

# RÄTTSTILLÄMPNINGENS TYSTNAD

En rättsvetenskaplig narratologisk studie om argumentation  
och rättsliga uttryck inom civilprocessen

Erik Björling



JURIDISKA INSTITUTIONENS SKRIFTSERIE  
HANDELSHÖGSKOLAN VID GÖTEBORGS UNIVERSITET

# Rättstillämpningens tystnad



# RÄTTSTILLÄMPNINGENS TYSTNAD

En rättsvetenskaplig narratologisk studie om argumentation  
och rättsliga uttryck inom civilprocessen

Erik Björling

**Juridiska institutionens skriftserie**  
Handelshögskolan vid Göteborgs universitet

Skrift 022  
2017

Rättstillämpningens tystnad: En rättsvetenskaplig narratologisk studie om argumentation och rättsliga uttryck inom civilprocessen

© Erik Björling, Göteborg 2017  
Omslagets illustration: Nils Björling med inspiration från Serge Valéntine (se kapitel 1) och Per Henrik Lindblom (se avsnitt 4.1.2.3).  
Tryck: Ineko AB, Källered

ISBN 978-91-87869-06-8

*Boken är publicerad med bidrag från Emil Heijnes Stiftelse för rättsvetenskaplig forskning samt  
Juridiska institutionen vid Göteborgs universitet.*

# Innehållsöversikt

Prolog	1
<b>Del I – Avstamp</b>	
<b>1. Berättelser om rätten</b>	5
1.1. Problembakgrund	10
1.2. Syfte och forskningsfrågor	19
1.3. Avgränsningar och material	22
<b>2. Narratologiska perspektiv</b>	33
2.1. Metodologisk reflektion	33
2.2. Narrativanalys	36
2.3. Rätten som narrativ	68
<b>3. Från rättstillämpning till rättsligt narrativ</b>	71
3.1. Representationsdiskurs och uttrycksdiskurs	74
3.2. Rättstillämpningens metodologi	86
3.3. Rätten som ständigt blivande	131
<b>Del II – Analys</b>	
<b>4. Rättsliga entymem:</b>	
<b>Synliggörandet av uttalade premisser</b>	139
4.1. Subsumtionsbegreppet i svensk civilprocessrätt	141
4.2. Entymem i rättsliga narrativ	176
4.3. Processrättens tystnad	207
<b>5. Överdeterminerade subjekt:</b>	
<b>Synliggörandet av parternas och domstolens positioner</b>	213
5.1. Subjekt i svensk civilprocess	214
5.2. Överdeterminerade subjekt i rättsliga narrativ	238
5.3. Rättslig och metodologisk överdeterminering	254
<b>6. Narrativdissonans:</b>	
<b>Synliggörandet av kontradiktionens svårigheter</b>	261
6.1. Civilprocessuella begrepp och principer	262
6.2. Narrativdissonans i rättsliga narrativ	285
6.3. Parallell diktion	311
<b>Del III – Avslut</b>	
<b>7. Rättstillämpningens tystnad</b>	319
7.1. Diskursiva inläsningar	323
7.2. Öppningar genom rättens ständiga blivande	337
7.3. Mesoförrättsligande	348
<b>English Summary</b>	355
<b>Epilog</b>	357
<b>Referenser</b>	367

# Innehållsförteckning

Prolog	1
--------	---

## Del I - Avstamp

<b>I. Berättelser om rätten</b>	<b>5</b>
1.1. Problembakgrund	9
1.2. Syfte och forskningsfrågor	19
1.3. Avgränsningar och material	22
1.3.1. Avgränsningar	22
1.3.2. Material	25
1.3.3. Avhandlingsdisposition	29
<b>2. Narratologiska perspektiv</b>	<b>33</b>
2.1. Metodologisk reflektion	33
2.2. Narrativanalys	36
2.2.1. Språkteoretiska implikationer	43
2.2.2. Språkteoretiskt problematiserad narratologi	47
2.2.3. Rätt och narrativ	51
2.2.4. Operationalisering av begreppen	58
2.2.4.1. Skript och narrativ	62
2.2.4.2. Intrig och berättelse	64
2.2.4.3. Metonymi, metafor och entymem	65
2.3. Rätten som narrativ	68
<b>3. Från rättstillämpning till rättsligt narrativ</b>	<b>71</b>
3.1. Representationsdiskurs och uttrycksdiskurs	74
3.1.1. Diskursbegreppet	74
3.1.1.1. Diskursteori och narratologi i förening	82
3.1.2. Diskursernas terminologi	83
3.1.2.1. Representationsdiskursens begrepp	85
3.1.2.2. Uttrycksdiskursens begrepp	91
3.1.3. Diskursernas ontologi och epistemologi	93
3.1.3.1. Representationsdiskursens utgångspunkter	95
3.1.3.2. Uttrycksdiskursens utgångspunkter	97

<b>3.2. Rättstillämpningens metodologi</b>	106
3.2.1. Autonom metodologi om rättslig argumentation	109
3.2.2. Semi-autonom metodologi om rättslig argumentation	114
3.2.3. Kritisk metodologi om rättslig argumentation	124
<b>3.3. Rätten som ständigt blivande</b>	131

## Del II - Analys

<b>4. Rättsliga entymer:</b>	
<b>Synliggörandet av uttalade premisser</b>	139
<b>4.1. Subsumtionsbegreppet i svensk civilprocessrätt</b>	141
4.1.1. Rättstillämpning med eller utan bestämning av fakta	143
4.1.2. Civilprocessrättslig terminologi avseende rättstillämpning	145
4.1.2.1. <i>Civilprocessens funktion</i>	150
4.1.2.2. <i>Subsumtion</i>	158
4.1.2.3. <i>Processrättsliga representationer</i>	168
<b>4.2. Entymer i rättsliga narrativ</b>	176
4.2.1. NJA 2013 s. 700 - Preskriptionsmålet	176
4.2.1.1. <i>Privaträttens företrädare</i>	177
4.2.1.2. <i>Rättslig systematik</i>	183
4.2.1.3. <i>Autonom metodologi</i>	186
4.2.1.4. <i>Individuell funktion mot systemkoherens</i>	187
4.2.2. NJA 2013 s. 524 - Fel i dörr	188
4.2.2.1. <i>Syftesambivalens</i>	190
4.2.2.2. <i>Argumentation utan ord</i>	192
4.2.2.3. <i>Formalism mot funktionalism</i>	193
4.2.3. NJA 2012 s. 776 - Gymkortsmålet	198
4.2.3.1. <i>Rättsutredande utfyllnad</i>	199
4.2.4. NJA 2005 s. 205 - Villareparationsmålet	203
4.2.4.1. <i>Samhällsnytta mot koherens</i>	203
<b>4.3. Processrättens tystnad</b>	207
<b>5. Överdeterminerade subjekt:</b>	
<b>Synliggörandet av parternas och domstolens positioner</b>	213
<b>5.1. Subjekt i svensk civilprocess</b>	214
5.1.1. Rättssubjektet	215
5.1.1.1. <i>Civilprocessrättslig terminologi avseende rättssubjektet</i>	218
5.1.2. Subjektspositioner	221
5.1.2.1. <i>Subjektspositioner i välfärdsstatlig rättslig logik</i>	227
5.1.2.2. <i>Subjektspositioner i kritisk rättsvetenskaplig forskning</i>	232



<b>5.2. Överdeterminerade subjekt i rättsliga narrativ</b>	238
5.2.1. NJA 2013 s. 700 - Preskriptionsmålet	238
5.2.1.1. <i>Den autonoma konsumenten</i>	238
5.2.1.2. <i>Medlem och/eller konsument</i>	241
5.2.1.3. <i>Hovrätten som rättsutredande subjekt</i>	241
5.2.2. NJA 2005 s. 205 - Villareparationsmålet	242
5.2.2.1. <i>Den rationella konsumenten</i>	242
5.2.3. NJA 2010 s. 467 - Hansamålet	245
5.2.3.1. <i>Skyddsvärd och icke-autonom</i>	245
5.2.3.2. <i>Den dömande (men tysta) maskinen</i>	247
5.2.4. NJA 2013 s. 524 - Fel i dörr	248
5.2.4.1. <i>Homo Oeconomicus</i>	248
5.2.5. NJA 2011 s. 600 - Tandläkarmålet	251
5.2.5.1. <i>Konsument utan lag</i>	251
<b>5.3. Rättslig och metodologisk överdeterminering</b>	254
<b>6. Narrativdissonans:</b>	
<b>Synliggörandet av kontradiktionens svårigheter</b>	261
<b>6.1. Civilprocessuella begrepp och principer</b>	262
6.1.1. Saken	262
6.1.2. Processmaterialet	264
6.1.3. Notoriska fakta	266
6.1.4. Dispositionsprincipen	268
6.1.5. Officialprincipen	271
6.1.6. Kontradiktionsprincipen	272
6.1.6.1. <i>Kommunikationsprincipen</i>	276
6.1.6.2. <i>Samtalsmodellen</i>	277
6.1.7. Funktionell terminologi	279
<b>6.2. Narrativdissonans i rättsliga narrativ</b>	285
6.2.1. NJA 2005 s. 205 - Villareparationsmålet	285
6.2.1.1. <i>Domstolen känner lagen (och därmed verkligheten)</i>	285
6.2.1.2. <i>Misslyckat utbrytarförsök</i>	288
6.2.2. NJA 2013 s. 700 - Preskriptionsmålet	291
6.2.2.1. <i>Path dependency</i>	292
6.2.3. NJA 2011 s. 600 - Tandläkarmålet	294
6.2.3.1. <i>Icke-kommunikation</i>	294
6.2.3.2. <i>Fel eller fel eller bara ofärdigt</i>	300
6.2.4. NJA 2012 s. 776 - Gymkortsmålet	304
6.2.4.1. <i>'Den gällande rätten'</i>	304
6.2.4.2. <i>Konfliktlösning mot handlingsdirigering</i>	307
<b>6.3. Parallell diktion</b>	311

# Del III - Avslut

<b>7. Rättstillämpningens tystnad</b>	319
<b>7.1. Diskursiva inläsningar</b>	323
7.1.1. Metodologiska och teoretiska inläsningar	323
7.1.1.1. Metodologins marginella betydelse	323
7.1.1.2. Teoretiska vägval som gör skillnad	327
7.1.2. Processrättsliga inläsningar	328
7.1.2.1. Subsumtionens blinda fläckar	329
7.1.2.2. Det osynliga subjektet	332
7.1.2.3. Avsaknaden av kontradiktion	334
<b>7.2. Öppningar genom rättens ständiga blivande</b>	337
7.2.1. Metodologiska öppningar	337
7.2.2. Rättsliga öppningar	340
7.2.2.1. Öppningar genom rättens användning	340
7.2.2.2. Öppningar genom rättens tillblivelse	343
<b>7.3. Mesoförrättsligande</b>	348
<b>English Summary</b>	355
<b>Epilog</b>	357
<b>Referenser</b>	367



# Prolog

Samtal från den så kallade allmänheten tillhörde en vanligt återkommande arbetsuppgift under min tid som tingsnotarie. Samtalen kunde exempelvis resultera i att jag gav information om hur en ansökan om boutredningsman går till, hur mycket det kostar att stämma någon, vad som menas med delgivning eller hur det fungerar med prövningstillstånd till hovrätten. Det kunde också hända att allmänheten gav sig tillkänna, som part i ett mål, och samtalet kunde då komma att handla om ett specifikt rättsfall där tingsrätten dömt fel eller där motparten obstruerat rättegången.

Det var inte heller ovanligt att samtalen resulterade i tjänsteanteckningar där jag förde in uppgifter i akten när någon av parterna ringt in till tingsrätten. Det kunde vara upprörda samtal om att huvudförhandlingen förlagts till en tid som inte passade, att motpartens yttrande inte alls stämde med verkligheten eller att det inte gick att förstå vad som avsågs med tingsrättens föreläggande. Vad betyder omständigheter till grund för talan? Är det detsamma som bevisuppgift, detsamma som lagar och regler, eller något annat? De muntliga uppgifterna över telefon skulle sedan omsättas till omskrivningar i tingsrättens digitala målhanteringssystem.

Det är erfarenheter från den här tiden som väckte mitt intresse för rättsvetenskaplig forskning avseende domstolsprocessen. I tvistemålen i allmän domstol gjorde orden, kommunikationen och språkspelet stor skillnad. Orden gjorde stor skillnad i betydelsen att de möjliggjorde rättsföljder, vilka avslutade parternas tvist och fördelade resurser mellan dem. Orden gjorde emellertid även skillnad i betydelsen att tvisten kom att förändras, inpassas, avgränsas och bli till något annat. Problemet blev till en konflikt som blev till en tvist som blev till en rättegång. Endast vissa av parternas ord blev till konkreta rättsfakta. De flesta ansågs icke rättsligt relevanta.

Observationer av de mekanismer som ligger bakom de särskiljanden och gränsdragningar en rättstvist innebär har nu transformerats ytterligare en gång. Den här gången till en doktorsavhandling i rättsvetenskap. Jag får nog dessvärre konstatera att orden därigenom blivit än mer svårtillgängliga jämfört med tvistemålen redan invecklade språkdräkt. Jag har inte utvecklat mer pedagogiska sätt att svara i domstolens telefon. Jag har inte heller förklarat domstolens fyrkantiga sätt eller motiverat det juridiska språkbruket inom rättslig argumentation. Istället har jag försökt ta mig djupare in i den rättstillämpande praktiken, till dess språkteoretiska utgångspunkter och processrättsliga grundantaganden. Det är fråga om inveckling snarare än utveckling.



# Del I - Avstamp

Språket är en labyrint av vägar. Du kommer från ett håll och du känner igen dig; du kommer från ett annat håll till samma ställe och du känner inte längre igen dig.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Wittgenstein, Ludwig, *Filosofiska undersökningar*. Stockholm: Thales, 2012 s. 97.



## I. Berättelser om rätten

I Altamonts köllare på 11 Rue Simon-Crubellier är det ordning och reda, allt är markerat med tydliga etiketter. "Väggen till vänster är reserverad för livsmedel. Först basvaror: mjöl, mannagryn, majsena, potatismjöl, tapioka, havregryn, bitsocker, strösocker, florsocker, salt, oliver, kapis, pickles, stora burkar senap och saltgurka, dunkar med olja, förpackningar av torkade örter, hel peppar, kryddnejlika, frystorkade champinjoner, små burkar skivad tryffel; vinäger och ättikssprit; skalad mandel, hasselnötskärnor, valnötskärnor och cashewnötskärnor i vakuumpförpackningar, salta kex, karameller, block-choklad och chokladkakor, honung, marmelad, konserverad mjölk, mjölkpulver, äggpulver, jästpulver, puddingpulver, te, kaffe, kakao, örtteer, buljongtärningar, tomatpuréer, harissa, muskotnöt, paprika, vanilj, kryddor och aromgivare, skorpmjöl, skorpor, russin, torkad frukt, angelikarot; så kommer konserverna: fiskkonserver, tonfisk i bitar, sardiner i olja [...]" Uppräkningen fortsätter en god bit ytterligare i kapitel 18 i Georges Perecs roman *Livet en bruksanvisning*, och då handlar det bara om Altamonts köllare, därefter följer redogörelsen av Gratiolets köllarutrymme.<sup>2</sup>

Romanen *Livet en bruksanvisning* utgår från en fiktiv trappuppgång i Paris, 11 Rue Simon-Crubellier. Det går att ifrågasätta om alla dessa föremål i köllaren, om ens något, kan spela någon roll för bokens övergripande berättelse? Perecs bok är dock sprängfylld av beskrivningar från olika delar av fastigheten. Tre trappor upp till vänster, ett vindsutrymme, trapphuset, antikaffären och andra ställen i huset är alla nogsamt beskrivna och föremålen och personerna som beskrivs leder även tanken vidare i både tid och rum. Ett föremål i Gaspard Winklers lägenhet leder tanken vidare till något som inträffat tjugo år tidigare och ett brev i en papperskorg öppnar upp för en lång och snarig relation mellan Cyrill Altamont och Nils Ericsson. Boken kan alltså sägas vara full av ögonblicksbilder, vi kan kalla dem för representationer av verkligheten.<sup>3</sup> Men vad betyder de olika ögonblicksbilderna i de olika lägenheterna på 11 Rue Simon-Crubellier? Den frågan har förstas många möjliga svar.

Jag skulle kunna påstå att de enskilda ögonblicken formar en berättelse om Bartlebooth, som är bosatt på 11 Rue Simon-Crubellier. Bartlebooth är en oerhört

---

<sup>2</sup> Perec, Georges, *Livet en bruksanvisning*. Stockholm: Alberg Bonniers förlag, 2000. I original från 1978 *La vie mode d'emploi*.

