättning till en man, som misshandlats i samband med ett besök på en svartklubb, skulle sättas ned till hälften eftersom mannen utsatt sig för en ökad risk att skadas.

Anser Du att mannens ersättning borde påverkas av att han besökt svartklubben?

- ❑ Den borde inte påverkas alls
- ❑ Den borde jämkas
- ❑ Den borde avslås helt
- ❑ Vet ej

Har Du kommentarer eller reflektioner kring ämnet kan Du skriva dessa här:

Tack för din medverkan!

Klar

BILAGA 2

Enkät till brottsoffren

LUNDS UNIVERSITET
Samhällsvetenskapliga fakulteten
Rättssociologiska enheten

Enkät om brottsskadeersättningen

Denna undersökning handlar om Dina erfarenheter och uppfattningar om den brottsskadeersättning som Brottsoffermyndigheten betalar ut. Din medverkan är viktig då den kan bidra till kunskap om hur brottsoffrens behov, rättigheter och intressen kan främjas.

Rättssociologiska enheten vid Lunds universitet genomför undersökningen och den är finansierad av Brottsofferfonden.

Din ifyllda enkät kommer att bearbetas statistiskt och Du kommer inte att kunna identifieras i materialet. Ditt deltagande i enkäten är naturligtvis frivilligt och Du kan när som helst avbryta Din medverkan.

Tack för Din medverkan!

Har Du frågor?

Kontakta doktorand Karl Dahlstrand
Tel: 046- 222 34 63, Karl.Dahlstrand@soclaw.lu.se

Huvudansvarig forskare:
Professor Karsten Åström
Tel: 046- 222 41 27, Karsten.Astrom@soclaw.lu.se

Rättssociologiska enheten
Lunds universitet
Besöksadress: Allhelgona Kyrkogata 14 J
Box 42
221 00 Lund

LUNDS UNIVERSITET
Samhällsvetenskapliga fakulteten
Rättssociologiska enheten

Enkäten

Information om brottsskadeersättningen

Personer som råkat ut för brott har rätt till ersättning om brottet medfört en allvarlig kränkning av brottsoffrets personliga integritet. Denna ersättning kallas för kränkningsersättning och ges till den som råkat ut för brottet. Vålds- eller sexualbrott är exempel på brott som ofta medför en skada av en persons självkänsla, värdighet eller integritet och ger rätt till kränkningsersättning. Gärningsmannen ska betala ersättningen till brottsoffret, men om gärningsmannen saknar pengar eller är okänd betalar staten genom Brottsoffermyndigheten ut ersättningen efter en egen prövning. Ersättningen ges utöver eventuella ersättningar för medicinska skador. Syftet med ersättningen är att ge brottsoffret upprättelse mot bakgrund av den kränkning som brottet medfört. Ersättningen ska därför spegla värderingar och normer i samhället.

Instruktioner

Markera valt svarsalternativ med kryss **(×)**

Del 1. Frågor om Din ersättning och Dina erfarenheter som brottsoffer

1. Kön

( ) Kvinna
( ) Man

2. Hur gammal är Du?

( ) 15-24 år
( ) 25-44 år
( ) 45-64 år
( ) 65- år

3. Vilket eller vilka av följande brott utgjorde grunden för den kränkningsersättning som Du erhållit från Brottsoffermyndigheten?

( ) Brott mot liv och hälsa (t ex misshandel)
( ) Stöld
( ) Sexualbrott
( ) Rån
( ) Frihets- och fridsbrott (t ex hot, ofredande och olaga tvång)
( ) Övrigt

4. Hur lång tid tog det från brottstillfället till det att Du erhöll kränkningsersättning från Brottsoffermyndigheten?

( ) Inom 6 mån
( ) Mellan 6 och 12 mån
( ) Mellan 13 och 18 mån
( ) Mellan 19 och 24 mån
( ) Över 24 mån

5. Vilket belopp erhöll Du i kränkningsersättning från Brottsoffermyndigheten?

_____ kr

6. Skiljer sig beloppet Du erhållit av Brottsoffermyndigheten från det som fastställdes i domen?

( ) Ja
( ) Nej
( ) Vet ej

7. Hur har Du upplevt handläggningen fram till det att Du erhöll din ersättning?

( ) Mycket bra
( ) Ganska bra
( ) Varken bra eller dålig
( ) Otillfredsställande
( ) Mycket otillfredsställande
( ) Vet ej

8. Hur har Du överlag upplevt rättsprocessen?

( ) Mycket bra
( ) Ganska bra
( ) Varken bra eller dålig
( ) Otillfredsställande
( ) Mycket otillfredsställande
( ) Vet ej

9. Hur kränkande upplevde Du det brottsliga angreppet som låg till grund för ersättningen?

( ) Mycket kränkande
( ) Ganska kränkande
( ) I begränsad grad kränkande
( ) Inte kränkande alls
( ) Vet ej

10. Har brottet påverkat hur Du mår idag?

( ) I mycket hög grad negativt
( ) Ganska negativt
( ) I begränsad grad negativt
( ) Nej, inte längre
( ) Till det positiva
( ) Vet ej

11. Vilken betydelse har ersättningen haft för hur Du mår idag?

( ) Mycket stor betydelse
( ) Ganska stor betydelse
( ) En begränsad betydelse
( ) Ingen betydelse alls
( ) Vet ej

12. Anser Du att ersättningen kunnat kompensera för den kränkning som Du drabbats av som en följd av brottet?

( ) I mycket hög grad
( ) I ganska hög grad
( ) I begränsad grad
( ) Inte alls
( ) Vet ej

13. Anser Du att ersättningen ändå har en ”symbolisk betydelse” även om den inte kan ersätta den skada Du drabbats av?

( ) I mycket hög grad
( ) I ganska hög grad
( ) I begränsad grad
( ) Inte alls
( ) Vet ej

14. Anser Du att det brottsliga angreppet medfört en kränkning av Dig personligen?

( ) Ja → gå till fråga 14b och fortsätt
( ) Nej → gå till fråga 15 och fortsätt
( ) Vet ej → gå till fråga 15 och fortsätt

14b. I vilken grad anser Du att ersättningen har medverkat till att kompensera för den kränkning som brottet medfört?

( ) I mycket hög grad
( ) I ganska hög grad
( ) I begränsad grad
( ) Inte alls

15. Har brottet påverkat din självkänsla?

( ) Ja → gå till fråga 15b och fortsätt
( ) Nej → gå till fråga 16 och fortsätt
( ) Vet ej → gå till fråga 16 och fortsätt

15b. Har ersättningen bidragit till att förbättra eller återställa Din självkänsla?

( ) I mycket hög grad
( ) I ganska hög grad
( ) I begränsad grad
( ) Inte alls

16. Upplevde Du brottet som förnedrande?

( ) Ja → gå till fråga 16b och fortsätt
( ) Nej → gå till fråga 17 och fortsätt
( ) Vet ej → gå till fråga 17 och fortsätt

16b. Har ersättningen bidragit till att kompensera för den förnedring som brottet medfört?

( ) I mycket hög grad
( ) I ganska hög grad
( ) I begränsad grad
( ) Inte alls

17. Har kränkningen inneburit lidande för dig?

( ) Ja → gå till fråga 17b och fortsätt
( ) Nej → gå till fråga 18 och fortsätt
( ) Vet ej → gå till fråga 18 och fortsätt

17b. Hur har ersättningen lindrat det lidande du upplevt?

( ) I mycket hög grad
( ) I ganska hög grad
( ) I begränsad grad
( ) Inte alls

18. Skapade brottet ett behov av att få upprättelse?

( ) Ja → gå till fråga 18b och fortsätt
( ) Nej → gå till fråga 19 och fortsätt
( ) Vet ej → gå till fråga 19 och fortsätt

18b. Har ersättningen fungerat som upprättelse?

( ) I mycket hög grad
( ) I ganska hög grad
( ) I begränsad grad
( ) Inte alls

19. Skapade brottet hos Dig en förväntan på att rättsväsendet (t ex polis, åklagare, domstolar och Brottsoffermyndigheten) skulle ge Dig ett erkännande att det Du råkat utför var fel?

( ) Ja → gå till fråga 19b och fortsätt
( ) Nej → gå till fråga 20 och fortsätt
( ) Vet ej → gå till fråga 20 och fortsätt

19b. Har ersättningen gett Dig erkännande som brottsoffer?

( ) I mycket hög grad
( ) I ganska hög grad
( ) I begränsad grad
( ) Inte alls

20. Hur har ersättningen påverkat Ditt förtroende för rättsväsendet?

( ) I mycket hög grad positivt
( ) I ganska hög grad positivt
( ) I begränsad grad positivt
( ) Negativt
( ) Varken positivt eller negativt

21. Har ersättningen möjliggjort några förändringar i Din livssituation

( ) I mycket hög grad
( ) I ganska hög grad
( ) I begränsad grad
( ) Inte alls
( ) Vet ej

22. Anser Du att ersättningen motsvarar Din uppfattning av hur allvarligt det brottliga angreppet var?

( ) I mycket hög grad
( ) I ganska hög grad
( ) I begränsad grad
( ) Inte alls
( ) Vet ej

Del 2. Frågor av allmän karaktär om ersättningen

23. Finns det ett behov av kränkningsersättning som ett ”plåster på såren” åt brottsoffer även om skadan inte helt kan ersättas med pengar?

( ) Mycket stort behov
( ) Ganska stort behov
( ) Ett begränsat behov
( ) Inget behov alls
( ) Vet ej

24. Om Du skulle bli utsatt för ett brott som kränker din integritet (som vålds- eller sexualbrott), hur tror Du då att rättsväsendet skulle tillvarata dina intressen som brottsoffer?