<sup>3</sup> Begreppet *representation* kommer att bli betydelsefullt i det följande och presenteras närmare i kapitel 3.



förmögen engelsman som bestämmer sig för att ägna 50 år av sitt liv åt ett slags pusselprojekt. Han ägnar tio år åt att lära sig måla med vattenfärger för att sedan ägna de nästkommande 20 åren åt att måla 500 olika hamnvyer runt om i världen. Bartlebooth skickar kontinuerligt sina hamnmotiv till finsnickaren Gaspard Winkler som tillverkar pussel av Bartlebooths målningar. När Bartlebooth efter 20 år återvänder från sina resor börjar han lägga de pussel Winkler tillverkat, med målsättning att exakt 20 år efter att målningen målats kunna färdigställa pusslet och sedan upplösa det. Färdiglagda pussel skickas tillbaka till hamnen där motivet målades för att sänkas ned i en särskild vätska som upplöser färgerna. Ett blankt ark, där endast de vaga konturerna efter pusselbitarnas kanter återstår, sänds sedan åter till Bartlebooth. Den sinnrika färgupplösningsvätskan är framtagen av en annan granne i fasigheten, Georges Morellet. Slutmålet för Bartlebooth verkar vara att det 50-åriga projektet ska slutföras utan att lämna några spår från varken måleri eller pusselläggande. Olyckligtvis lyckas inte Bartlebooth lägga alla 500 pussel, dels eftersom Winkler alltmer förädlar konsten att skära pusslet på ett mycket finurligt och vilseledande sätt, dels på grund av att Bartlebooth på äldre dar blir blind. Försenad i sin tidsplan dör Bartlebooth i akt att lägga det fyrahundratrettionionde pusslet.

Det går vidare att påstå att ögonblicken i romanen bildar en berättelse om Serge Valéntine, en av de många andra karaktärerna i boken. Valéntine är Bartlebooths lärare i målning och planerar att göra en målning av hela 11 Rue Simon-Crubellier. På så sätt har Valéntine ambitionen att göra en representation av romanen genom en målning. Samma berättelse men i annan form. Men inte heller Valéntine lyckas med sitt projekt och när han dör har han endast dragit några skissartade streck, vilka markerar en lodrät avbildning av ett hus. Jag skulle därmed även kunna framhålla att ögonblicken formar en berättelse om misslyckanden. Fast ögonblicken kan ju också berätta något om vardagslivet i Paris på 1970-talet. De många utblickarna som husets personer och föremål erbjuder innebär också att den över 600 sidor långa boken erbjuder en översikt över hela 1900-talet. För att inte tala om att boken väl ändå måste sägas kunna utgöra en bruksanvisning för livet?<sup>4</sup>

De olika detaljerna i representationerna av verkligheten på 11 Rue Simon-Crubellier har i olika grad betydelse för alternativa berättelser i boken. En vas på spiselkranen kan vara en avgörande detalj i berättelsen om paret Altamont på andra våningen men en betydelselös detalj i berättelsen om Bartlebooth. Vidare har spiselkranen en helt annan betydelse i förhållande till den tidigare innehavaren av lägenheten, Marc Appenzell. Förteckningen över Altamonts källarförråd har endast marginell betydelse för berättelsen om Altamont och är ovidkommande för berättel-

---

<sup>4</sup> Vidare kan boken förstås som en lång rad ordlekar och språkliga finurligheter. Exempelvis är Bartlebooth en kombination av Herman Melville's Bartleby och Valéry Larbaud's Barnabooth. Vad som blir del av en berättelse är inte alltid logiskt eller självklart. Péric skrev exempelvis också en roman helt utan att använda bokstaven e.

sen om Bartlebooth men ger å andra sidan en intressant inblick i torrvaror från 1970-talets Paris. Som en avskild ögonblicksbild är representationen av verkligheten på många sätt meningslös men placerad i en berättelse kan även de allra mest obetydliga representationer göra stor skillnad.<sup>5</sup> När Morellets färgupplösningssvåtska sätts i relation till Bartlebooths ambition om att lämna jordelivet utan spår får färgupplösningen en annan betydelse jämfört med när den får stå för sig själv.

*Livet en bruksanvisning* är särskilt lämplig att använda som exempel för berättandets avgörande roll avseende förståelsen av 'verkligheten' eftersom alla representationer i boken utgår från samma tid och plats, nämligen en samling ögonblicksbildringar av bostäder i ett hus på en gata i Paris. Det är berättandet om dessa ögonblick och sammanlänkningsen av dem som skapar ordning i myllret av information, snarare än kausala sambandskedjor och kronologiska händelseförlopp. Berättelsen utgör en typ av sortering, en ordning, en möjlig variant, av verklighetens potential som ger mening åt den information vi kommer i kontakt med.<sup>6</sup> Samtidigt är berättelsen möjlig först i efterhand, vilket jag återkommer till i avsnitt 2.2. Det är först om vi känner till att det handlar om Bartlebooth eller om vi bestämmer oss för att det handlar om vardagslivet i 70-talets Paris som vi vet om de frystorkade champinjonerna i Altamonds källare har betydelse eller inte. Vidare har Bartlebooths misslyckade fyrahundratrettionionde pussel olika betydelse beroende på om det är en berättelse om Bartlebooths livsöde eller en existentiell reflektion om livets förgänglighet, att vi alla åter jord ska bli, att allt kött är hö och så vidare.

Rättslig argumentation är full av berättelser.<sup>7</sup> Det kommer att bli uppenbart i det följande. Jag kommer i den här avhandlingen att undersöka hur dessa berättelser tar sig uttryck i rättslig argumentation, på vilket sätt de rättsliga berättelserna påverkar förståelsen av rättstvisten, hur de rättsliga berättelserna formas i efterhand och

---

<sup>5</sup> Ordet *skillnad* kommer att ha stor betydelse för det teoretiska ramverk som presenteras framöver. Percs roman kan sägas ligga i linje med just de teoretiska utgångspunkter vilka kommer att behandlas och vilka betonar möjligheten till skillnadsgörande som en viktig komponent i förståelsen av verkligheten. Se Harris, Paul A, "The Invention of Forms: Perc's *Life A User's Manual* and a Virtual Sense of the Real", *SubStance*, 23/74 (1994), 56-85 s. 58-59. Se även Peta, Mithchell, "Constructing the Architext: Georges Perc's *Life a User's Manual*", *Mosaic: a Journal for the Interdisciplinary Study of Literature*, 37/1 (2004), 1-16 angående hur *Livet en bruksanvisning* kan ses som ett exempel på en roman vilken förnekar möjligheten till berättande som en form av rent och självständigt (originellt) uttryck. Istället utgör berättelsen alltid en form av återberättande och skillnadsgörande till det som redan finns.

<sup>6</sup> Robert Pahlsson illustrerar en liknande poäng genom att hänvisa till en novell av Jorge Luis Borges där huvudpersonen kan åstadkomma perfekta representationer av varje ögonblick men samtidigt saknar förmåga att sortera och begripliggöra representationerna. "Det irriterade honom att hunden klockan tre och fjorton (sedd i profil) skulle ha samma namn som hunden klockan tre och femton (sedd framifrån)", Pahlsson, Robert, *Hunden klockan tre och fjorton: rapport från juridikens tankevärld*. Uppsala: Iustus, 2005 s. 66.

<sup>7</sup> Att rätten är full av berättelser åskådliggörs på ett rättframt sätt av Zahle, se Zahle, Henrik, *Omsorg för retfærdighed*. Köpenhamn: Gyldendal, 2003 s. 89ff.

hur det rättsliga berättandet är möjligt först när *det rättsliga* blivit en del av en konflikt.

Avhandlingen behandlar rättslig argumentation i civilprocess i allmän domstol och i synnerhet hur argumentation kan studeras som berättelser. Ett annat sätt att uttrycka detta är att avhandlingen behandlar *rättsliga narrativ*.<sup>8</sup> Genom att hantera textmaterialet som produceras i en rättegång som ett berättande ges annorlunda möjligheter att studera den bakomliggande konflikten, rättsnormerna samt normtillämpningen, jämfört med andra typer av rättsliga studier och textstudier. De i rättegången presenterade omständigheterna, lagarna och subsumtionerna kan alla sägas utgöra väsentliga delar av det rättsliga berättandet (snarare än sakliga uppräknningar av fakta, likt redogörelser för torrvaror i ett källarförråd). Men den rättsliga argumentationen i tvistemål i allmän domstol, studerad som berättande, lämnar även på många sätt, vilket jag snart återkommer till, viktiga delar obehandlade. Frågor om rättslig metodologi, om parternas och domstolens betydelse och om parternas och domstolens meningsutbyte och kontradiktion återfinns ofta endast som outtalade och underförstådda premisser i den rättsliga argumentationen. Vissa premisser och drivande element i rättsliga narrativ är alltså implicita, det vill säga *tysta*. Avhandlingen handlar särskilt om dessa tomrum i den rättsliga argumentationen. Den handlar om *rättstillämpningens tystnad*.

---

<sup>8</sup> *Rättsliga narrativ* är ett begrepp som kommer att utvecklas närmare i det följande.

## I.1. Problembakgrund

På ett samhällsövergripande plan har rättegången i civilprocessuella mål en rad olika funktioner. De mest frekvent refererade utgörs av civilprocessens konfliktlösande och handlingsdirigerande funktion.<sup>9</sup> Den förstnämnda kan sägas bestå i uppgiften att hantera konflikter mellan människor (relaterad till civilrättsliga normer) medan den senare handlar om att verka för genomslag av legitima civilrättsliga regler i samhället.<sup>10</sup> Domstolens uppgift att förverkliga dessa funktioner är emellertid förknippad med en mängd svårigheter. Av anledningar vilka kan kopplas till politik, ekonomi, ideologi men även rättslig metodologi och vetenskapsteori har det lyfts fram att civilprocessen uppvisar olika typer av brister. Civilprocessens problem har i rättsvetenskaplig forskning påvisats på olika sätt. Det har bland annat, genom rättssociologisk forskning, uppmärksammats hur konflikten mellan parterna i domstolsprocessens transformeras, *förrättsligas*, till något annat än det som givit parterna anledning att vända sig till domstol.<sup>11</sup> Genusrättsvetenskaplig forskning har visat hur rättstillämpningen genomsyras av ojämsställdhet.<sup>12</sup> Andra rättsteoretiska perspektiv har visat hur rättstillämpningens teoretiska och filosofiska grundvalar är svåra att upprätthålla.<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> Civilprocessens funktion kommer att redogöras för i detalj i avsnitt 4.1.1.1. Utöver *konfliktlösning* och *handlingsdirigering* kan även nämnas *individuellt rättsskydd* samt *rättsskapande* och *fredsbevarande* funktioner. För övergripande läsning på området, se exempelvis Lindblom, Per Henrik, "ADR - opium för rättsväsendet?: Synpunkter på alternativ tvistlösning och valfri civilprocess", *Svensk Juristtidning*, (2006a), 101-130.

<sup>10</sup> Ekelöf, Per Olof et al., *Rättegång, första häftet* (9 uppl.). Stockholm: Wolters Kluwer, 2016 s. 26ff.

<sup>11</sup> Se exempelvis Blichner, Lars Chr. & Molander, Anders, "Mapping Juridification", *European Law Journal*, 14/1 (2008), 36-54, Brännström, Leila, *Förrättsligande: en studie av rättens risker och möjligheter med fokus på patientens ställning* (1 uppl.). Malmö: Bokbox, 2009 och Granström, Görel (ed.), *Förrättsligande - rapport från 2011 års forskningsinternat* (Rapporter och texter från juridiska institutionen vid Umeå universitet, 6/1022; Umeå, 2011). och Christie, Nils, "Konflikt som eiendom", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 61 (1977), 113-132. För förrättsligande i sammanhang utanför Norden se exempelvis Felstiner, William L.F., Abel, Richard L. & Sarat, Austin, "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming ...", *Law & Society Review*, 14/3/4 (1980), 631-654, Teubner, Gunther, 'Juridification - Concepts, Aspects, Limits, Solutions', i Teubner, Gunther (red.), *Juridification of Social Spheres: A comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law* (Berlin: W. de Gruyter, 1987), 3-48. Jag återkommer till begreppet förrättsligande i avsnitt 7.3.

<sup>12</sup> Se exempelvis Ulrika Anderssons och Monica Burmans avhandlingar vilka visserligen berör straffprocess men som likväl i flera hänseenden är relaterbar till civilrätten: Andersson, Ulrika, *Hans (ord) eller hennes?* Lund: Bokbox Förlag, 2004 och Burman, Monica, *Straffrätt och mäns våld mot kvinnor: om straffrättens förmåga att producera jämställdhet*. Uppsala: Iustus, 2007. Inom civilrätt utanför Sverige se Hunter, Rosemary, Mcglynn, Clare & Rackley, Erika (eds.), *Feminist Judgements: From Theory to Practice* (Oxford: Hart Publishing, 2010).

<sup>13</sup> Angående objektivitetsideal se Bladini, Moa, *I objektivitetens sken: En kritisk granskning av objektivitetsideal, objektivitetsanspråk och legitimeringsstrategier i diskurser om dömande i brottmål*.

Litterära och språkteoretiska studier och angreppssätt har uppmärksammat brister i etablerade modeller för rättsvetenskaplig förståelse av rättstillämpning.<sup>14</sup> Slutligen har även mina egna erfarenheter som tingsnotarie inneburit att jag observerat (och medverkat till) att civilprocessen i allmän domstol präglas av problem, exempelvis i form av så kallade 'stora målbalanser'. Dessa har i sin tur lett till att domstolarnas interna organisationsarbete i hög utsträckning kretsat kring ständiga försök till effektivisering och betoning på att 'avverka mål'. Något som enligt min erfarenhet inneburit strömlinjeformande effekter där det är en fördel att betona de skiftande rättsfallens likhet snarare än dess särprägel, och där 'effektiva avslut' på tvister såsom förlikning och tredskodom, premieras framför 'utdragna' rättstvister som avslutas med dom efter huvudförhandling.

I förhållande till den övergripande problembakgrunden, det vill säga att civilprocessen kan sägas uppvisa brister på olika sätt och i olika sammanhang, kommer jag i den här avhandlingen att ägna mig åt att behandla en begränsad del av civilprocessens problematik, vilken kan kopplas till den *civilprocessrättsliga terminologin* samt *kunskapsteoretiska utgångspunkter för rättstillämpning*. Mer konkretiserat kan problembakgrunden sägas handla om att undersöka samt kritisera *hur* den rättsliga argumentationen, genom civilprocessrättslig terminologi, tar form i civilmål i allmän domstol. Kritiken mot den processrättsliga terminologin är relaterad både till de samhälleliga funktionerna med rättstillämpning men även till vetenskapsteoretiska ideal för rättstillämpning. Det senare handlar då om att språkteoretiskt och rättsfilosofiskt granska civilprocessrättens teoretiska grundvalar. För att åstadkomma detta har jag lutat mig mot den litteraturvetenskapliga teori- och metodbildningen *narratologi*. Anledningarna till narratologins förtjänster inom det rättsvetenskapliga forskningsfältet kommer att tydliggöras löpande i avhandlingen.

---

Göteborg: Makadam, 2013, vilken även den visserligen berör straffprocessrätt. Angående rättstillämpningens rationella förutsättningar se Gräns, Minna, *Decisio Juris*. Uppsala: Iustus, 2013b. För civilprocessrättslig problematisering av den civilprocessrättsliga begreppsapparaten se exempelvis Lindblom, Per Henrik, "Är RB social eller liberal?", *Svensk Juristtidning*, /2002 (2002b), 531-542. Angående problem kopplade till civilprocessens terminologi se exempelvis Lindell, Bengt, *Notorietet och kontradiktion*. Uppsala: Iustus, 2007.

<sup>14</sup> För exempel på problematiserande narratologiska analyser av rättslig argumentation i ett nordiskt rättsvetenskapligt sammanhang se Andersson, Häkan, 'Rättens narratologiska dimensioner - interaktion och konstruktion', i Gräns, Minna & Westerlund, Staffan (red.), *Interaktiv rättsvetenskap* (Uppsala: Uppsala Universitet, 2006), 11-46 och Graver, Hans Petter, *Rett, retorikk og juridisk argumentasjon*. Oslo: Universitetsforlaget, 2010 s. 136-167. För exempel på diskursteoretiska forskningsansatser se Niemi-Kiesiläinen, Johanna, Honkatukia, Päivi & Ruuskanen, Minna 'Legal texts as discourses', i Gunnarsson, Åsa, Svensson, Eva-Maria & Davies, Margaret (red.), *Exploiting the limits of law: Swedish feminism and the challenge to pessimism* (Aldershot: Ashgate, 2007) s. 15ff. När det gäller kunskapsfältet som betecknas rätt i litteratur se exempelvis Binder, Guyora & Weisberg, Robert, *Literary criticisms of law*. Princeton: Princeton University Press, 2000. När det gäller kunskapsfältet som betecknas rätt och litteratur se exempelvis Aristodemou, Maria, *Law & Literature*. Oxford: Oxford University Press, 2007.

Inom det avgränsade problemområde, vilket fokuserar på den civilrättsliga terminologin och de kunskapsteoretiska utgångspunkterna för rättstillämpning, är det framförallt tre typer av problem som kommer att behandlas. Dessa kan sammanfattas på följande vis:

1) Outtalade grundantaganden spelar en stor roll för den konkreta rättstillämpningen<sup>15</sup> inom rättslig argumentation. Grundantaganden som är outtalade skapar bristande förutsättningar för att förstå rättslig argumentation och riskerar att osynliggöra centrala rättsliga normer.<sup>16</sup>

2) Det saknas möjligheter att inom ramen för rättslig argumentation på ett nyanserat sätt hantera domstolssubjektens skiftande subjektspositioner<sup>17</sup>. Detta medför svårigheter gällande att upprätthålla och synliggöra hur parten och domstolen som subjekt konstrueras inom ramen för rättsliga praktiker.<sup>18</sup> Det underminerar även möjligheten att upprätthålla legitima rättsliga subjektspositioner.<sup>19</sup>

3) Parterna i domstolsprocessen talar förbi varandra genom att deras berättelsestrukturer, eller narrativ som det kommer att benämnas framöver, konstrueras på olika sätt. Detta förhindrar möjligheterna till kontradiktorisk förståelse, vilket utgör en grundläggande princip för civilprocessens institutionella uppbyggnad.<sup>20</sup>

---

<sup>15</sup> Begreppet *rättstillämpning* kommer kontinuerligt att utvecklas och kritiseras framöver, framförallt i relation till begreppen *subsumering* respektive *rättsliga narrativ*.

<sup>16</sup> Att rättslig argumentation bygger på implicita antaganden har tidigare studerats av bland annat Hans Petter Graver, se Graver, Hans Petter (2010) s. 136-167.

<sup>17</sup> Begreppet *subjektspositioner* kommer att behandlas ingående i kapitel 3 och 5.

<sup>18</sup> Begreppet *praktik* kommer att behandlas närmare i kapitel 3.

<sup>19</sup> Att den rättsliga argumentationen har svårigheter att hantera parternas subjektspositioner har tidigare studerats av bland annat Monica Burman, se Burman, Monica, 'Brottsoffer i straffrätten', i Lernestedt, Claes & Tham, Henrik (red.), *Brottsoffret och kriminalpolitiken* (Stockholm: Nordstedts juridik, 2011), 279-298. Se även Niemi-Kiesiläinen, Johanna, Honkatukia, Päivi & Ruuskanen, Minna (2007) s. 15-16.

<sup>20</sup> Att kontradiktionen inom civilprocessen är förenad med svårigheter har tidigare behandlats av bland annat Bengt Lindell, se Lindell, Bengt (2007), särskilt avsnitt 7.8 samt kapitel 8. Angående att kontradiktion utgör en grundläggande princip se Lindell, Bengt (2007) s. 180, Westberg, Peter, *Civilrättskipning*. Stockholm: Nordstedts Juridik, 2012 s. 133, Maunsbach, Lotta, *Avtal om rätten till domstolsprövning: Processuella överenskommelsers giltighet i svensk rätt*. Stockholm: Nordstedts juridik, 2015 s. 28-30 och Ervo, Laura, 'Nordic Court Culture in Progress: Historical and Futuristic

De tre konkretiserade problemområdena för rättslig argumentation som just beskrivits kortfattat kommer i den här avhandlingen att behandlas, vilket jag redan nämnt, huvudsakligen utifrån ett narratologiskt perspektiv. De problem som då blir framträdande för den rättsliga argumentationen i civilmål kan exemplifieras med hjälp av utdrag från rättegångsinlagor som refereras i NJA 2011 s. 600 (Tandläkarmålet).<sup>21</sup> Rättsfallet berör bland annat principiellt viktiga rättsfrågor om avtalsstolkning i konsumentrelaterade tvistemål. Målet inleddes genom att Karolinska Institutet (KI) ansökte om betalningsföreläggande gentemot en privatperson, Å. Efter bestridande överlämnades tvisten till tingsrätten där KI gjorde gällande att Å inte betalat för den tandvård han erhållit och att han därför inte var berättigad till den garanti som utlovade fortsatt tandvård. Ingressen till referatet inleddes på följande sätt:

Sedan en näringsidkare utfört en tandvårdstjänst har konsumenten och näringsidkaren kommit överens om att tjänsten skulle göras om. Frågor bl.a. om tillämpligheten av näringsidkarens allmänna villkor och om betydelsen för betalningsskyldighetens inträde av överenskommelsen om att tjänsten skulle göras om.

Om vi ska lyssna till svarandens berättelse träder emellertid en lite annorlunda strukturerad berättelse fram jämfört med den kortfattade ingressen till NJA-referatet. Å har i tingsrätten utvecklat sitt bestridande i en över tio sidor lång text ur vilken här följer ett utdrag:

Den 16 januari 2007 fick jag, mycket hastigt och dito olustigt, för första gången i livet erfara, vad som menas med "riktig" tandvärk. Och efter en mycket lång natt fick jag kontakt med tandläkarhögskolans akutavdelning, som omgående tog in mig på avdelningen för översyn och troligtvis åtgärdande av det värkande "lilla aset". De konstaterade snabbt att den lilla stump som inte var amalgam (gammal jättefyllning) knappast räckte för att bygga en ny tand runt.

- Vi blir nog tyvärr tvungna att dra ut er tand, är jag rädd, sa någon.

---

Perspectives', i Ervo, Laura & Nylund, Anna (red.), *The Future of Civil Litigation* (Online: Springer International Publishing, 2014), 587-629, s. 617-618.

<sup>21</sup> Förkortningen NJA kommer att användas återkommande och avser *Nytt Juridiskt Arkiv, avdelning 1, Rättsfall från Högsta Domstolen (1874)*.

- Varför tyvärr? Undrade jag. Det låter som ett alldeles lysande förslag i mina öron. Eller förresten innan jag säger för mycket, hur mycket kommer det att kosta?
- Det kostar som ett vanligt akutbesök, d.v.s. 260 kronor.
- Jamendåså, då vill jag beställa "en sån".

Det tog någon timma men det var det definitivt värt. När de var klara frågade de lite försynt om jag möjligtvis kunde tänka mig att bli inskriven som en reguljär patient, att bli kallad osv. Min välvilja för dessa, i mina ögon "tand-ont-superhjältar", höll för ögonblicket på att spränga alla tidigare gränser. Så jag svarade naturligtvis: "ja tack, hemskt gärna." Jag trodde nog inte att det skulle bli speciellt hemskt, och det lät ju väldigt förnuftigt när de sedermera både förklarade varför det troligen skulle bli extremt besvärliga följder av att jag nu saknade en kindtand i underkäken och att de föreslog en förvisso ganska omfattande och behandlingskrävande åtgärd, men i gengäld skulle jag utan tvekan bli väldigt nöjd med resultatet.

- Så, vad vill du att vi gör? Frågade de mig!
- Ja, alltså, jag är ju inte direkt tandläkare så hur ska jag kunna svara på det? försökte jag.
- Ni får väl helt enkelt göra det ni anser vara nödvändigt. Jag vet bara att jag inte vill ha något mer tjafs med den. Eller rättare sagt, det som en gång var den tanden.
- Jamendåså. Då kallar vi dig så snart vi har en tid ledig. Då presenterar vi hela "operationen" lite mer detaljerat och du får samtidigt ett kostnadsförslag att ta ställning till. Låter det bra?
- Lysande, helt enkelt lysande, tyckte jag.

Skriften från svaranden resulterade i en kort replik från kändanden:

Svarandens yttrande är till största delar en redogörelse av samtal med personal på Karolinska som, vid författandet av yttrandet, hållits för över ett år sedan. Innehållet i dessa kan följaktligen inte vitsordas. Dock kan det konstateras att yttrandet inte synes innehålla något bestridande till käromålet.

Det bör kanske här även påpekas att yrkandet i målet handlar om närmare 20 000 kr snarare än de 260 kr som nämns i Å:s inläga. Från högsta domstolens inledande domskäl är följande utdrag hämtat.



Å har ingått avtalet om tandvårdsbehandling i egenskap av fysisk person som handlat för ändamål som faller utanför näringsverksamhet. Motparten Karolinska Institutet har handlat för ändamål som hade samband med den egna näringsverksamheten. Partsställningen är således sådan att reglerna i konsumenttjänstlagen skulle ha varit tillämpliga om lagen hade omfattat också tandvårdstjänster. Även om konsumenttjänstlagen inte är tillämplig, kan den i vissa avseenden tjäna till vägledning för bedömning av parternas rättigheter och skyldigheter. Denna funktion kan lagen ha också för tandvårdstjänster, i vart fall när den bygger på vad som kan antas ge uttryck för allmänna obligationsrättsliga principer tillämpliga inom tjänsteområdet.

Från dessa exempel kan vi blicka åter mot de tre problemsammanfattningar jag inledningsvis räknade upp. Eftersom analysen av texterna och förståelsen av problemen är grundande i de begrepp vilka kommer att utvecklas i avhandlingen utgör den här inledande exemplifieringen endast en fingervisning, eller en antydning, om vad som kommer att utvecklas i det följande.

Det första problemet är, som redan nämnts, kopplat till grundläggande och outtalade antaganden som används i dispositiv civilprocess i allmän domstol. Dessa antaganden handlar om de narratologiska luckor, det icke-skrivna utrymmet i argumentationen, som läsaren till inlagor och domskäl måste förutsätta, eller lägga till, för att argumentationen ska bli fullständig. I domskälen från Högsta domstolen i Tandläkarmålet framhålls att tandvårdsbehandling inte omfattas av någon konsumentlagstiftning och att sådan därför endast i "vissa avseenden" kan tjäna till vägledning för tandvårdstjänster. Domskälen lyfter således fram konsumenträttsliga principer som en typ av rättskälla med ett relativt lågt värde. Genom att etablera att parternas ställning i målet är obalanserad hindras emellertid effektivt fortsatta argument i domskälen vilka hanterar parterna som jämställda och autonoma parter. Motiveringen av domen kan inte utan svårigheter inleda med påpekanen att parterna är ojämförbara för att sedan konstatera att de ska behandlas som jämställda och självständiga. Det som på ytan framstår vara ett argument, vilket kan vara vägledande i "vissa avseenden", blir på en berättarteknisk nivå avgörande för förståelsen av den situation som ska bedömas och de normer vilka därmed aktualiseras. Stycket ger på så sätt uttryck för både en outtalad premis (ett rättsligt entymem) om den 'obalanserade partsställningen', samt får en mer avgörande auktoritet i domen jämfört med vad textens formulering "vissa avseenden" ger uttryck för. Detta utgör endast ett av många exempel på outtalade entymem som kommer att behandlas närmare i kapitel 4. Exemplet pekar dock på en typ av problem med rättslig argumentation vilken kan leda till såväl rättsliga, epistemologiska som legitimitetsförstörande konsekvenser. De outtalade grundantagandena medför ett rättsligt problem eftersom avgörande normer för målets utgång (avgörande för *subsumtioner* i

målet) inte uttryckligen tar plats i rättsliga diskurser.<sup>22</sup> De outtalade grundantagandena medför ett *epistemologiskt* problem eftersom centrala premisser för rättslig argumentation, med grund i rättens narrativa karaktär, inte åskådliggörs. Slutligen medför uttalade grundantaganden även problem med att upprätthålla en legitim rättslig argumentation eftersom viktiga normativa överväganden får en undandömd roll. Dessa problem blir enligt min mening särskilt allvarliga i den mån det förekommer parallella och konkurrerande grundantaganden vilka inte öppet hanteras inom rättslig argumentation.

*Det andra problemet* är kopplat till frågan om *vem* en rättsprocess berör. Med *vem* avses då inte det som vanligtvis brukar vara svårigheten när det gäller oklarheter kring partsställning i en rättsprocess. Det är exempelvis inte svårt att i de referat som givits tidigare peka ut vilken fysisk individ som är svaranden i målet. Desto svårare är det att bestämma vilken subjektsposition svaranden kan inta i förhållande till motparten, det vill säga vilket typ av *vem* som texten konstruerar. Ska svaranden inta (eller placeras i) en autonom position? Ska svaranden inta en underordnad och skyddsvärd position? Är svaranden konsument? Är svaranden en värdtagare? Är svaranden en avtalspart? Finns det utrymme för svaranden att vara uppräord eller kränkt? Finns det utrymme för svaranden att vara arg? Finns det utrymme för svaranden att vara ekonomisk, att vara rationell, att vara framåtblickande? Och vem är kändanden? En värdgivare? En näringsidkare? En självständig och autonom juridisk person? Är kändanden i egenskap av värdgivare ett subjekt som behandlar patienter i enlighet med vetenskap och beprövad erfarenhet, eller agerar kändanden i egenskap av avtalspart utifrån en subjektsposition som tillhandahåller tjänster och produkter som färdigställs enligt överenskommelse? Retoriska frågor som dessa är tänkta att illustrera den heterogena potentialitet vilken ligger inbäddad i att vara människa. Ett stort antal av dessa positioner förekommer inom ramen för samma process, men i den mån rättslig argumentation inte förmår hantera dessa *överdeterminerade subjekt* som kännetecknar den rättsliga individen, utgör detta ett problem. Det utgör ett problem eftersom en rättsprocess, som överdeterminerar och låser de möjliga positionerna för de människor vilka agerar i processen, också kommer att motverka möjligheterna för parterna, och domstolen, att låta parterna själva disponera över tvisten och att låta positioner som inte redan är etablerade i den rättsliga diskursen, få genomslag och utrymme.

*Det tredje problemet* är kopplat till en av grundbultarna inom det processrättsliga systemet, nämligen kontradiktionsprincipen.<sup>23</sup> Av det inledande längre stycket från svarandens inlaga i tingsrätten samt kändandens replik på detsamma är det uppenbart att parterna talar förbi varandra. Men vari består egentligen diskrepansen dem emellan? Om domstolsreferatet och svarandens text hade presenterats i sin helhet hade det kunnat konstateras att informationen om de omständigheter vilka ligger till

---

<sup>22</sup> Begreppet *diskurs* förklaras närmare i avsnitt 3.1.1.

<sup>23</sup> Kontradiktionsprincipen behandlas närmare i avsnitt 6.1.6.

grund för den rättsliga prövningen i Högsta domstolen, återfinns i båda texterna. Båda texterna handlar om Karolinska Institutets behandlingen av svarandens tand, eller "det värkande lilla aset" för att använda svarandens uttryck, och huruvida behandlingen ska göras om eller inte samt vem som ska betala. Skillnaderna mellan texterna består alltså inte i vad texterna handlar om. Den avgörande skillnaden består istället i *hur* den rättsliga berättelsen gestaltas. Skillnaden i *hur* är dock avgörande på det sätt att käranden varken kan vitsorda några omständigheter eller förmår utläsa huruvida svaranden bestrider käromålet eller inte: "Svarandens yttrande är till största delar en redogörelse av samtal med personal på Karolinska som, vid författandet av yttrandet, hållits för över ett år sedan. Innehållet i dessa kan följaktligen inte vitsordas." Först om vi lägger till en premiss (som i texten är outtalad) i stil med 'det är inte trovärdigt att någon person kan minnas samtal i detalj på det sätt svaranden gör när över ett år har förflutit' blir argumentationen fullständig avseende slutsatsen om att svarandens yttrande inte kan vitsordas.<sup>24</sup> Med kontradiktion avses att parterna i målet ges möjligheter att förstå varandras inställning och intressen för att därmed kunna komma med motargument eller justeringar av den egna talan.<sup>25</sup> Vad som ska kontraheras mellan parterna kan det råda delade meningar om. Det kan sägas handla om att utbyta information om vilka omständigheter och vilken bevisning som är aktuell, vilken inställning parterna har till varandras påståenden och om något av motpartens påståenden kan vitsordas i och för sig. Det kan eventuellt även sägas handla om att kommunicera den rättsliga argumentationen avseende vilka rättsregler som bör tillämpas i något av fallen, hur dessa ska förstås och vilka slutsatser som kan dras från bevisning och rättsregler.<sup>26</sup> Frågan är också på vilket sätt faktisk diskursiv kontradiktion även fokuserar på hur berättande genomförs och vem det handlar om.<sup>27</sup> I exemplet ovan kunde KI varken vitsorda några av Å:s anförda påståenden eller utreda huruvida svaromålet innehöll ett bestridande av käromålet. Detta reddes visserligen ut senare i processen men andra former av motstridigheter i parternas och domstolens berättarstrukturer, vilka kommer att ges exempel på i kapitel 6, förs emellertid inte på tal under processen och förblir ett opåtalat glapp mellan parterna, och även i förhållande till domstolen, hela vägen genom instansordningen och ända upp till Högsta domstolens domskäl. Avsaknaden av faktisk diskursiv kontradiktion avseende det rättsliga berättandet, *narrativedissonans*, utgör, enligt min mening, ett problem. Problemet består huvudsakligen i att målsättningen, om en kontradiktorisk

---

<sup>24</sup> Jfr Peczeniks resonemang om tilläggspremissar vilka jag återkommer till i avsnitt 3.2.2. Aarnio, Aulis, Alexy, Robert & Peczenik, Aleksander, "The Foundation of Legal Reasoning (Parts 1, 2 and 3)", *Rechtstheorie*, 12 (1981), 33-58, 257-279, 423-248. Se även Lindell, Bengt (2007) s. 48.