( ) Mycket väl
( ) Ganska väl
( ) I begränsad grad
( ) Inte alls
( ) Vet ej

25. Tror Du att nivån på ersättningen stämmer överens med de värderingar och normer som råder i samhället?

( ) Mycket väl
( ) Ganska väl
( ) I begränsad grad
( ) Inte alls
( ) Vet ej

26. Anser Du att ersättningen skall sända en signal om hur allvarligt samhället ser på integritetskränkande brott (som vålds- och sexualbrott)?

( ) I mycket hög grad
( ) I stor grad
( ) I begränsad grad
( ) Inte alls
( ) Vet ej

27. Tror Du ersättningen till brottsoffren har någon betydelse för att brottsoffren skall känna upprättelse och kunna gå vidare efter brottet?

( ) Mycket stor betydelse
( ) Ganska stor betydelse
( ) En begränsad betydelse
( ) Ingen betydelse alls
( ) Vet ej

28. Vilken betydelse tror Du följande orsaker har för att ersättningen ska ge upprättelse för kränkningen och förnedringen av brottet:

A) Att det går snabbt och lätt att få ersättningen:

( ) Mycket stor betydelse
( ) Ganska stor betydelse
( ) En begränsad betydelse
( ) Ingen betydelse alls
( ) Vet ej

B) Att ersättningsnivån är hög:

( ) Mycket stor betydelse
( ) Ganska stor betydelse
( ) En begränsad betydelse
( ) Ingen betydelse alls
( ) Vet ej

C) Att ersättningen medför en tydlig reaktion på brottet som ett erkännande av vad brottsoffret råkat ut för?

( ) Mycket stor betydelse
( ) Ganska stor betydelse
( ) En begränsad betydelse
( ) Ingen betydelse alls
( ) Vet ej

D) Att det är gärningsmannen som får betala och inte staten?

( ) Mycket stor betydelse
( ) Ganska stor betydelse
( ) En begränsad betydelse
( ) Ingen betydelse alls
( ) Vet ej

29. Vilken betydelse tror Du ersättningen har för att ge brottsoffer upprättelse i omvärldens ögon?

( ) Mycket stor betydelse
( ) Ganska stor betydelse
( ) En begränsad betydelse
( ) Ingen betydelse alls
( ) Vet ej

30. Tror Du att ersättningen motsvarar brottsoffrens förväntningar?

( ) Mycket hög grad
( ) I stor grad
( ) I begränsad grad
( ) Inte alls
( ) Vet ej

31. Tror Du att ersättningen motsvarar brottsoffrens behov av ersättningen?

( ) I mycket hög grad
( ) I stor grad
( ) I begränsad grad
( ) Inte alls
( ) Vet ej

Del 3. Praktiska exempel

Syftet med kränkningsersättningen är att helt kompensera för den kränkning som brottsoffret kan ha upplevt i samband med brottet. Ersättningen betalas ut av Brottsoffermyndigheten om gärningsmannen inte kan göra det. Ersättningen ska ge gottgörelse för den kränkning som ett brottsligt angrepp medfört och ges utöver ersättningen för medicinska skador. Nedan finns olika exempel på olika integritetskränkande brott som ger rätt till ersättning.

Din uppgift är att själv välja vilket belopp som Du anser skulle vara skälig ersättning för kränkningen hos det integritetskränkande brottet som beskrivs i de följande fallen så att brottsoffret får upprättelse.

32. Misshandel
En man misshandlades av ett flertal ungdomar. En av ynglingarna tilldelade mannen ett knytnävsslag i ansiktet så att han föll till marken. Därefter gav de mannen ett flertal sparkar mot huvudet och kroppen samt slag mot magen när han låg ner. Sedan mannen lyckats resa sig upp gav en av ungdomarna honom ett knytnävsslag så att han föll till marken och förlorade medvetandet. Misshandeln medförde smärta, huvudvärk, ömhet och svullnad.

Vilket belopp (SEK) anser Du att ersättningen bör ligga på för att fungera som upprättelse för den kränkning som mannen drabbats av? Ange endast siffror!

_____ kr

33. Våldtäkt
En kvinna låg och sov i en lägenhet när en man tog av henne kläderna och med våld genomförde ett samlag. Tingsrätten dömde mannen till våldtäkt.

Vilket belopp (SEK) anser Du att ersättningen bör ligga på för att fungera som upprättelse för den kränkning som kvinnan drabbats av? Ange endast siffror!

_____ kr

34. Rån
En man rånades av två män. Han tilldelades flera knytnävsslag, varav något eller några träffade ansiktet. En av angriparna höll i mannen bakifrån under det att den andre höll en kniv mot mannens hals samtidigt som de upprepade gånger skrek att mannen skulle ta fram pengar. Angriparna tillgrep därefter mannens plånbok. Tingsrätten dömde dem för rån.

Vilket belopp (SEK) anser Du att ersättningen bör ligga på för att fungera som upprättelse för den kränkning som kvinnan drabbats av? Ange endast siffror!