<sup>25</sup> Begreppet *kontradiktion* kommer att behandlas närmare i kapitel 6.1.6.

<sup>26</sup> Se Lindell, Bengt (2007) s. 180ff.

<sup>27</sup> Med *diskursiv* avses här att yttranden blir meningsfulla först om de tillrättaläggs inom en viss diskurs. Angående diskursbegreppet se avsnitt 3.1.1.

process som legitimitetsbärande utgångspunkt för civilprocessen, undermineras när parterna och domstolens argumentation präglas av narratvidissonans.<sup>28</sup>

Sammanfattningsvis tar den här avhandlingen avstamp från en problem-bakgrund vilken uppmärksammar och behandlar svårigheter kopplade till civilprocessens samhällseliga funktion samt teoretiska grundvalar. Mer specifikt yttrar detta sig genom studier avseende den rättsliga argumentationens potentiella blinda fläckar. Dessa blinda fläckar, den rättsliga argumentationens tystnad, utgör en brist inom rättsliga praktiker oavsett om det rör sig om rättstillämpande praktiker eller (rätts)vetenskapliga praktiker.<sup>29</sup> Bristen kan beskrivas som att den rättsliga argumentationen säger för lite om *hur* rättsliga överväganden och bedömningar genomförs och *vem* detta berör. Detta utgör ett problem för parter och allmänhet vilka läser rättslig argumentation som motiveringar och legitimeringar av maktutövning. Det vill säga att det utgör ett problem kopplat till civilprocessens övergripande samhällsfunktion. Det utgör även en brist i förhållande till det rättsvetenskapliga kunskapsfältet eftersom detta går miste om centrala rättsliga aspekter om dessa inte finner en väg in i den uttryckliga rättsliga diskursen. Det senare innebär även att rättsvetenskaplig metodologi, avseende förståelsen av rättslig argumentation, är i behov av förnyelse. Det är denna *metodologiska* sida av problemen som i första hand kommer att utvecklas i avhandlingen.

Det bör här även framhållas att de problem med rättslig argumentation vilka här inledningsvis framförts bygger på vissa normativa grundantaganden vilka jag, utifrån min position som forskare i rättsvetenskap, uppfattar vara centrala. Likt alla svar på frågor av normativ karaktär kan de upphöra att vara tillfredställande svar genom den enkla följdfrågan 'varför'. Varför är det ett problem att den rättsliga argumentationen innehåller outtalade premisser, icke-kontradiktion samt ett onyanserat förhållande till parternas subjektpositioner? Svaret på frågor av den karaktären kommer förr eller senare, och redan från början, att botten i just *normativa* grundantaganden. För min del består det mest avgörande värderande momentet här i teoretiska utgångspunkter avseende möjligheten att separera normer från fakta och avseende möjligheten att vara inkluderande utan att samtidigt vara exkluderande. Jag kommer i den här avhandlingen att förhålla mig kritisk till möjligheten att skilja norm från fakta och till möjligheten att vara inkluderande utan att samtidigt vara exkluderande.

Mina grundantaganden är därmed oförenliga med en syn på rättslig argumentation vilken bygger på ett (diskursivt) upprätthållande av säkra representationer av händelseförlopp och säkra representationer av rättsreglernas betydelse. I kontrast till en sådan utgångspunkt utgår jag ifrån att normer och påståenden om händelser alltid glider in i varandra. Vidare innebär utgångspunkten att förståelse av både händelseförlopp och normer är beroende av berättandet om dem. Det finns inte

---

<sup>28</sup> Kontradiktionsprincipen behandlas närmare i avsnitt 6.1.6.

<sup>29</sup> Begreppet *praktik* förklaras närmare i avsnitt 3.1.1.

någon typ av rättsligt tillrättaläggande, vare sig avseende rättsliga normer eller rättsliga omständigheter, som inte samtidigt innebär ett exkluderande av andra potentiella berättelser och sätt att berätta (vilka då kan vara alternativa, konkurrerande, exkluderade, undertryckta samt tystade med mera).

De tre huvudområden av problem som här presenterats får sin djupare förklaring genom dessa teoretiska grundantaganden och karakteriseras också just som problem på grund av dessa teoretiska observationer. Problemen kan alltså betecknas som *normativa* i betydelsen att de följer av en bakomliggande verklighetssyn som mitt rättsteoretiska perspektiv utgår ifrån.

## 1.2. Syfte och forskningsfrågor

Forskningsprocessen som ligger till grund för avhandlingen kan liknas vid en spiralformad hermeneutisk rörelse. Detta innebär att problem, syfte, forskningsfrågor, teori, metod, material och slutsatser inte förhåller sig till varandra på ett linjärt sätt. Som jag redan varit inne på är de teoretiska grundantagandena närvarande redan i problembakgrunden och de är även intimt sammankopplade med de metodologiska begrepp som utvecklas och vilka kan sägas tillhöra avhandlingens slutsatser. Vidare har mötet med forskningsmaterialet bidragit till min förståelse av de teoretiska och metodologiska begreppen samt gett anledning att vända mig till nya typer av teori, vilket då i sin tur skapat nya möten med materialet. De frågor som drivit arbetet framåt har kännetecknats av ett *hur* snarare än ett *vad*. Jag har undersökt *hur* rättslig argumentation konstrueras och *hur* påståenden om möten mellan norm och fakta genomförs i juridisk text i allmän domstol.<sup>30</sup> Det sammanhållande syftet för denna process kan sammanfattas enligt följande:

*Syftet är att utveckla rättsvetenskapliga metodologiska begrepp som bidrar till förståelsen av, samt möjliggör kritik av, hur rättslig argumentation, uttryckt som rättsliga narrativ, genomförs inom ramarna för civilprocess i allmän domstol.*

Begreppen som utvecklas i avhandlingen är *rättsvetenskapliga* i betydelsen att de placeras i ett rättsvetenskapligt teoretiskt och metodologiskt sammanhang. Ibland dras en skiljelinje mellan rättsvetenskaplig praktik och rättslig praktik. Enligt min mening behöver en sådan skiljelinje inte präglas av ett ömsesidigt uteslutande.<sup>31</sup> Med detta

---

<sup>30</sup> Termen *argumentation* används frekvent i avhandlingen. Med *argumentation* avser jag 'motivering knuten till en ståndpunkt', se Kolflaath, Eivind, *Språk og argumentasjon*. Bergen: Fagbokforlaget, 2004b s. 99.

<sup>31</sup> Detta berör en större diskussion gällande gränsdragningar mellan rättsvetenskapliga discipliner, mellan rättsvetenskap och andra discipliner såväl som gränsdragningen mellan rättsvetenskaplig praktik och rättslig eller juridisk praktik, se Svensson, Eva-Maria, 'Boundary-work in legal scholarship', i Gunnarsson, Åsa, Svensson, Eva-Maria & Davis, Margaret (red.), *Exploiting the Limits of Law: Swedish Feminism and the Challenge to Pessimism* (Farnham: Ashgate, 2013a), 17-50. Ytterligare en diskussion handlar här om ramarna och gränsdragningen för forskarutbildningsämnet rättsvetenskap vid Göteborgs universitet och hur detta förhåller sig till den akademiska disciplinen rättsvetenskap. I många sammanhang, och även vid vissa juridiska institutioner i Sverige, används rättsvetenskap som en samlade benämning för alla juridiska discipliner (såsom processrätt, civilrätt, offentlig rätt med mera). Vid juridiska institutionen i Göteborg har emellertid rättsvetenskap använts som begrepp för att benämna det som vid flera andra institutioner kallas för allmän rättslära och i ett internationellt sammanhang benämns som jurisprudence, rätts teori och rättsfilosofi. För min del ser jag inte någon anledning att för den konkreta forskningens syfte

sagt vill jag även betona att avhandlingen är utformad med framförallt en rättsvetenskaplig läsekrets i åtanke. Ordet *praktik* används i det här sammanhanget för att betona den fortgående tillblivelsen av rätten, oavsett i vilken kontext den sker (inom exempelvis rättsvetenskaplig praktik, lagstiftningspraktik, inom rättsinstitutioner såsom domstolar eller hos andra praktiserande jurister). I praktiken föregår och sammansmälter den rättsliga argumentationen med rätten snarare än att (bara) vara ett resultat eller en följd av rätten. Avhandlingen är därmed relevant i förhållande till angelägna rättsteoretiska och rättsfilosofiska frågor om hur rättslig kunskap kan och bör representeras.<sup>32</sup> Betoningen på *användningen* av rätten kan även beskrivas som en betoning av rättens *ständiga blivande*, ett uttryck jag återkommer till senare.<sup>33</sup>

Avhandlingen är, vilket jag redan varit inne på, huvudsakligen metodutvecklande. Detta kommer till uttryck genom att jag i avhandlingen utvecklar och testar metodologiska begrepp. Av mina tre huvudbegrepp kan *rättsliga entymem* och *narrativedissonans* i större mån sägas vara utvecklade av mig, inom ramen för det här forskningsprojektet, medan *överdeterminerade subjekt* redan utgör ett etablerat begrepp inom olika typer av diskursanalytiska ansatser. Forskningsfrågorna nedan är formulerade utifrån ambitionen att pröva de metodologiska begreppen. Häri inbegrips då emellertid även utveckling av begreppen och operationalisering i förhållande till det material som undersöks. Det ingår även att sätta avhandlingens metodologi i relation

---

upprätthålla gränsdragningar mellan olika rättsliga discipliner över huvud taget (huruvida det finns anledning till ett sådant särskiljande av andra anledningar kommer inte att behandlas här). Det bör även påpekas att den engelska översättningen av rättsvetenskap för forskarutbildningen vid juridiska institutionen i Göteborg är "legal science", ett uttryck som enligt min kännedom härrör från Kaarlo Tuori, Tuori, Kaarlo, *Critical legal positivism*. Aldershot: Ashgate, 2002 s. 283ff. Tuoris definition är enligt min mening relativt snäv och begränsar rättsvetenskapen till en disciplin som förklarar och legitimerar den rättsliga praktiken. Ett exempel på betydligt bredare definitioner av den allmänna rättsläran i ett nordiskt sammanhang återfinns i Zahle, Henrik, *Praktisk retsfilosofi*. Köpenhamn: Christian Ejlers' Forlag, 2005.

<sup>32</sup> En rättsvetenskaplig praktik som förmår hantera den här typen av teoretiska utmaningar har efterfrågats under många års tid: Lindblom, Per Henrik, "Rättegångssalens väggar - om domstolsprocessen i tid och rum", *Svensk Juristtidning*, (2002a), 1-11, Gräns, Minna, 'Om interaktiv rättsdogmatik', i Gräns, Minna & Westerlund, Staffan (red.), *Interaktiv rättsvetenskap* (Uppsala: Uppsala Universitet, 2006b), 59-74, Niemi-Kiesiläinen, Johanna, Honkatukia, Päivi & Ruuskanen, Minna (2007), Sherwin, K. Richard, "The Narrative Construction of Legal Reality", *Journal of the Association of Legal Writing Directors*, vol. 6 (2009), 88-120, Glavå, Mats & Petrusson, Ulf, 'Illusionen om rätten - Juristprofessionen och ansvaret för rättskonstruktionerna', i Askeland, Bjarte & Bernt, J.F. (red.), *Erkjennelse og engasjement: minneseminar for David Roland Doublet* (Bergen: Fagbokforlaget, 2002), Andersson, Håkan, 'Postmoderna och diskursteoretiska verktyg inom rätten', i Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära* (Lund: Studentlitteratur, 2013), 343-369, De Sousa Santos, Boaventura, "Rätten - en karta för felläsningar. Mot ett postmodernt rättsbegrepp", *Tidskrift för rättssociologi*, 4/2 (1987), 87-118, för att nämna några disparata exempel.

<sup>33</sup> Se avsnitt 3.3 och kapitel 7.

till det övriga rättsvetenskapliga fältet. Som konkretiserande forskningsfrågor har jag valt följande:

- 1) Hur kan begreppet *rättsliga entymem* bidra till förståelse, synliggörande och kritik av rättslig argumentation i civilmål i allmän domstol?
- 2) Hur kan begreppet *överdeterminerade subjekt* bidra till förståelse, synliggörande och kritik av subjekspositioner för parter och domstol vilka konstrueras i rättslig argumentation i civilmål i allmän domstol?
- 3) Hur kan begreppet *narrativedissonans* bidra till förståelsen av kontradiktion och brister i kontradiktion i rättslig argumentation i civilmål i allmän domstol?



### 1.3. Avgränsningar och material

Den institutionella praktik som här behandlas, det vill säga rättslig argumentation i tvistemål i svensk allmän domstol, kan studeras från en stor mängd olika perspektiv. Detta gäller även för det mer avgränsade problemområdet som berör den processrättsliga terminologin samt språkteoretiska förutsättningar för rättstillämpning. Avhandlingen tangerar också en rad olika frågor inom de övergripande rättsvetenskapliga disciplinerna rättsteori, processrätt och civilrätt. Det finns utöver detta anledning att komma i kontakt med forskning avseende domsmotivering, argumentationsanalys, retorik samt forskning från närliggande områden såsom straffprocessrätt och rättssociologi, vilka alla kan ge meningsfulla bidrag till den här avhandlingen. Vidare finns det parallella rättsvetenskapliga diskurser i olika länder och internationellt. Rättsfilosofi, retorik, logik, vetenskapsteori samt litteraturteori är dessutom alla del av idétraditioner med över två årtusenden i bagaget.

En ansats som tar avstamp i ett problemområde, snarare än i en specifik akademisk disciplin, står oundvikligen inför stora utmaningar avseende vilken typ av teoribildning, tidigare forskning med mera, som forskningen bör lita sig mot samt skrivas i relation till.<sup>34</sup> Det har därmed inte heller varit möjligt att vända på alla potentiellt relevanta stenar för att undersöka dess relevans i förhållande till det här forskningsprojektet. Avgränsningar har varit nödvändiga. När det gäller forskningsmaterial vill jag redan nu nämna att jag valt att ta utgångspunkt i ett antal rättsfall, vilka kommer att presenteras närmare i avsnitt 1.3.2.

#### 1.3.1. Avgränsningar

När det här talas om rättslig argumentation är det en, i förhållande till vad som *skulle kunna* innefattas i rättslig argumentation, mycket avgränsad praktik som omfattas. Domstolsmaterial, vilket kretsar kring 'rättstillämpning' i skriven form, utgör bara en bråkdel av den totala skrivna rättsliga praktiken i domstol vilken i sin tur bara utgör

---

<sup>34</sup> Angående tvärvetenskapliga fördelar och hinder inom rättsvetenskapen se Mattsson, Titti, 'Vetenskap på tvären', i Dahlén, Marianne & Nygren, Rolf (red.), *Arbetslinjer och långa linjer: Vänbok till Mats Kumlien* (Uppsala: Iustus, 2016), 273-282, särskilt s. 281-282. Utmaningar som dessa kännetecknar alla tvärande forskningsansatser, exempelvis den genusrättsvetenskapliga, se Gunnarsson, Åsa & Svensson, Eva-Maria, *Genusrättsvetenskap*. Lund: Studentlitteratur, 2009 s. 29-31.

en bråkdel av den totala (och inte enbart skrivna) rättsliga praktiken i domstol vilken i sin tur bara utgör en bråkdel av den samhällseliga eller globala rättsliga praktiken.<sup>35</sup>

Jag har valt att endast plocka fram rättsfallsmaterial från mål vilka genomgått alla tre domstolsinstanser för att på så sätt öka möjligheterna till att i 'samma tvist' studera alternativa och skiftande argumentationslinjer, det vill säga skiftande rättsliga berättelser. Jag har bedömt att ett mål som hanterats i flera instanser ger bättre förutsättningar för detta på grund av att de totalt sett består av fler partsinlagor och fler domskäl jämfört med en tvist som endast prövats i en eller två instanser. Detta innebär en avgränsning i betydelsen att det endast är en mycket litet del av den totala genomströmningen av tvistemål i svenska domstolar som går hela vägen till Högsta domstolen.

När jag talar om rättslig argumentation i det följande är det alltså oftast den avgränsade skriftliga argumentationen för eller emot en viss utgång i ett civilmål i allmän domstol som avses. Med detta sagt vill jag även framhålla att jag i teoretiskt och metodologiskt hänseende försöker öppna upp diskussionen för vad en sådan argumentation inom en civilprocessuell institutionell miljö i allmän domstol kan innebära även för andra rättsliga sammanhang. Men detta återkommer jag till framöver.

Varför har jag då valt just detta begränsade område för mina studier? Trots att den civilprocessrättsliga miljön i allmän domstol knappast utgör huvudföran, eller den mest väsentliga rättsliga praktiken i dagens rättssamhälle, har den alltså ett stort inflytande över förståelsen av rättstillämpning inom både den svenska, nordiska och internationella rättsteoretiska diskursen. Föreställningar om vad rättstillämpning och rättslig argumentation handlar om tar ofta spjörn mot just civilprocessrättsliga exempel.<sup>36</sup> Att placera min studie inom det civilprocessrättsliga fältet underlättar även möjligheten att på ett rättfram sätt relatera till tidigare teoribildning avseende rättstillämpning och rättslig argumentation. Samtidigt riskerar avhandlingen att bidra till en reproduktion av just den civilprocessrättsliga förståelsen av rättstillämpning som den naturliga utgångspunkten. Jag har försökt motverka detta genom att tydliggöra att min studie är avgränsad till civilprocess i allmän domstol och att den därmed inte kan tas för given i något annat rättsligt sammanhang.

Jag bör här även påpeka att jag inte gör anspråk på att uttala mig avseende huruvida rättsliga domslut eller rättsliga argumentationslinjer, vilka beskrivs i avhandlingen, är lämpliga, legitima, korrekta och så vidare. Jag har inte genomfört

---

<sup>35</sup> Att studierna avser skriftlig argumentation innebär emellertid inte att de bara avser det som brukar benämnas för *context of justification* (i motsats till *context of discovery*). Minna Gräns framhåller att dikotomin mellan dessa två inte är hållbar. Det skrivna och rättfärdigande rationella tillrättläggandet är inte frikopplat från de kognitionspsykologiska processer vilka leder fram till rättsliga beslut och vice versa. Jag kan i sammanhanget även påpeka att den här avhandlingen inte berör kognitionspsykologisk forskning om rättsligt beslutsfattande, såsom Gräns forskning, Gräns, Minna (2013b) s. 19.

<sup>36</sup> Se avsnitt 3.1.1.1.

några rättsutredningar utifrån de frågor som aktualiseras i rättsfallsmaterialet. Jag hanterar därmed heller inte påståenden om rättskällor, såsom exempelvis Högsta domstolens domskäl, som auktoritativa utsagor om rätten. Jag betraktar dem istället vara artikuleringar inom en rättslig diskurs. Inom en sådan diskurs och inom en konkret tillämpande situation kan det visa sig att en rättskälla av 'lägre rang' har större inflytande, i narratologiskt hänseende, än en rättskälla med större tyngd.<sup>37</sup> I vilken utsträckning det förhåller sig på det viset, eller i vilken mån detta är lämpligt eller inte, är dock inte något jag har tagit ställning till inom ramen för det här projektet.<sup>38</sup>

Eftersom avhandlingen spänner över olika typer av rättsteoretiska, rättsfilosofiska och språkteoretiska områden, men även över processrättsliga och civilrättsliga, har jag inte haft ambitionen att lyfta fram all relevant tidigare forskning i ett särskilt avsnitt. Detta skulle helt enkelt vara ett alltför omfattande arbete inom ramarna för det här projektet. Istället har den tidigare forskning som behövts för att underbygga mina studier presenterats löpande i texten.

En viktig del av avhandlingen består i att låta de metodologiska begreppen *rättsliga entymem*, *överdeterminerade subjekt* samt *narrativdissonans* komma i kontakt med etablerad civilprocessrättslig terminologi. Det bör då betonas att jag här valt att fokusera studien på den begreppsapparat som kretsar kring begreppet *rättsfakta*.<sup>39</sup> Detta innebär att jag inte ägnat mig åt att undersöka och jämföra alternativa processrättsliga terminologier för att hantera rättstillämpning. Sådana finns emellertid i viss utsträckning, men kanske särskilt för det närliggande men enligt min mening överlappande fältet, vilket berör teorier avseende bevisvärdering.<sup>40</sup> Detta betyder att den processrättsliga litteratur som förekommer i huvudsak är avgränsad till texter vilka behandlar förståelse av rättstillämpning utifrån begreppet rättsfakta. Jag har därmed inom ramen för den här studien inte gjort några komparationer med utländska rättssystemers processrättsliga terminologi i förhållande till rättstillämpning.

Jag vill vidare påpeka att även om avhandlingen i stor utsträckning kretsar kring domskäl har inte någon närmare diskussion förts i förhållande till forskning om domsmotivering.<sup>41</sup> Vidare har det rättssociologiska fältet, sammankopplat med begreppet *förrättsligande*, i stor utsträckning avgränsats bort från den här studien trots att det har många beröringspunkter med den typ av narratologiskt metodologi som här utvecklas. Förrättsligande utgör exempelvis en del av den problembakgrund som jag utgått från. Anledning till att förrättsligande inte getts mer utrymme beror på att

---

<sup>37</sup> Angående rättskällebegreppet och dess betydelse i rättslig argumentation, se kapitel 3.

<sup>38</sup> Jag försöker åstadkomma detta med hjälp av begreppet *mesoförrättsligande* vilket presenteras i avsnitt 7.3.

<sup>39</sup> Den civilprocessrättsliga terminologin kommer att behandlas i framförallt avsnitt 4.1, 5.1 och 6.1.

<sup>40</sup> Se avsnitt 4.1.1.

<sup>41</sup> För en redogörelse av nordisk rättsvetenskap som behandlat dessa frågor se Bladini, Moa (2013) s. 25ff.

avhandlingen huvudsakligen fokuserar på metodutveckling. Förrättsligandebegreppet återfinns emellertid i det avslutande avsnittet i avhandlingen (7.3) och utgör enligt min mening ett lämpligt område för fortsatt forskning.

Slutligen bör även noteras att jag inte genomfört en kvantitativ studie av rättsfallsmaterial och att de kritiska synpunkter jag framför, avseende rättslig argumentation samt etablerade diskurser för rättstillämpning, därför inte kan tas som grund för generella påståenden om de rättsliga praktiker vilka studerats.<sup>42</sup> Det framstår emellertid från min synvinkel som mycket relevant att genomföra en mer omfattande studie för att nå generaliserbara resultat.<sup>43</sup> Den kritik som trots allt framförs avseende domskälsskrivning och rättslig argumentation i allmänhet kan enligt min mening emellertid sägas vara *relaterbar* till annan forskning avseende domskälsskrivning och rättslig argumentation, i betydelsen att resultatet kan användas som relevant referens och jämförelse i förhållande till annat material inom liknande kunskapsfält. Detta trots att syftet med den här aktuella studien huvudsakligen är att utveckla *metodologiska* begrepp för att studera rättslig argumentation.

### 1.3.2. Material

Till grund för de analyser och huvudsakliga exemplifieringar vilka genomförs i avhandlingen ligger sex stycken rättsfall.<sup>44</sup> Närmare redogörelser för vart och ett av rättsfallen återkommer jag till löpande allteftersom de dyker upp framöver. Eftersom det rör sig om utpräglat kvalitativa studier görs inga anspråk på att låta materialet vara underlag för generaliserbara resultat. Kraven på att låta materialet vara sammanhängande och representativt, för att kunna åstadkomma just generaliserbara resultat, har på så sätt även lättats. Istället har jag valt ett antal relativt nyligen avgjorda mål som prövats i alla tre instanser och som kännetecknas av skiftande typer av civilrättslig anknytning. Den mest tydliga sammanlänkande nämnaren mellan de olika målen i rättsfallsmaterialen är att de alla på något sätt aktualiserar frågan om parternas jämlikhet i förhållande till varandra, i flera av fallen genom att någon typ

---

<sup>42</sup> Alvesson, Mats & Sköldberg, Kaj, *Tolkning och reflektion: Vetenskapsfilosofi och kvalitativ metod*. Lund: Studentlitteratur, 2008 s. 52ff.

<sup>43</sup> I avsnitt 7.3 presenteras även utgångspunkter för att kunna genomföra en sådan kvantitativ undersökning med god reliabilitet och validitet. Angående *validitet*, *reliabilitet* och *generaliserbarhet* se exempelvis Bergström, Göran & Boréus, Kristina, *Textens mening och makt*. Lund: Studentlitteratur, 2005 s. 33-35. Jag avser med detta dock inte att sådan forskning skulle leda till resultat som var frikopplade från forskarens tolkningar av materialet, se Alvesson, Mats & Sköldberg, Kaj (2008) s. 19-20.

<sup>44</sup> I Nytt Juridiskt Arkiv, avd. 1, har de sex målen getts beteckningarna NJA 2005 s. 205 (Villa-reparationsmålet), NJA 2010 s. 467 (Hansamålet), NJA 2011 s. 600 (Tandläkarmålet), NJA 2012 s. 776 (Gymkortsmålet), NJA 2013 s. 524 (Fel i dörr) och NJA 2013 s. 700 (Preskriptionsmålet). Se referenslistan för ytterligare information.

av konsumentskyddslagstiftning diskuteras inom ramen för rättstvisten.<sup>45</sup> Mer sammanhållet än så är inte det undersökta materialet. Materialet är emellertid hanterat på ett sådant sätt att relaterbarhet är uppnådd genom att jag tydligt, i avsnitt 4.2, 5.2 och 6.2, berättar hur jag studerar rättsfallsmaterialet.

Jag har gjort bedömningen att rättsfallen utgör ett tillräckligt omfattande material för att kunna utveckla och testa de metodologiska begreppen. Med tillräckligt avser jag att resultatet inte hade förändrats på ett markant sätt om jag adderat ytterligare material till studien. De sex rättsfallen har erbjudit ett underlag som mer än väl fungerat för att visa hur mina metodologiska begrepp fungerar samt vilken typ av kunskap de ger upphov till. Det kommer bli tydligt i kapitel 4-6 att de metodologiska begreppens kontakt med rättsfallsmaterialet leder till relativt likande typer av analysresultat på ett sätt som ger anledning att anta att undersökningar på ett större material inte skulle ge någon avgörande skillnad avseende mina slutsatser om hur de *metodologiska begreppen* fungerar.<sup>46</sup> Eftersom materialet varit tillräckligt för att utveckla och testa de metodologiska begreppen som omnämns i frågeställningarna i avsnitt 1.2. kan materialet sägas uppnå validitet i förhållande till avhandlingens syfte.<sup>47</sup>

För vart och ett av de undersökta målen har jag hört av mig till de berörda domstolarna och beställt ut all tillgänglig skriftväxling mellan parterna samt alla motiverade avgöranden. För flera av målen rör detta sig om ett relativt omfattande material. Partsinlagor, domstolsprotokoll och domskäl omfattar i flera av målen över hundra sidor. Rättsfallsmaterialet är av respektive domstol sorterat i akter där varje inlaga diarieförs och tilldelas ett aktbilaganummer. Aktbilaga 1 i tingsrätten utgörs i dispositiva tvistemål oftast av en stämningsansökan eller en överlämnandeskrift från Kronofogdemyndigheten och därefter följer aktbilagor av typen förelägganden, kallelser, skriftlig bevisning, protokoll med mera fram till de aktbilagor som skiljer målet från domstolen, vilket kan göras genom dom eller slutligt beslut.<sup>48</sup> Samtliga mål som jag här studerat har avslutats med dom i alla tre instanser. Material från hovrätter och Högsta domstolen är upplagt på samma sätt som i tingsrätterna med skillnaden att aktbilaga 1 utgörs av ett överklagande istället för en stämningsansökan.

---

<sup>45</sup> Jag har kommit i kontakt med målen genom sökningar i rättsfallsdatabaser efter de senaste avgörandena med konsumentanknytning.

<sup>46</sup> Under forskningsprocessen har jag även beställt hem material från de mål som refereras i NJA 2012 s. 597 och NJA 2014 s. 323. Att dessa mål inte studerats närmare eller presenteras i avhandlingen beror inte på att de passar sämre i förhållande till den här utvecklade metodologin eller att de skulle ge ett mindre intressant resultat. Det handlar helt enkelt om att ytterligare rättsfallsmaterial inte skulle bidra till förståelsen av avhandlingens metodologiska begrepp.

<sup>47</sup> Valida i betydelsen att metoden är relevant i förhållande till studiens syfte, se Bergström, Göran & Boréus, Kristina (2005) s. 34. Se även Esaiasson, Peter et al., *Metodpraktikan*. Stockholm: Nordstedts Juridik, 2012 s. 57ff.

<sup>48</sup> Se RB 17 kap. 1 §.

I en dispositiv tvist kommuniceras som huvudregel de handlingar vilka sänds in till domstolen, eller som upprättas av domstolen, till parterna för yttrande. Detta brukar benämnas för skriftväxlingen och denna har till syfte att skapa ett underlag i rättegången för att kunna döma i målet, antingen efter huvudförhandlingen eller efter ett skriftligt förfarande.<sup>49</sup> I vissa fall kan dispositiva mål även avslutas efter att det hållits huvudförhandling i förenklad form direkt efter att domstolen hållit muntlig förberedelse i målet.<sup>50</sup> I flera av de rättsfallsmaterial jag inhämtat har skriftväxlingen ägt rum under en period av flera år och det är därmed inte ovanligt att parterna under tvisten representeras av olika ombud och att viss upprepning förekommer i parternas yttranden eller att marginella justeringar görs exempelvis på grund av att ägandeförhållande ändras för parter som utgörs av juridiska personer.

För de flesta av de handlingar som skickas till domstolen eller upprättas av domstolen finns det särskilda formkrav, vilka regleras i rättegångsbalken (RB). Det handlar då både om formalia såsom personuppgifter, adress med mera men även om själva innehållet i handlingarna. Det ska exempelvis finnas noggranna redogörelser för parternas yrkande och inställning samt redogörelser för de omständigheter som ligger till grund för parternas argumentation samt uppgifter om hur dessa ska bevisas.<sup>51</sup> För domen finns bland annat riktlinjer om att denna (i dispositiva mål) inte får handla om några andra omständigheter än de parterna fört in i tvisten samt att domstolen beskriver de skäl som ligger till grund för domen.<sup>52</sup> De inlagor i rättsfallsmaterialet, vilka är författade av professionella ombud har ett relativt liknande upplägg som inleds med personuppgifter och som därefter, för kändens del, följs av redogörelser för yrkanden, grunden för talan, utveckling av 'saksförhållanden', rättsliga utgångspunkter, bevisuppgifter samt frågor om domstolens behörighet och önskemål om handläggningens utformning.<sup>53</sup> För svarandens del följer svaromålet en motsvarande disposition som för kändens, med eventuella egna yrkanden, inställning till kändens yrkande, grunder för bestridandet samt utveckling av svarandens sätt att se på saken.<sup>54</sup> Motsvarande formkrav och upplägg återkommer i överinstanserna.<sup>55</sup> De inlagor i rättsfallsmaterialet, vilka är författade av privatpersoner och icke-professionella jurister, uppvisar större variation.<sup>56</sup> Exempelvis

---

<sup>49</sup> För en handfast presentation av rättegången i tvistemål se Michelson, Staffan & Lundeberg, Åke, *Att processa i tvistemål* (1 uppl.). Stockholm: Jure, 2011.

<sup>50</sup> Se RB 42 kap. 20 §.

<sup>51</sup> Se RB 33 kap. 1 § och 42 kap. 2 § för stämningsansökan, och 42 kap. 7 § för svaromålet.

<sup>52</sup> Se RB 17 kap. 3 och 7 §§.

<sup>53</sup> Se Michelson, Staffan & Lundeberg, Åke (2011) s. 21. I Hovrätt och Högsta domstol inleds förfarandet med en överlämnandeskrift som på många sätt motsvarar stämningsansökan.

<sup>54</sup> Se Michelson, Staffan & Lundeberg, Åke (2011) s. 43.

<sup>55</sup> Reglerna om vad överklaganden ska innehålla finns i RB 50 kap. avseende överklagande till hovrätten och i 56 kap. avseende överklagande till Högsta domstolen.

<sup>56</sup> Svaranden i Tandläkarmålet, båda parterna i Gymkortsålet, svaranden i Hansamålet samt svaranden i Preskriptionsmålet saknade i tingsrätten professionella jurister som ombud.

utgör det tidigare refererade svaromålet i Tandläkarmålet, NJA 2011 s. 600, en ganska betydande avvikelse jämfört med en text författad av ett ombud. I samtliga mål är båda parterna, när tvisten kommit till högsta instans, representerade av professionella ombud.

Efter den inledande fasen med stämning och svaromål är skriftväxlingen i de sex rättsfall jag studerat ganska varierande och tyngdpunkten riktas mot de frågor där parterna uppvisar störst meningsskiljaktigheter. Parterna för, avseende dessa frågor, ganska fria resonemang där de varvar redogörelser av händelseförlopp med redogörelser för rättsregler samt redogörelser för hur dessa ska kopplas samman med händelserna. Inlagorna från parterna kan variera från en eller två sidor till över tio sidor.