_____ kr

35. Sexuellt ofredande
En trettonårig flicka befann sig på sin skola, när en två år äldre pojke ofredade henne sexuellt. Efter att ha dragit in henne på en toalett och låst dörren mot hennes vilja, tog ynglingen henne på brösten, stoppade sin hand innanför hennes byxor, försökte kyssa henne samt förde hennes hand mot sin penis. Tingsrätten dömde pojken för sexuellt ofredande.

Vilket belopp (SEK) anser Du att ersättningen bör ligga på för att fungera som upprättelse för den kränkning som kvinnan drabbats av? Ange endast siffror!

_____ kr

36. Dråpförsök
En man överfölls av en annan man och tilldelades ett hugg i höger axelparti med en kniv. Omedelbart därefter försökte angriparen att träffa mannen med ytterligare knivhugg riktade mot magen, ansiktet, halsen, bröstet och ryggen. Den skadade tillfogades ett cirka en och en halv centimeter stort jack med ett sårdjup på cirka fem centimeter. Tingsrätten dömde mannen för dråpförsök.

Vilket belopp (SEK) anser Du att ersättningen bör ligga på för att fungera som upprättelse för den kränkning som kvinnan drabbats av? Ange endast siffror!

_____ kr

37. Olaga hot
En kvinna blev hotad av sin tidigare make vid flera tillfällen. Först skickade mannen SMS-meddelanden som innehöll förtäckta hot med innebörden att han skulle skada henne. Senare uttalade han att han skulle bränna ner kvinnans bostad. Slutligen hotade mannen genom att rikta en pistol mot henne och uttala att han skulle skjuta huvudet av henne. Hovrätten dömde mannen för olaga hot.

Vilket belopp (SEK) anser Du att ersättningen bör ligga på för att fungera som upprättelse för den kränkning som kvinnan drabbats av? Ange endast siffror!

_____ kr

3.2 Avslag eller jämkning av kränkningsersättning

Om brottsoffret genom sitt agerande har ökat risken för att drabbas av ett brott, t ex genom att begå brottsliga gärningar, kan Brottsoffermyndigheten enligt Brottsskadelagen avslå eller jämka ersättningen som fastställs i domstolen. Exemplen nedan illustrerar situationer där jämkning eller avslag kan bli aktuellt.

38. En kvinna hade misshandlats tre gånger sedan 2003 av sin sambo. Hovrätten dömde mannen att betala kränkningsersättning till kvinnan. Mannen saknade dock pengar och därför fick Brottsoffermyndigheten pröva ärendet. Eftersom paret missbrukade narkotika tillsammans vid tidpunkten för misshandeln avslogs hennes kränkningsersättning därför att kvinnan ökat sin risk att råka ut för brott.

Anser Du att kvinnans ersättning borde påverkas av hennes missbruk?

( ) Den borde inte påverkas alls
( ) Den borde jämkas
( ) Den borde avslås helt
( ) Vet ej

39. En man misshandlades av två män i samband med att han besökte en s.k. svartklubb med olaglig spritförsäljning. Männen tilldelade honom ett flertal slag och sparkar och försökte även förmå honom att överlämna sin plånbok. Våldet orsakade revbensfrakturer.

Brottsoffermyndigheten fann att brottsskadeersättning till en man, som misshandlats i samband med ett besök på en svartklubb, skulle sättas ned till hälften eftersom mannen utsatt sig för en ökad risk att skadas.

Anser Du att mannens ersättning borde påverkas av att han besökt svartklubben?

( ) Den borde inte påverkas alls
( ) Den borde jämkas
( ) Den borde avslås helt
( ) Vet ej

Tack för din medverkan!

Var vänlig lägg den ifyllda enkäten i bifogat svarskuvert och posta!

Har Du kommentarer eller reflektioner kring ämnet kan Du skriva dessa här:

Publikationer från Rättssociologiska enheten
Lunds universitet

Beställning och aktuella priser på: http://lupak.srv.lu.se/mediatryck/
Böckerna levereras mot faktura.

Lund Studies in Sociology of Law (ISSN 1403-7246)

1 Hydén, Håkan (red) *Rättssociologi – då och nu: En jubileumsskrift med anledning av rättssociologins 25 år som självständigt ämne i Sverige*
148 sidor ISBN 91-89078-23-3 (1997)

2 Hydén, Håkan & Alf Thoor (red) *Rätt i förändring: Om kristendenser i svensk rätt*
146 sidor ISBN 91-89078-24-1 (1997)

3 Hydén, Håkan *Rättssociologi som rättsvetenskap*
130 sidor ISBN 91-89078-47-0 (1998)

4 Carlsson, Bo *Social Steerage and Communicative Action: Essays in Sociology of Law*
326 sidor ISBN 91-89078-65-9 (1998)

5 Wickenberg, Per *Normstödjande strukturer: Miljötematiken börjar slå rot i skolan*
546 sidor ISBN 91-89078-78-0 (ak. avh. 1999)