Domskälen i de sex rättsfallsmaterialen, totalt 18 stycken, varierar även de i längd och till viss del även i upplägg beroende på vilken typ av resonemang domstolen lägger vikt vid. I vissa domar är parterna i princip helt överens om vilka händelser som ska ligga till grund för prövningen och någon bevisvärdering behöver då inte genomföras av domstolen (exempelvis i Preskriptionsmålet, NJA 2013 s. 700, Gymkortsmålet, NJA 2012 s. 776 och Tandläkarmålet, NJA 2011 s. 600) medan bevisvärdering upptar mer utrymme i andra fall (exempelvis i Fel i dörr-målet, NJA 2013, s. 524, Hansamålet, NJA 2010 s. 467 och i Villareparationsmålet, 2005 s. 205). När målen väl kommit till Högsta domstolen förekommer bevisvärdering i betydligt mindre utsträckning i de sex rättsfallsmaterialen. Domskälen kretsar där i större utsträckning kring olika rättsreglers betydelse. Antingen i förhållande till händelser som är ostridiga mellan parterna eller i förhållande till påståenden om händelser som Högsta domstolen utgår utifrån genom att förlita sig på underinstansernas utredning. Detta kan även sägas om parternas skriftväxling, vilken i högsta instans i större grad fokuserar på argumentation avseende hur de rättsregler parterna uppfattar är relevanta i tvisten ska förstås. Rättsfallsmaterialet kommer att framträda än mer tydligt i avsnitt 4.2, 5.2 och 6.2 vilka alla är rikligt genomsyrade av exemplifieringar från partsinlagor och domskäl från de sex rättsfallen.<sup>57</sup> Allt material jag beställt från domstolarnas akter har varit offentligt. Jag har emellertid valt att hantera personnamn på samma sätt som i referat från Nytt Juridiskt Arkiv genom att endast ange initialer för de privatpersoner som förekommer i materialet. Bolagsnamn är ibland förkortade något men inte avidentifierade.<sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> Var i avhandlingen respektive rättsfall analyseras framgår av innehållsförteckningen för kapitel 4-6, avhandlingens Del II.

<sup>58</sup> Se Vetenskapsrådet 2011, *God forskningssed*, s. 68-69.

### 1.3.3. Avhandlingsdisposition

För att bemöta en forskningsprocess som rört sig i hermeneutiska spiraler har jag disponerat avhandlingstexten på så sätt att kapitlen erbjuder en typ av successiv fördjupning i förhållande till varandra och i förhållande till avhandlingens övergripande syfte.<sup>59</sup> Avhandlingens successiva fördjupning består i att allteftersom sätta det narratologiska perspektivet i relation till språkteori, rättsteori, diskursteori, rättslig metodologi, processrättslig terminologi och i viss mån även i relation till systemteori och det rättssociologiska begreppet förrättsligande.

Denna successiva fördjupning inleds i kapitel 2 genom en generell introduktion av narratologisk teori, vilket efterföljs av att narratologin sätts i relation till det rättsvetenskapliga fältet, samt genom att exempel ges på hur rättsvetenskaplig forskning tidigare använt sig av narratologisk teori. Därefter följer en operationalisering av de narratologiska begreppen för narrativanalys, vilka utgör grunden för rättsfallsanalyserna. I kapitel 3, kompletteras narratologin, och placeras inom ett diskursteoretiskt sammanhang. Den diskursteoretiska fördjupningen, vilken utgör en stor del av kapitel 3, är därmed även en fördjupning i förhållande till narratologin. I den andra delen av kapitel 3 sätts de narrativ- och diskursteoretiska utgångspunkterna i relation till olika modeller för rättstillämpningsmetodologi. I slutet av kapitel 3 sammanförs de teoretiska och metodologiska trådar som behandlats så långt. Kapitel 1-3 utgör avhandlingens del I, vilken benämns *Avstamp* för att betona att den utgör en plattform utifrån vilken *analysen*, det vill säga del II, tar sats ifrån.

Del II, *Analys*, det vill säga kapitel 4-6, utgör på många sätt avhandlingens nav. Det är i dessa kapitel som rättsfallsmaterialet analyseras. Kapitlen har ett liknande upplägg. De inleds med att behandla den processrättsliga terminologin för subsumtion (kapitel 4.1), den processrättsliga terminologin för partssubjektet och domstolssubjektet (kapitel 5.1) samt den processrättsliga terminologin, och de grundläggande principer, vilka ligger bakom rättegångens upplägg i dispositiva tvistemål (kapitel 6.1). Därefter sätts den processrättsliga terminologin i relation till konkret rättslig argumentation i rättsfallsmaterial med hjälp av avhandlingens centrala metodologiska begrepp; *rättsliga entymem* (synliggörandet av uttalade premisser, kapitel 4.2), *överdeterminerade subjekt* (synliggörandet av parternas och domstolens positioner, kapitel 5.2) samt *narrativdissonans* (synliggörandet av kontradiktionens svårigheter, kapitel 6.2). Det är i dessa avsnitt som de konkreta narrativanalyserna genomförs. Detta innebär att de begrepp och teoretiska utgångspunkter, vilka presenterades i del I, ges ett konkret sammanhang och att jag försöker åskådliggöra

---

<sup>59</sup> Jag är medveten om att detta kan innebära vissa svårigheter för en läsare som efterfrågar ett upplägg där syfte, problem och forskningsfrågor följs av metod, teori, tidigare forskning, material, analys, resultat och avslutningsvis resultat- och metoddiskussion. Dessa teman återfinns emellertid i relativt traditionell ordning även i den här texten, för den som skrapar på ytan en aning.



vad de metodologiska begreppen utför när de sätts i kontakt med rättslig argumentation. I respektive kapitels avslutande avsnitt (4.3, 5.3 och 6.3) förs en sammanfattande diskussion där de metodologiska begreppens betydelse för den processrättsliga terminologin behandlas. Även om begreppen *rättsliga entymem* (kapitel 4), *överdeterminerade subjekt* (kapitel 5), och *narratvidissovans* (kapitel 6) är relativt fristående från varandra är de kapitel där dessa begrepp behandlas också successivt fördjupande på så sätt att analyserna i de efterföljande kapitlen plockar upp och bygger vidare utifrån de analyser som redan genomförts. Men vad detta innebär mer konkret får jag be läsaren ha tålamod med till dess vi kommer till dessa kapitel.

Slutligen, i det sjunde kapitlet, vilket sammanfaller med Del III, *Avslut*, ägnar jag tid åt att tydliggöra avhandlingens övergripande linjer genom att sammanfatta forskningsresultatet samt återblicka mot frågan om rättstillämpningsbegreppets teoretiska svårigheter. Sammanfattningen ger även möjlighet att föra en fördjupande diskussion avseende metodologiska förhållningssätt till rättstillämpning och hur dessa påverkar förståelsen av rätten. I det avslutande avsnittet, 7.3, återfinns slutligen en utblick mot fortsatt forskning genom begreppet *mesoförrättsligande*.

Jag vill i detta sammanhang även lyfta fram några viktiga aspekter angående textens stilnivå. Jag använder mig genomgående av personligt pronomen *jag* i texten. Ibland använder jag även *vi*. Det personliga pronomenet *jag* syftar till att göra texten situerad till dess författare istället för att gömma undan och (illusoriskt) framhäva argumentens självständighet. Skrivningen med *jag* bidrar förhoppningsvis även till att underlätta för läsaren att utkristallisera i vilken mån olika passager i texten har sitt ursprung i självständig analys från min sida eller om det handlar om redogörelser för bidrag hämtade från annan litteratur. *Vi-tilltalet* har jag använt för att ge läsprocessen en röst i texten, det vill säga som ett pedagogiskt verktyg för att underlätta läsningen. Jag har framhärdat i ett *vi-tilltal* trots att Moa Bladini framhållit hur ett *vi-tilltal* inom rättsvetenskapen kan fungera som en (illegitim) retorisk metod där inkluderingen av läsaren tenderar att försätta denne i en mer okritisk position.<sup>60</sup> Jag har försökt att undvika den typen av *vi-tilltal*, det vill säga *vi-tilltal* som retoriskt verktyg, avseende min rättsvetenskapliga argumentation. Istället används *vi* på en slags metanivå för att föra texten framåt. Nu går vi vidare.

---

<sup>60</sup> Bladini, Moa (2013).





## 2. Narratologiska perspektiv

I can only answer the question 'What am I to do?' if I can answer the prior question 'Of what story or stories do I find myself a part?'<sup>61</sup>

### 2.1. Metodologisk reflektion

Avhandlingens syfte är, som tidigare nämnts i avsnitt 1.2, att utveckla rättsvetenskapliga begrepp. Dessa begrepp kan beskrivas som metodologiska. Avhandlingen kan därmed beskrivas vara metodutvecklande och metod är således även en del av avhandlingens resultat. Det har emellertid krävts en metod för att utveckla de metodologiska begreppen, vilket öppnar upp för ytterligare ett lager av metodologisk reflektion. Vidare utgörs en central del av metoden av att pröva de metodologiska begreppen *rättsliga entymem*, *överdeterminerade subjekt* och *narrativdissonans*. Utvecklingen av dessa begrepp är också en typ av resultat. En stor del av texten kan då även sägas bestå i att 'använda avhandlingens resultat som metod'. Med dessa något förvirrande utgångspunkter följer här ett antal sätt att reflektera kring just avhandlingens metod.

Ett första sätt handlar om att rättframt redogöra för att jag genomfört närläsningar av domstolsmaterial såsom partsinlagor och domskäl. Med närläsning avser jag användningen av särskilda tekniker för att analysera rättsfallsmaterialet. Teknikerna består av att, med stöd i ett antal metodologiska och teoretiska begrepp, eller 'verktyg', ställa olika typer av frågor till texten såsom 'hur förs den rättsliga berättelsen framåt', 'vad behöver adderas för att den rättsliga berättelsen ska nå en upplösning' eller 'hur bidrar parternas subjekspositioner till den rättsliga berättelsen'. De metodologiska och teoretiska begreppen samt deras användning kommer att utvecklas löpande i avhandlingen.

Ett annat sätt att beskriva avhandlingens metod är att konstatera att metoden kan etiketteras som *narrativanalys*. Ett samlat grepp för att beskriva hur en narrativanalys går till återfinns i avsnitt 2.2.

---

<sup>61</sup> Macintyre, Alasdair *After Virtue: A Study in Moral Theory* (2 uppl.). Notre Dame: University of Notre Dame Press, 1984 s. 201.

Ett tredje sätt att beskriva metoden handlar om att betona att narrativanalys är nära sammanflätad med de teoretiska perspektiv vilka behandlas i kapitel 3. Analysen är även skapad genom mötet med det material, de berättelser, som studeras i kapitel 4-6 och det är först där metoden utkristalliseras och görs tydlig. De processrättsliga perspektiv som tas upp i dessa kapitel har haft en direkt påverkan över hur studien har kommit att utvecklas. Teori, metod och material smälter därmed samman och ger avgörande betydelser i förhållande till varandra.<sup>62</sup>

Ett fjärde sätt att förstå avhandlingens metod handlar om att pröva och kritisera olika delar av den etablerade civilprocessrättsliga terminologin. Det är nämligen civilprocessrättsliga begrepp som används för att sätta fingret på etablerade diskurser för rättslig argumentation i civilmål i allmän domstol. Den processrättsliga rättsvetenskapen, och dess terminologi, utgör därmed ett centralt nav för avhandlingens metod.

Ett femte sätt att förstå avhandlingens metod är att placera den inom ett bredare fält. Den narratologiska metodologi som kommer att behandlas i nästkommande avsnitt, och också i avhandlingen som helhet, kan sägas utgöra en del av den större rörelsen *Law and Literature*. Rörelsen brukar delas upp i *Law in Literature* och *Law as Literature*.<sup>63</sup> Den förstnämnda beteckningen handlar i grova drag om studier i hur rättsliga frågor hanteras och gestaltas i litterära verk. Inom fältet *Law as literature* studeras däremot rättsliga texter med tekniker, vilka vanligtvis används för att studera litterära texter.<sup>64</sup> En liknande typ av uppdelning kan också göras avseende *rätt och narratologi*.<sup>65</sup> *Rätt och narratologi* kan handla om att studera vilka typer av narrativ som ryms inom rätten och som exkluderas från rätten (narrativ i rätten). *Rätt och narratologi* kan även handla om att studera rättsliga texter som berättelser och hur dessa berättelser berättas (rätten som narrativ). Det är detta senare perspektiv, rätten uttryckt som narrativ, jag använder mig av.<sup>66</sup> Redan här bör även framhållas att studier av rätten som 'ett uttryck för berättande' kan framstå som trivialt. Jag vill här

---

<sup>62</sup> Se exempelvis Winther Jørgensen, Marianne & Philips, Louise, *Diskursanalys som teori och metod*. Lund: Studentlitteratur, 2000 s. 10.

<sup>63</sup> Se Dahlberg, Leif, "Rätt och litteratur: Introduktion", *Tidskrift för litteraturvetenskap*, 3 (2003), 3-15 och Binder, Guyora & Weisberg, Robert (2000) s. 3. Se även Aristodemou, Maria (2007) s. 5-9.

<sup>64</sup> Se Dragvoll, Johan, *Paragrafer om tilfellet Torgesen*. Bergen: Universitetet i Bergen, 2009 s. 29. Det handlar då bland annat om att läsa rättsliga texter med samma vaksamhet för tvetydigheter och motsägelser som litterära texter. En modell som från början kommer från litteraturvetaren Paul de Man, se De Man, Paul, *Blindness and Insight*. New York: Oxford University Press, 1971 s. 110.

<sup>65</sup> Narratologin har även lyfts fram som ett relativt oproblematiskt perspektiv för interdisciplinära syften. "The law as narrative trope imagines law as literature, but literature that is immediately accessible, unencrypted. Unlike the "interpretive turn", a "narrative turn", offers literature without the interdisciplinarity of literary theory. It promises not so much interdisciplinarity as extradisciplinarity, an escape from one's own discipline into a literary playground, unpoliced by literary professionals." Binder, Guyora & Weisberg, Robert (2000) s. 207.

<sup>66</sup> Jfr Brooks, Peter & Gewirtz, Paul, *Law's Stories*. New Haven: Yale University Press, 1996 s. 3-4, Binder, Guyora & Weisberg, Robert (2000) s. 3.

betona att narratologiska studier inte handlar om att rättens ska förstås som fiktiv. Rättsliga narrativ inom ramen för en domstolsprocess innebär höga insatser för parterna. Den högst konkreta dimensionen av att rättsprocesser handlar om mellanmänskliga konflikter som spelar stor roll i människors liv förtas inte genom att rätten studeras som narrativ, tvärtom ges möjligheter att komma i kontakt med aspekter av rättskipning som annars inte skulle ha lyfts fram.<sup>67</sup>

Alla dessa olika nivåer av metodologisk reflektion säger enligt min mening något centralt om avhandlingsmetoden.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> Se Cover, Robert, 'Nomos and Narrative', i Minow, Martha, Ryan, Michael & Sarat, Austin (red.), *Narrative, Violence, And The Law: The Essays of Robert Cover* (Ann Arbor: University of Michigan Press, 1995).

<sup>68</sup> Det finns förstås ett stort antal ytterligare möjligheter att tala om metod. Är det en rättsvetenskaplig metod? Är det en interdisciplinär metod? Är det en metod som ryms inom ramen för allmän rättslära? I vilken mån rör sig metoden inom andra fält såsom Law and Humanities, Law and Rethorics, Law and Sociology etcetera. Hur förhåller sig metoden till processrätt eller civilrätt? För dessa frågor erbjuder jag inte några uttryckliga svar i det här avsnittet men frågorna kommer att behandlas löpande i den fortsatta texten. Jag vill även vilja framhålla att en inspirationskälla för avhandlingen utgörs av Bruno Latours noggranna närläsningar av rättsligt beslutsfattande i *The Making Of Law: an ethnography of of the Conseil d'Etat*, vilket kommer att framgå allteftersom, se Latour, Bruno, *The Making Of Law: an ethnography of the Conseil d'Etat*. Cambridge: Polity, 2010.

## 2.2. Narrativanalys

Låt oss börja från början.<sup>69</sup> Vad är ett narrativ? Eller borde frågan vara: Vad gör ett narrativ?<sup>70</sup> Redan hos de gamla grekerna var förståelsen av berättande ett viktigt ämne. Platon förespråkade dock att diktkonsten skulle kastas ut ur den ideala staten eftersom efterbildning, *mimesis*, förvrängde idévärlden. För Aristoteles däremot, gav litteraturen möjligheter till universaliala och abstrakt förståelse vilket innebar möjligheter till *katharsis*, förlösning.<sup>71</sup> Ytterligare en skiljelinje mellan de två filosoferna bestod i att Platon betraktade åskådarna som passiva objekt medan Aristoteles betonade vikten av åhörarnas medverkan. Platon och Aristoteles illustrerar här en skillnad mellan olika typer av kunskapsideal. Platon sökte efter den perfekta representationen av verkligheten medan Aristoteles lyfte fram berättandets förlösande förmåga. De två kunskapsidealerna kommer i kapitel 3 att behandlas närmare i förhållande till förståelse av rätten, där begreppen *representation* och *uttryck* kommer att vara centrala. Det senare kommer att sammanlänkas med den narratologiska begreppsapparaten och begrepp såsom *narrativ*, *skript*, *berättelse* och *intrig*, medan det förstnämnda kommer att sättas i relation till etablerade rättsteoretiska föreställningar om *tillämpning* av rättsnormer.

Narrativbegreppet har sin grund i generella förståelser av berättandets struktur som kännetecknar den första halvan av 1900-talets strukturalistiska<sup>72</sup> försök att fånga underliggande strukturer i enskilda uttryck.<sup>73</sup> Den strukturalistiska narratologin har tydliga rötter i det tidiga 1900-talets ryska formalism som i sin tur har likheter med den relativt samtida anglosaxiska nykritiken (*new criticism*), den franska narratologin och den tyska vidareutvecklingen av hermeneutiken genom Hans Georg Gadamer.<sup>74</sup>

---

<sup>69</sup> Det är ju ändå fråga om narratologi. Därmed är jag även villig att medge att 'början' utgör en efterhandskonstruktion.

<sup>70</sup> Jfr Vulovic, Jimmy, *Narrativanalys*. Lund: Studentlitteratur, 2013 s. 5.

<sup>71</sup> Kohler Riessman, Catherine, *Narrative Analysis*. London: Sage, 1993 s. 17, Aristoteles, *Om diktkonsten*. Göteborg: Anamma Böcker, 2000, Vulovic, Jimmy (2013) s. 44-45.

<sup>72</sup> Med strukturalism avses här den vetenskapstradition som betonar att kunskap om till exempel en text kan nås genom studier av textens förhållande till det system, de strukturer, vilken den utgör en del av. Strukturalismen kan sägas bryta med traditioner som betonar kunskap om författaren, som ser olika språkliga uttryck som självständiga delar eller som framhåller textens möte med läsaren, Brügger, Niels & Vigsø, Orla, *Strukturalism*. Lund: Studentlitteratur, 2004 s. 7ff. Den här avhandlingens narratologiska perspektiv är emellertid inte grundat i strukturalistisk kunskapsbildning, utan snarare en poststrukturalistisk, se avsnitt 2.2.1. Se även Wake, Paul, 'Narrative and narratology', i Malpas, Simon & Wake, Paul (red.), *The Routledge Companion to Critical Theory* (London: Routledge, 2006), 14-27 s. 14-15.

<sup>73</sup> Vulovic, Jimmy (2013) s. 44.

<sup>74</sup> Czarniawska, Barbara, *Narratives in Social Science Research*. London: Sage, 2004 s. 2, Vulovic, Jimmy (2013) s. 52-53 samt Binder, Guyora & Weisberg, Robert (2000) s. 114-115. Angående

Här kan bland annat formalisten Vladimir Propp nämnas och hans studier av ryska folksagor. I "Undersagans transformationer" och "Sagens morfologi" studerande han den berättelsestruktur utifrån vilken varje saga kan förklaras. Propp visade att sagorna bygger på 31 funktioner: 1) en medlem i en familj lämnar sitt hem, 2) någon typ av hinder ställer sig i vägen för hjälten, 3) hindret bryts och så vidare fram till nummer 31.<sup>75</sup> Det är i denna tradition av att försöka identifiera universella egenskaper hos berättelser som 60- och 70-talets narratologi utvecklas av bland annat Tzvetan Todorov, Roland Barthes, Umberto Eco och Gérard Genette.<sup>76</sup>

Psykologen och narrativteoretikern Jeremie Bruner och rättsvetaren Anthony Amsterdam erbjuder en relativt stram definition avseende *narrativ*, vilken jag har använt som avstamp:

A narrative can purport to be either a fiction or a real account of events; it does not have to specify which. It needs a *cast of human-like characters*, beings capable of *willing their own actions, forming intentions, holding beliefs, having feelings*. It also needs a *plot* with a beginning, a middle, and an end, in which particular characters are involved in particular events. The unfolding of the plot requires (implicitly or explicitly):

- 1) an initial *steady state* grounded in the legitimate ordinariness of things
- 2) that gets disrupted by a *Trouble* consisting of circumstances attributable to human agency or susceptible to change by human intervention,
- 3) in turn evoking *efforts* at redress or transformation, which succeed or fail,
- 4) so that the old steady state is *restored* or a new (*transformed*) steady state is created,
- 5) and the story concludes by drawing the then-and-there of the tale that has been told into the here-and-now of the telling through some *coda* - say, for example, Aesop's characteristic *moral of the story*.<sup>77</sup>

Jag kommer fortsättningsvis att arbeta med en likande definition. I allt väsentligt är min egen variant av definitionen emellertid något enklare. Den är dock även i behov

---

nykritik, fransk narratologi och hermeneutik se Dalager, Stig & Mai, Anne-Marie, *Litteraturteori og analysestrategi: biografisme, russisk formalisme, tjekkisk strukturalisme, nykritik, materialistisk litteraturteori, teorier om kvindelitteratur*. Århus: Arkona, 1978.

<sup>75</sup> Vulovic, Jimmy (2013) s. 54-55.

<sup>76</sup> Vulovic, Jimmy (2013) s. 55.

<sup>77</sup> Amsterdam, Anthony G. & Bruner, Jerome, *Minding The Law*. London: Harvard University Press, 2000 s. 113-114.



av begreppet *skript*, vilket jag återkommer till längre fram. Något förenklat använder jag begreppet narrativ på följande sätt. En eller flera subjekts<sup>78</sup> relation i förhållande till varandra hindras eller påverkas (hamnar i trubbel) genom att någon typ av problem uppstår. Det är först i och med att någon av parterna identifierar ett problem (trubbel) som ett narrativ kan sägas föreligga. Begreppet *trubbel* är utvecklat av Bruner och bygger i sin tur på Kenneth Burkes "dramatiska pentad".<sup>79</sup> Beståndsdelarna i pentaden består av scen, aktör, handling, metod och avsikt. Bruner menar att det är när en obalans uppstår mellan förväntningar relaterade till relationella förhållanden mellan olika delar av pentaden som det uppstår 'trubbel', vilket då driver narrativet framåt mot ett tillstånd där det inte längre föreligger trubbel.<sup>80</sup> Jag kommer inte att utgå från den dramatiska pentaden utan istället förhålla mig till trubbel som en typ av hinder gentemot subjektens *skript*, men detta återkommer jag alltså till.

Ett exempel på ett narrativ, enligt min definition, kan bestå i att Maria och Lisa har olika idéer avseende om Lisa är skyldig Maria pengar eller inte. Detta utgör således ett problem som påverkar deras relation. Maria påstår att de båda kommit överens om att Lisa lånat pengar av henne och att dessa skulle ha betalats tillbaka för en månad sedan. Lisa håller visserligen med om att hon har lånat pengar men menar att de kommit överens om att dessa ska lämnas tillbaka först om två veckor. Maria och Lisa kan nu sägas ha olika förväntningar på hur deras relation ska fortsätta. Maria tänker att Lisa ska anpassa sig till hennes förväntningar och omedelbart betala tillbaka pengarna, inklusive ränta, medan Lisa tänker att Maria ska acceptera hennes påstående om att det är först om två veckor Maria kan vänta sig pengar tillbaka. I rättsliga narrativ i civilmål i allmän domstol kan en möjlig upplösning av Maria och Lisas skiftande förväntningar åstadkommas genom att ett tredje subjekt, domstolen, bestämmer om det är Marias eller Lisas förväntningar på framtiden som ska återupprättas, eller om det finns någon ytterligare typ av (transformerande) lösning på parternas problem. Narrativet upplöses på så sätt genom en händelse vilken påverkar subjektens skiftande förväntningar på hur problemet som uppstått mellan dem ska hanteras. Domstolen skulle i exemplet med Maria och Lisa kunna bestämma (och även transformera konflikten mellan parterna) att Maria och Lisa skrivit ett otydligt avtal där betalningsdatum inte går att utläsa och att Lisa ska stå risken för detta. Den abstraherade förstäelsen av narrativet, det vill säga insorteringen i en start, en mitt och ett slut samt bestämningen av vilka händelser som är relevanta benämns *berättelse*. Beroende på narrativets upplösning kan exemplet utgöra 'berättelsen om när Lisa inte betalade tillbaka', eller 'berättelsen om

---

<sup>78</sup> Amsterdam och Bruner använder begreppet "aktör". Jag har valt att genomgående i avhandlingen använda begreppet subjekt. Vad jag närmare avser med det begreppet beskrivs i kapitel 5.

<sup>79</sup> Bruner, Jerome, "The Narrative Construction of Reality", *Critical Inquiry*, 18/1 (1991), 1-21 s. 16. Se Burke, Kenneth, *A grammar of motives*. Berkley: University of California Press, 1969.

<sup>80</sup> Bruner, Jerome (1991) s. 16.

Lisas och Marias otydliga avtal', eller berättelsen om något annat. Det finns säkert fler alternativ.<sup>81</sup>

Det finns även exempel på än mer kortfattade definitioner av narrativ. I dessa utgörs ett narrativ kort och gott av en *representation av en händelse*, eller en *sammanhängande sekvens av händelser*.<sup>82</sup> Språkvetaren Porter Abbot menar att *händelse* (event) är det centrala:

Without an event or an action, you may have a "description", an "exposition", an "argument", a "lyric", some combination of these or something else altogether, but you won't have a narrative. "My dog has fleas" is a description of my dog, but it is not a narrative because nothing happens. "My dog was bitten by a flea" is a narrative. It tells of an event. The event is a very small one... but that is enough to make it a narrative.<sup>83</sup>

Ett annat sätt att beskriva narrativ handlar om att kunna besvara frågan "vad hände sedan?"<sup>84</sup> Ovanpå detta kan även aspekter såsom subjekt och tid läggas till narrativdefinitionen. Catherine Rimmon-Kenan definierar exempelvis narrativ som en kommunikativ process mellan en eller flera berättare och en eller flera lyssnare för att betona att det handlar om mer än ett händelseförlopp.<sup>85</sup>

---

<sup>81</sup> En av 1900-talets mest tongivande narratologiska röster, Barthes, lyfter fram hur det finns ett oändligt stort antal narrativ som omger människan och att dessa förekommer i många olika former av text, Vulovic, Jimmy (2013) s. 11. Ingen samhällsperiod och ingen livshistoria, ingen enskild händelse, ingen berättelse, klarar sig utan narrativ, jfr Herman, Luc & Vervaeck, Bart, *Handbook of Narrative Analysis*. Lincoln: University of Nebraska Press, 2005 s. 1. Det kan då även handla om olika typer av medier inom ramen för det 'vidgade textbegreppet' såsom nedtecknad skrift, stillbilder, rörliga bilder, gester med mera samt olika kombinationer av dessa. Angående det vidgade textbegreppet se Olin-Scheller, Christina, *Såpor istället för Strindberg: litteraturundervisning i ett nytt medielandskap*. Stockholm: Natur och kultur, 2008 s. 9.

<sup>82</sup> Watkins, Dawn, "The Role of Narratives in Legal Education", *Liverpool Law Review*, 32 (2011), 113-133 s. 115. "A sequence of events" är den traditionellt mest väletablerade definitionen, se Herman, Luc & Vervaeck, Bart (2005) s. 11.

<sup>83</sup> Abbot, H. Porter *The Cambridge Introduction To Narrative*. Cambridge: Cambridge University Press, 2002 s. 12. Watkins, Dawn (2011) s. 115.

<sup>84</sup> Kohler Riessman, Catherine (1993) s. 17.

<sup>85</sup> Vulovic, Jimmy (2013) s. 7. När det gäller det ontologiska grunden för att tala om narrativ finns det två huvudskolor. Den ena lyfter fram narrativ som en endogen, det vill säga inneboende, egenskap hos människan eller en inneboende egenskap i språket, Amsterdam, Anthony G. & Bruner, Jerome (2000) s. 115. Den andra ontologiska skolan betonar narrativet är den typ av modell utifrån vilken det är möjligt att karaktärisera gemensamma mellanmännskliga svårigheter, Amsterdam, Anthony G. & Bruner, Jerome (2000) s. 117. Det avgörande är på vilket sätt narrativen fungerar och hur de påverkar och möjliggör olika rättsliga uttryck, jfr Amsterdam, Anthony G. & Bruner, Jerome (2000) s. 116. Den senare ontologiska skolan ligger närmre mina egna ontologiska utgångspunkter vilka kommer att redogöras för i kapitel 3.

Amsterdam och Bruner lyfter fram, vilket jag redan nämnt, att narrativet alltid inbegriper *agerande* från en eller flera subjekt (med förmåga till intentioner). Narrativet innebär vidare en intrig (eng: plot) där subjekten involveras i händelser. Intrigen inleds med ett utgångsläge. Detta utgångsläge rubbas sedan på något sätt, genom ett brott mot vad som är förväntat utifrån utgångsläget.<sup>86</sup> Det rubbade förhållandet, hindret, hanteras på något sätt och leder till narrativets upplösning.<sup>87</sup> Anledningen till att Amsterdam och Bruner vill involvera dessa ytterligare komponenter i förhållande till exempelvis definitionen *sammanhängande sekvens av händelser* beror på att de vill kunna särskilja narrativet från ett *skript*.

Begreppet *skript* är centralt för min egen förståelse av narrativ och i förlängningen *rättsliga narrativ*. Amsterdam och Bruner definierar skript som en typ av manualer (walk-through models) för kulturella förväntningar.<sup>88</sup> Skript handlar om hur välkända karaktärer, vad som senare i avhandlingen kommer att benämnas som subjektspositioner, vidtar lämpliga åtgärder i typiska situationer. Det kan handla om hur en servitör förväntas agera, hur en resa med kollektivtrafiken går till eller hur en rättegång i allmän domstol administreras. Varje skript handlar om hur ett visst subjekts förväntningar ser ut och de kan därmed se olika ut för olika positioner.<sup>89</sup> Ett skript är alltså en förväntan gällande en serie av händelser, ett förväntat händelseförlopp. Detta kan även uttryckas som en tolkning av sambandet mellan händelser i en text.<sup>90</sup> Skriptet utgör inte i sig ett narrativ men det innebär en ständig potentialitet till att ett narrativ uppstår genom att skriptet stöter på ett hinder (trubbel) av något slag, exempelvis genom att ett konkurrerande skript gör anspråk på att förklara samma serie av händelser.<sup>91</sup> Medvetandegörandet av att det är något som *händer*, att ett explicit eller implicit hindrat skript hanteras av olika subjektspositioner, skapar den narrativa strukturen.<sup>92</sup>

---

<sup>86</sup> Amsterdam, Anthony G. & Bruner, Jerome (2000) s. 113-114.

<sup>87</sup> Prince framhäver att alla tre steg krävs för att bygga ett narrativ. "An initial situation, an action or event, and an outcome." Kopplingen mellan dessa måste vara både temporal och kausal. Till exempel: "John was happy, then he lost his girlfriend as a result he became unhappy." Herman, Luc & Vervaeck, Bart (2005) s. 13. Rinon-Kenan menar att det endast krävs ett samband mellan två händelser för att kunna tala om en minimal berättelse. Exemplet "He could not come then because he was ill" är tillräckligt eftersom en meningsfull koppling mellan två händelser framgår av frasen, se Herman, Luc & Vervaeck, Bart (2005) s. 13.

<sup>88</sup> Amsterdam, Anthony G. & Bruner, Jerome (2000) s. 45. Jag har valt att använda ordet skript fortsättningsvis. En annan möjlig översättning hade kunnat vara *manus*.

<sup>89</sup> Amsterdam, Anthony G. & Bruner, Jerome (2000) s. 45-46.

<sup>90</sup> Herman, Luc & Vervaeck, Bart (2005) s. 167.

<sup>91</sup> Ett motstånd mot skriptet kan även uppstå i läsningen av en text, det vill säga att läsningen av skriptet frammanar trubbel. Luc Herman menar att en text har *narrativitet* om den innehåller skript som uppmanar läsaren att förstå texten som ett narrativ, Herman, Luc & Vervaeck, Bart (2005) s. 168.

<sup>92</sup> Watkins, Dawn (2011) s. 115.