6 Gillberg, Minna *From Green Image to Green Practice: Normative action and self–regulation* 218 sidor ISBN 91-89078-80-2 (ak. avh. 1999)

7 Carlsson, Bo *Social Norms & Moral Feelings: Essays in Sociology of Law*
86 sidor ISBN 91-89078-83-7 (1999)

8 Hydén, Håkan *Rättssociologi som emancipatorisk vetenskap*
221 sidor ISBN 91-89078-89-6 (1999)

9 Bartolomei, María Luisa & Håkan Hydén (eds.) *The Implementation of Human Rights in a Global World: Recreating a cross-cultural and interdisciplinary approach*
186 sidor ISBN 91-89078-92-6 (1999)

10 Carlsson, Bo *Excitement, Fair Play, and Instrumental Attitudes: Images of Legality in Football, Hockey, and PC Games* 89 sidor ISBN 91-7267-010-X (2000)

11 Ryberg-Welander, Lotti *Arbetstidsregleringens utveckling: En studie av arbetstidsreglering i fyra länder* 412 sidor ISBN 91-7267-011-8 (ak. avh. 2000)

12 Carlsson, Bo *Rättssociologi och populärkultur* 102 sidor ISBN 91-7267-118-1 (2001)

13 Pfannenstill, Annika *Rättssociologiska studier inom området autism: Rättsanvändning i en kunskapskonkurrerande miljö* 214 sidor ISBN 91-7267-120-3 (ak. avh. 2002)

14 Gustavsson, Håkan *Rättens polyvalens: En rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet* 478 sidor ISBN 91-7267-135-1 (ak avh 2002)

15 Avellan, Heidi *Brännpunkter i nyhetsflödet: Rättssociologiska nedslag 2003*
60 sidor ISBN 91-7267-152-1 (2003)

16 Rejmer, Annika *Vårdnadstvister: En rättssociologisk studie av tingsrätts funktion vid handläggning av vårdnadskonflikter med utgångspunkt från barnets bästa*
248 sidor ISBN 91-7267-142-4 (ak. avh. 2003)

17 Baier, Matthias *Norm och rättsregel: En undersökning av tunnelbygget genom Hallandsåsen* 197 sidor ISBN 91-7267-144-0 (ak. avh. 2003)
18 Friis, Eva *Sociala utredningar om barn: En rättssociologisk studie av lagstiftningens krav, utredningarnas argumentationer och konsekvenser för den enskilde* 290 sidor ISBN 91-7267-150-5 (ak. avh. 2003)
19 Olsson, Patrik *Legal Ideals and Normative Realities: A Case Study of Children's Rights and Child Labor Activity in Paraguay* 178 sidor ISBN 91-7256-155-6 (ak. avh. 2003)
20 Hoff, David *Varför etiska kommittéer?* 306 sidor ISBN 91-7256-156-4 (ak. avh. 2004)
21 Zanderin, Lars *Internkontroll och systemtillsyn av arbetsmiljön i äldreomsorgen i fyra svenska kommuner: En rättssociologisk studie* 319 sidor ISBN 91-7267-177-7 22 (ak. avh. 2004)
22 Staaf, Annika *Rättssäkerhet och tvångsvård: En rättssociologisk studie* 356 sidor ISBN 91-7267-196-3 (ak. avh. 2005)
23 Hallerström, Helena *Rektorers normer i ledarskapet för skolutveckling* 183 sidor ISBN 91-7267-217-X (ak. avh. 2006)
24 Friberg, Staffan *Normbildningsprocess – genom brukarsamverkan* 235 sidor ISBN 91-7267-221-8 (ak. avh 2006)
25 Börrefors, Johanna *En essä om estetisk efterrättelse* 231 sidor ISBN 91-7267-235-8 (ak. avh 2007)
26 Appelstrand, Marie *Miljömålet i skogsindustrin – styrning och frivillighet* 323 sidor ISBN 91-7267-240-4 (ak. avh 2007)
27 Sonander, Anna *Att arbeta med barn som brottsoffer – En rättssociologisk studie* 233 sidor ISBN 91-7267-252-8 (ak. avh 2008)
28 Svensson, Måns *Sociala normer och regelefterlevnad – Trafiksäkerhetsfrågor ur ett rättssociologiskt perspektiv* 244 sidor ISBN 91-7267-271-4 (ak. avh 2008)
29 Hydén, Håkan & Wickenberg, Per (eds.) *Contributions in Sociology of Law – Remarks from a Swedish Horizonn* 245 sidor ISBN 91-7267-276-5
30 Bergman, Anna-Karin *Law in Progress? A Contextual Study of Norm-Generating Processes – The Example of GMES* (ak. anh 2009)
31 Baier, Matthias (ed.) *Participative aspects of law – a socio-legal perspective*.
32 Wedin, Lina *Going Green – A Study of Public Procurement Regulation* 193 sidor ISBN 91-7267-295-1 (ak. avh 2009)
33 Persson, Lars *Pedagogerna och demokratin – En rättssociologisk studie av pedagogers arbete med demokratiutveckling i förskola och skola* 188 sidor ISBN 91-7267-309-5 (ak. avh 2010)
34 Leo, Ulf *Rektorer bör och rektorer gör – En rättssociologisk studie om att identifiera, analysera och förstå professionella normer* 190 sidor ISBN 91-7267-314-1 (ak. avh. 2010)
35 Johansson, Susanna *Rätt, makt och institutionell förändring – En kritisk analys av myndigheters samverkan i barnahu*s 254 sidor ISBN 978-917473-101-9 (ak. avh. 2011)
36 Stefan Larsson *Metaphors and Norms – Understanding copywright law in a digital society* 167 sidor ISBN 91-7267-335-4 (ak. avh. 2011)
37 Håkan Hydén (ed.) Norms between law and society – *A collection of Essays from Doctorates from Different Academic Subjects and Different Parts of the World* 168 sidor ISBN 91-7267-330-3

38 Charlotte Agevall *Våldet och kärleken – Våldsutsatta kvinnors begripliggörande av sina erfarenheter* 304 sidor ISBN 91-7267-341-9 (ak. avh. 2012)
39 Karl Dahlstrand *Kränkning och upprättelse – En rättssociologisk studie av kränkning till brottsoffer* 337 sidor ISBN 91-7267-342-7 (ak. avh. 2012)

Sociology of Law Research Reports (ISSN 1404-1030)

1998:1 Hydén, Håkan (red) *Rättssociologiska perspektiv på hållbar utveckling* 218 sidor ISBN 91-89078-43-8
1999:1 Grip, Elsa *Kan kommunen kontrollera kretsloppen? En studie i styrmedel för den fysiska samhällsplaneringen i riktning mot kretsloppssamhället* 107 sidor ISBN 91-89078-70-5
1999:2 Grip et al, Elsa *"Den som tar ska ge igen": Balansering – ett rättvist system för miljöhänsyn i samhällsbyggandet?* 106 sidor ISBN 91-89078-79-9
1999:3 Hydén, Håkan (red) *Aspekter av och perspektiv på normer: Rättssociologer reflekterar kring normer* 177 sidor ISBN 91-7267-001-0
2000:1 Wickenberg, Per *Greening Education in Europe: Research Report on Environmental Education, Learning for Sustainable Development and local Agenda 21 in Europe* 112 sidor ISBN 91-7267-021-5
2000:2 Hydén, Håkan, Minna Gillberg & Per Wickenberg *Miljöledning i Citytunnelprojektet: MiC-projektet, delrapport 1: Bakgrund och samråd* 74 sidor ISBN 91-7267-025-8
2003:1 Wickenberg, Per *Brunnarna i Holma: Samrådens konkreta genomförande 20002002 för Citytunnelprojektet i Malmö* 274 sidor ISBN 91-7267-149-1
2004:1 Åström, Karsten *Prioriteringar i socialtjänsten: En analys av rättsliga förutsättningar* 46 sidor ISBN 91-7267-163-7
2004:2 Hydén, Håkan & Wickenberg, Per *Utvärderingsstudie av Venprojektet* 44 sidor ISBN 91-7267-180-7
2004:3 Hydén, Håkan (red) *Landskrona 1970–2010 i tid och rum* 111 sidor ISBN 91-7267-181-5
2004:4 Platzer, Ellinor *En icke-lag i sökljuset: Exemplet hushållstjänster i Sverige* 122 sidor ISBN 91-7267-184-X
2004:5 Rejmer, Annika (red) *Normvetenskapliga reflektioner* 178 sidor ISBN 91-7267-185-8
2005:1 Svensson, Måns *Strategier för ökad regelefterlevnad på trafikområdet* 45 sidor ISBN 91-7267-197-1
2005:2 Friis, Eva, Wickenberg, Per & Aurell, Justus *Projekt Nätverk Handel Malmös modell för kompetensutveckling av deltidsarbetslösa inom handeln* 105 sidor ISBN 91-7267-198-X
2005:3 Hallerström, Helena *Skolledarskap för förändring och utveckling* 182 sidor ISBN 91-7267-199-8
2005:4 Johansson, Susanna, Larsson, Stefan & Wickenberg, Per *Elevinflytande i Lomma kommuns skolor (skolår 7-9)* 105 sidor ISBN 91-7267-201-3

2006:1 Agevall, Chalotte *Att skapa goda arbetsmiljöer – med hjälp av design och jämställdhet: En utvärdering av projektet* Skåne i god form. *Ett samarbetsprojekt mellan LOdistriktet i Skåne, SvenskIndustridesign och Svenska ESF-rådet* 70 sidor ISBN 91-7267-215-35

2006:2 Hansen, Helena *Slutrapport till Kronofogdemyndigheten – Otillåten påverkan inom Kronofogdemyndiheten i Malmö* 35 sidor ISBN 91-7267-222-6

2006:3 Carlsson, Lina & Waara, Fredrik *Offentlig upphandling ur upphandlarens perspektiv: Resultat från två studier med fokus på byggupphandling och ekologisk hållbarhet* 37 sidor ISBN 91-7267-226-9

2007:1 Dahlstrand, Karl *Den anomiska rätten – Om undantagskonstruktion av de rent ideella kräningsersättningarna* 130 sidor ISBN 91-7267-241-2

2007:2 Johansson, Susanna *"Man är kanske mer kapabel än vad man trodde…" – Utvärderingsrapport av projekt Mötesplats Social Ekonomi Malmö – arbetsträning för långtidsarbetslösa och långtidssjukskrivna* 103 sidor ISBN 91-7267-247-1

2007:3 Hallerström, Hellena *Invandrarkvinnor på väg mot arbete genom utbildning och kooperation – Extern utvärdering av projekt Trappan i stadsdelen Rosengård, Malmö* 55 sidor ISBN 91-7267-250-1

2008:1 Rejmer, Annika, Rasmusson, Bodil, Johansson, Susanna, Friis, Eva & Åström, Karsten *Barnahusens organisation, samverkan och verksamhet – Lägesrapport April 2006 – Delrapport 1 i utvärderingen av nationell försöksverksamhet med barnahus 2006-2007* ISBN 91-7267-261-7

2008:2 Pavlovskaia, Evgenia & Åström, Karsten *Rättsliga perspektiv på barnet som brottsoffer – Delrapport 2 i utvärderingen av nationell försöksverksamhet med barnahus 2006-2007* 56 sidor ISBN 91-7267-260-9

2008:3 Friis, Eva *Sociala utredningar om brottsutsatta barn – Målgrupp, handläggning och insatser – Delrapport 3 i utvärderingen av nationell försöksverksamhet med barnahus 2006-2007* 108 sidor ISBN 91-7267-259-5

2008:4 Johansson, Susanna *Myndighetssamverkan i barnahus – organisering, innehåll och process – Delrapport 4 i utvärderingen av nationell försöksverksamhet med barnahus 2006-2007* 98 sidor ISBN 91-7267-262-5

2008:5 Rejmer, Annika och Hansen, Helene *"... känner du till skillnaden mellan lögn och sanning" – En analys av förundersökningar – Delrapport 5 i utvärderingen av nationell försöksverksamhet med barnahus 2006-2007* 80 sidor ISBN 91-7267-263-3

2008:6 Rasmusson, Bodil *"Det är ju inget dagis precis…" Barns och föräldrars upplevelser av kontakter med barnahus – Delrapport 6 i utvärderingen av nationell försöksverksamhet med barnahus 2006-2007* 84 sidor ISBN 91-7267-255-2

2008:7 Åström, Karsten & Rejmer, Annika *"Det blir nog bättre för barnen" – Slutrapport i utvärderingen av nationell försöksverksamhet med barnahus 2006-2007* 142 sidor ISBN 91-7267-264-1

2008:8 Svensson, Måns & Persson, Lars *Socialtjänsten som kunskapskälla – En modell för psykosocial rapportering inför strategiska beslut på kommunal ledningsnivå avseende bland annat hållbar utveckling och folkhälsa* 88 sidor ISBN 91-7267-258-7

2008:9 Hallerström, Helena & Tallvid, Martin *Egen dator som redskap för lärande. Utvärdering av projektet "En-till-En" i två grundskolor i Falkenbergs kommun – Delrapport 1* 95 sidor ISBN 91-7267-274-9

2009:1 Svensson, Måns & Larsson, Stefan *Social Norms and Intellectual Property – Online norms and the European legal development* 66 sidor ISBN 91-7267-305-2

2010:1 Eva Friis *Projekt Trapphuset Rosengård: Utbildningsverkstad och empowermentstation för invandrarkvinnor på väg mot arbete – En rättssociologisk undersökning av måluppfyllelse, genomförande och normstödjande arbete. Slutrapport från den externa utvärderingen* 82 sidor ISBN 91-7267-325-7

Sociology of Law Dissertations 1978–

1. Widerberg, Karin: Kvinnans rättsliga och sociala ställning i Sverige 1750-1976 (1978)
2. Hydén, Håkan: Rättens samhälleliga funktioner (1978)
3. Magnusson, Dan: Konkurser och ekonomisk brottslighet (1979)
4. Kalderstam, Johnny: De laglösa. Om rättens betydelse för levnadsförhållandena i en kriminell subkultur (1979)
5. Akalu, Aster: The Process of Land Nationalization in Ethiopia. Land Nationalization and the Peasants (1982)
6. Esping, Hans: Förvaltningsrätt och reformpolitik (1983)
7. Ericsson, Lars: Ett surt regn kommer att falla. Naturen, myndigheterna och allmänheten (1985)
8. Carlsson, Bo & Isacsson, Åke: Hälsa, kommunikativt handlande och konfliktlösning. En studie av patientens ställning och av Hälso- och sjukvårdslagens ansvarsnämnd (1989)
9. Eriksson, Kjell E.: Jag slutar! Individuell konfliktlösning i arbetslivet (1991)
10. Ödman, Ella: Planlagstiftningen och välfärden: tendenser i utvecklingen av svensk planlagstiftning (1992)
11. Olsson, Sven-Erik: Kvinnor i arbete och reproduktion. Havandeskapspenningens tillämpning (1993)
12. Gutto, Shadrack: Human and Peoples Rights for the Oppressed. Critical Essays on Theory and Practice from Sociology of Law Perspective (1993)
13. Schlytter, Astrid: Om rättvisa I barnomsorgen. Den kommunala barnomsorgens fördelningsregler ur ett vardagsperspektiv (1993)
14. Rolfsson, Margaretha: Unga på drift. Om sociala normer och social kontroll i Rosengård (1994)
15. Banakar, Reza: Rättens dilemma. Om konflikthantering i ett mångkulturellt samhälle (1994)
16. Kåhl, Ingela: Socialarbetarkåren – den lindansande professionen (1995)
17. Svenning, Margaretha: Miljökriget. Miljöarenan och politikens möjligheter att styra vår miljö (1996)
18. Hammarsköld, Claes-Göran: FINSAM: Förändring av en välfärdsorganisation genom försöksverksamhet (1997)
19. Mascaro, Joakim: Aurea Norma (1998)
20. Gillberg, Minna: From Green Image to Green Practice. Normative action and self-regulation (1999)

21. Wickenberg, Per: Normstödjande strukturer. Miljötematiken börjar slå rot i skolan (1999)
22. Ryberg, Lottie: Arbetstidsregleringens utveckling (2000)
23. Pfannenstill, Annika: Rättssociologiska studier inom området autism. Rättsanvändning i en kunskapskonkurrerande miljö (2002)
24. Rejmer, Annika: Vårdnadstvister. En rättssociologisk studie av tingsrätts funktion vid handläggning av vårdnadskonflikter med utgångspunkt från barnets bästa (2003)
25. Baier, Matthis: Norm och rättsregel. En undersökning av tunnelbygget genom Hallandsåsen (2003)
26. Friis, Eva: Sociala utredningar om barn. En rättssociologisk studie av lagstiftningens krav, utredningarnas argumentationer och konsekvenser för den enskilde (2003)
27. Olsson, Patrik: Legal Ideas and Normative Realities. A case study of children´s rights and child labor activity in Paraguay (2003)
28. Hoff, David: Varför etiska kommittéer? (2004)
29. Zanderin, Lars: Internkontroll och systemtillsyn av arbetsmiljön i äldreom-sorgen i fyra svenska kommuner. En rättssociologisk studie (2004)
30. Staaf, Annika: Rättssäkerhet och tvångsvård. En rättssociologisk studie (2005)
31. Hallerström, Helena: Rektorers normer i ledarskapet för skolutveckling (2006)
32. Friberg, Staffan: Normbildningsprocess genom brukarsamverkan (2006)
33. Börrefors, Johanna: En essä om estetisk efterrättelse (2007)
34. Appelstrand, Marie: Miljömålet i skogsbruket – styrning och frivillighet (2007)
35. Sonander, Anna: Att arbeta med barn som brottsoffer. En rättssociologisk studie (2008)
36. Svensson, Måns: Sociala normer och regelefterlevnad. Trafiksäkerhetsfrågor ur ett rättssociologiskt perspektiv (2008)
37. Anna Piasecka: European Integration vs. European Legal Cultures. A Comparative Case Study concerning Harmonization and Implementation of EU Migration Law (PhD, within the Renato Treves International Doctorate in “Law and Society”, Milan) (2008)
38. Bergman, Anna-Karin: Law in Progress? A Contextual Study of Norm-Generating Processes – The Example of GMES (2009)
39. Wedin, Lina: Going Green – A Study of Public Procurement Regulation (2009)
40. Persson, Lars Pedagogerna och demokratin – En rättssociologisk studie av pedagogers arbete med demokratiutveckling i förskola och skola (2010)
41. Leo, Ulf Rektorer bör och rektorer gör – En rättssociologisk studie om att identifiera, analysera och förstå professionella normer (2010)
42. Johansson, Susanna Rätt, makt och institutionell förändring – En kritisk analys av myndigheters samverkan i barnahus (2011)
43. Charlotte Agevall Våldet och kärleken – Våldsutsatta kvinnors begripliggörande av sina erfarenheter (2012)
44 Karl Dahlstrand Kränkning och upprättelse – En rättssociologisk studie av kränkning till brottsoffer (2012)

Sociology of Law Licentiate Dissertations

1. Platzer, Ellinor: En icke-lag i sökljuset. Exemplet hushållstjänster i Sverige. Licentiatavhandling (2004).
2. Larsson, Stefan: BETWEEN DARING AND DELIBERATING – 3G as a sustainability issue in Swedish spatial planning. Licentiatavhandling (2008).