Narrativ kan i och med kopplingen till skript sägas vara nära sammankopplat med legitima förväntningar. Narrativen behandlar hinder i förhållande till det som vanligtvis förväntas, hinder i förhållande till förutsebarhet, och hur hindren ska kunna övervinnas. Skript utgör legitima förväntningar på hur saker och ting ska utveckla sig. Etablerade skript ligger, enligt Amsterdam och Bruner, alltid som en sorts dold last inbakade i narrativ. Utan skript har narrativet inte någon normalitet att ta spjärn mot.<sup>93</sup>

Scripts, in short, embody the norms with whose violation narrative is preoccupied; and the first rule for anyone who wants to dig below the surface of a narrative is to get a good measure of the hidden cargo that is its underlying script – what norms the script embodies, what vicissitudes derail the script, and what consequences follow its derailment.<sup>94</sup>

Narrativ kan alltså sägas ta utgångspunkt i skript och utgör ett svar på frågan om hur ett skript, som hamnat på sned, ska hanteras.<sup>95</sup> Narrativet utgör på så sätt en disciplinerande kraft vilken indirekt pekar åter, eller åtminstone förhåller sig till, normaliteten, till skriptet, till det förväntade.<sup>96</sup> Genom att även narrativen blir etablerade kommer vissa typer av svårigheter i förhållande till etablerade skript också bli förväntade och 'normala'.<sup>97</sup> 'Det är så det fungerar'; eller, 'den unga generationen brukar göra uppror mot den föregående'; eller, 'det är vanligt att tappa kontrollen när man blir provocerad'; eller, 'kvinnor måste räkna med hårdare motstånd än män när de gör karriär' etcetera. Detta skulle kunna utgöra exempel på händelser inom narrativ som hanterar underliggande skript, vilka handlar om att kunna förvänta sig att få tala fritt och att visa respekt mot varandra. Genom narrativ som hanterar svårigheter kopplade till dessa skript skapas länkar mellan det extraordinära och det ordinära. Det underliggande skriptet kan överleva på grund av de etablerade narrativen om hur de samtidigt utgör 'svårigheter'.<sup>98</sup> De förväntade skripten bryter inte samman på grund av de ständiga brotten utan de fortsätter att existera, men med villkoret att de är förenade med svårigheter. Vi kan fortsätta att förvänta oss att män och kvinnor ska bemötas på ett jämställt sätt, men vi bär även med en mängd

---

<sup>93</sup> Amsterdam, Anthony G. & Bruner, Jerome (2000) s. 121.

<sup>94</sup> Amsterdam, Anthony G. & Bruner, Jerome (2000) s. 121-122.

<sup>95</sup> Amsterdam, Anthony G. & Bruner, Jerome (2000) s. 122.

<sup>96</sup> Skriptet kan därmed ses som en typ av produktiv diskursiv makt, jfr Foucault, Michel, *Övervakning och straff*. Lund: Arkiv, 2006 s. 195. Angående Foucaults produktiva maktbegrepp se även Brännström, Leila, "Rättens återgång och återkomst? En kritisk analys av Michel Foucaults tes om rättens minskade betydelse för den offentligt sanktionerade maktövningen", *Retfærd*, 4/131 (2010), 15-40.

<sup>97</sup> Amsterdam, Anthony G. & Bruner, Jerome (2000) s. 122.

<sup>98</sup> Jfr Amsterdam, Anthony G. & Bruner, Jerome (2000) s. 122.

narrativ vilka hanterar svårigheter kopplade till detta. Alternativet hade varit att låta skriptet falla sönder, att konstatera att vi inte kan förvänta oss ett jämställt samhälle. Det är dock inte nödvändigtvis så att etablerade narrativ, vilka hanterar skript på drift, är tecken på att skriptet bör fortsätta att produceras. Vi kan till exempel tänka oss ett skript som handlar om förväntningar på ett enhetligt rättssystem. Vi kan utifrån detta bilda ett narrativ där vi konstaterar att det enhetliga rättssystemet ofta hamnar i svårigheter. Oklara rättslägen och svåra fall utgör hinder vilka juristen måste övervinna för att rädda skriptet om den 'gällande rätten'. Den ultimata hjälten i 'den koherenta rättens narrativ' utgörs antagligen av Ronald Dworkins välkända och skicklige domare *Herkules* som med oklanderlig integritet alltid finner den mest välgrundade rättsteorin som vidmakthåller 'rättens rike'.<sup>99</sup> Förekomsten av narrativ som räddar skript kopplade till ett koherent rättssystem ger dock inte någon ledtråd till om *Herkules* bör rädda rättssystemets enhet.<sup>100</sup> Narrativet måste inte sluta med att utgångsläget återupprättas. Upplösningen kan lika gärna utgöras av en tragedi innebärande den enhetliga rättsordningens död samt en antydning om den pluralistiska efterföljaren, vilket jag återkommer till i kapitel 7.

---

<sup>99</sup> Se Dworkin, Ronald, *Law's Empire*. Cambridge, Massachusetts: Belknap Press, 1986. Se även Dworkin, Ronald, "Law as interpretation", *Texas Law Review*, 60 (1982), 526-550 och kritiken av Dworking: Fish, Stanley, "Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism", *Critical Inquiry*, 9/1 (1982), 201-216. En av Dworkins huvudpoängar för enhetlig rättstolkning handlar om att varje ny tillämpning måste knyta an till de resonemang som givits tidigare. Den rättsliga argumentationen bildar på så sätt en typ av 'kedjenovell' där tolkningsutrymmet för att byta riktning blir mindre ju längre en viss berättelse pågått. Mot detta har Stanley Fish invänt att möjligheten till förändring inte alls minskar allteftersom utan kvarstår oförändrad vid varje nytt bidrag i kedjenovellen. En mellanväg mellan dessa perspektiv har föreslagits av Judith M. Schelly, se Schelly, Judith M, "Interpretation in Law: The Dworkin-Fish Debate (or, Soccer amongst the Gahuku-Gama)", *California Law Review*, 73/1 (1985), 158-180 s.162ff.

<sup>100</sup> Att upprätthållandet av den enhetliga rätten skulle vara rättsvetenskapens syfte, rent av dess paradigm, har framförts på många håll, se exempelvis Peczenik, Aleksander, Aarnio, Aulis & Bergholtz, Gunnar, *Juridisk argumentation: En lärobok i allmän rättslära*. Stockholm: Nordstedts juridik, 1995 s. 132-135 och Tuori, Kaarlo (2002) s. 283: "The position of legal science as one of the specialised legal practices of modern law varies according to the legal culture in question. Generalising, we can express the task of legal science as follows: legal science, together with adjudication, bears the responsibility for the interpretation and systematisation of the legal order, safeguards the internal rationality of the law in terms of its consistency and coherence, and contributes to the self-limitation of the law."

## 2.2.1. Språkteoretiska implikationer

Innan jag går vidare och på ett mer detaljerat sätt gör kopplingar mellan rätt och narrativ (i avsnitt 2.2.2) ska jag lyfta fram några implikationer med läsningen och förståelsen av narrativ. Detta ska göras både utifrån ett språkteoretiskt perspektiv, i det förevarande avsnittet, och därefter utifrån olika typer av (postmodern och post-strukturalistisk) kritik av de narratologiska perspektiven i nästkommande avsnitt.<sup>101</sup> I det nästföljande avsnittet kommer även språkteoretiska perspektiv (i ett rättsvetenskapligt sammanhang) att behandlas för att betona språkspelets betydelse, och läsarens roll, för att studera och förstå texter, även rättsliga sådana.

Språkteoretisk eller 'litterär' kritik av rättsvetenskapen och den praktiserande juridiken har varit en stark forskningsdisciplin sedan 1970-talet. Disciplinen har använt tekniker och principer från humaniora för att förstå och kritisera rättsteori, kritisera rättsliga idéer om tolkning och förståelse av rättsmaterial samt skapa förståelse för rättsligt skrivande, rättsligt tänkande och de praktiker som konstituerar rätten. Disciplinen benämns på engelska "Law as Literature", vilket kan hållas isär från "Law in Literature".<sup>102</sup> Litteratur är i sammanhanget ett brett begrepp som inbegriper "imagination, complexity of perception, density of meaning, and the qualities of dramatic and aesthetic interest [...] in these broader terms, it becomes a meaning-making function that pervades social life".<sup>103</sup> Implicit i att jag använder mig av ett litterärt förhållningssätt gentemot rättslig praktik ligger att den litterära kritiken har möjlighet att tillföra något i förhållande till andra rättsliga tolkningsmetoder.<sup>104</sup>

---

<sup>101</sup> Förevarande avsnitt behandlar ontologiska och epistemologiska dimensioner av språket och språklig förståelse. Ontologiska och epistemologiska frågor behandlas huvudsakligen i kapitel 3. Jag har emellertid valt att placera det specifikt språkteoretiska avsnittet här eftersom det är nödvändigt för att kunna fortsätta redogörelsen för den narratologiska begreppsapparaten. Avsnittet kan emellertid även läsas tillsammans med kapitel 3, särskilt avsnitt 3.1, 3.1.1.1 samt 3.3.

<sup>102</sup> Binder, Guyora & Weisberg, Robert (2000) s. 3.

<sup>103</sup> Binder, Guyora & Weisberg, Robert (2000) s. 5.

<sup>104</sup> Binder, Guyora & Weisberg, Robert (2000) s. 7. Det finns även risker med den litterära kritiken. Exempelvis att "Scepticism is the disposition to view practices as illegitimate unless they can be shown to rest on some justificatory foundation independent of human purpose. In legal thought scepticism usually demands that legal thought or practice justify itself by reference to some kind of objective knowledge - or moral truth, linguistic meaning, or popular will. Sceptical criticism of law tends to vastly overestimate the role of metaphysics and epistemology in justifying the authority of political institutions and thereby evades political argument and grapples with strawmen. In the field of Law and Literature, sceptical criticism often involves the additional voice of equating the literary with the merely subjective, thereby reducing it to a pejorative epithet". Binder, Guyora & Weisberg, Robert (2000) s. 17. Se även Posner, Richard A., "Law and Literature: A Relation Reargued", *Virginia Law Review*, 72/8 (1986), 1351-1392.

På 70-talet utkristalliserades en hermeneutisk 'reader response'-kritik av rätten. Ett förhållningssätt vilket ser tolkaren, läsaren av rättsliga texter, som en *källa* till textens mening.<sup>105</sup> Lagtext eller text som beskriver ett händelseförlopp är med det här perspektivet inte självständiga texter där texten i sig erbjuder all den information som behövs för att förstå och tolka texten. Läsaren av texten kommer oundvikligen att låta sina egen förförståelse påverka textens mening, det vill säga även lagtextens mening. Det finns helt enkelt inte något teoribefriat eller neutralt sätt att beskriva sinnesintryck och i förlängningen inte något teoribefriat eller neutralt sätt att beskriva det som iakttas med sinnena, såsom lagtext eller händelseförlopp. Den här typen av kritik har framförts framförallt mot riktningar vilka framhäver att juridiska texters mening kan ha en säker och auktoritärt fixerad mening (eller att beskrivningar av narrativ skulle kunna ha det).<sup>106</sup>

Kritiken mot språket som meningsbärande (i sig) vilar på antaganden avseende vilken kunskap om omvärlden som är möjlig samt antaganden angående hur språket fungerar som relationellt fenomen. Språkteoretikerna Ludvig Wittgenstein och Martin Heidegger framhöll bland annat, i kritik mot empirismen, att allt tänkande sker genom språk och att språk är konventionsbundet.<sup>107</sup> Detta utgör en vidareutveckling, men även kritik, mot förståelse av språk såsom den beskrevs av Ferdinand de Saussure. Hans tes var att relationen mellan tecken och mening är godtycklig och konventionsberoende och att det därmed inte finns någon inneboende eller 'naturlig' anledning till varför det som betecknas och det tecken som används för att beteckna ska kopplas samman.<sup>108</sup> Att något ges benämningen *domstol* har inte något egentligt samband med ordet *domstol*, det vill säga benämningen i sig säger inte något om *vad* en *domstol* är. På motsvarande sätt finns det heller inte något i *domstolen* som ger anledning att kalla den för just *domstol*. Sambandet mellan

---

<sup>105</sup> Den formalistiska inriktningen, vilken hävdar att textens 'verkliga' mening kan förstås, har dock fortsatt att vara i allra högsta grad levande, se Sarat, Austin, Anderson, Matthew & Frank, Cathrine O., 'Introduction: on the origins and prospects of the humanistic study of law', i Sarat, Austin, Anderson, Matthew & Frank, Cathrine O. (red.), *Law and the Humanities: An Introduction* (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 1-46 s. 17.

<sup>106</sup> Binder, Guyora & Weisberg, Robert (2000) s. 113.

<sup>107</sup> Kända och snitsiga fraser på temat utgörs exempelvis av "Mitt språks gränser betyder min världs gränser", Wittgenstein, Ludvig, *Tractatus Logico-Philosophicus*. Stockholm: Orion/Bonniers, 1962, s. 101 och "[s]pråkets är varats hus. I denna boning bor människan", Heidegger, Martin, *Brev om humanismen*. Stockholm: Thales, 1996 s. 5. Angående den språkliga vändningen inom rättsvetenskapen, se även Gunnarsson, Åsa & Svensson, Eva-Maria (2009) s. 125 ff och Gustafsson, Håkan, 'Kontrafaktisk jurisprudens och rättsligt motvetande', i Jul Clausen, Nils et al. (red.), *Festschrift til Sten Schaumburg-Müller* (Köpenhamn: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016), 189-206.

<sup>108</sup> De Saussure, Ferdinand *Course in General Linguistics*. London: Duckworth, 1983 s. 67-68.

språket och det språket är tänkt att representera är alltså enligt de Saussure godtyckligt.<sup>109</sup>

För de Saussure innebar avsaknaden av 'ett till ett'-förhållande mellan tecken och mening att tecken i språket inte kan hämta sin mening från det som ska betecknas, utan istället måste hämta sin mening genom att skilja sig från andra tecken inom ett internt koherent språksystem.<sup>110</sup> Av detta följer också att mening inte kan skapas av ett enda tecken, eftersom varje tecken är beroende av andra tecken för att bli begripliga.<sup>111</sup>

Den språkinterna förståelsen av vad som skapar mening i en text, som utvecklats av de Saussures, har sedan vidareutvecklats av bland annat Roland Barthes som är en av grundgestalterna inom narratologin. Både de Saussures och Barthes kan sägas dela ambitionen om att skapa självständiga förståelser av språket genom systematiseringar och studier av texten i sig.<sup>112</sup> Det är detta, idén om den självständiga förståelsen av text, som i sin tur har kritiserats av Wittgenstein (i hans senare verk *Filosofiska undersökningar* vilket gavs ut postumt 1953).<sup>113</sup> Att system av tecken skulle kunna utgöra koherenta och självständiga system ifrågasattes av Wittgenstein som istället hävdade att systemen ständigt är instabila och snarast kan beskrivas med begreppet *språkspel*.

Med språkspel vill Wittgenstein belysa flera saker avseende hur språk fungerar. Han använder exemplet *spel* för att poängtera att språket kräver ett aktivt görande för att bli meningsfullt. Vidare fungerar just exemplet *spel* som en modell för att visa att språket är svårt att systematisera enligt en inre logik. Olika spel såsom kortspel, bollspel, tävlingslekar med mera har många släktskapsförhållanden men enligt Wittgenstein är det inte meningsfullt att utgå från att "det måste finnas något gemensamt för dem, annars kallades de inte 'spel'".<sup>114</sup> Istället kan olika spel sägas vara sammankopplade av ett komplicerat nät av likheter som griper in i och korsar varandra och vilka kan handla om både stort och smått. Vissa likheter gäller mellan brädspel och kortspel men går förlorade när istället bollspelen betraktas och så vidare.<sup>115</sup> Vad som utgör ett spel bestäms enligt Wittgenstein inte av något bestämt utpekade fenomen i verkligheten och inte heller av en noggrann inomspråklig definition. Vad som utgör ett spel bestäms av språkanvändarnas *aktiviteter*. Språkanvänd-

---

<sup>109</sup> De Saussure, Ferdinand (1983) s. 67-68. Se angående detta även Wennström, Bo, *The lawyer and language*. Uppsala: Iustus, 1996 s. 217ff.

<sup>110</sup> De Saussure, Ferdinand (1983) s. 121. Se även Howarth, David R., *Poststructuralism and After*. London: Palgrave Macmillan, 2013 s. 26-28.

<sup>111</sup> Binder, Guyora & Weisberg, Robert (2000) s. 120-121, Howarth, David R. (2013) s. 27.

<sup>112</sup> Binder, Guyora & Weisberg, Robert (2000) s. 113. För Barthes sätt att systematisera narrativ se Barthes, Roland, "An Introduction to the Structural Analysis of Narrative", *New Literary History*, 6/2 (1975), 237-272.

<sup>113</sup> Wittgenstein, Ludwig (2012).

<sup>114</sup> Wittgenstein, Ludwig (2012) s. 42.

<sup>115</sup> Wittgenstein, Ludwig (2012) s. 43.



ningen är därmed inte bestämd innan den görs. Den uppstår när den görs, vilket Wittgenstein återigen använder spelexemplet för att illustrera:

Är inte analogin mellan språk och spel här klargörande? Vi kan ju ändå mycket väl tänka oss människor som på en äng roade sig med att spela boll på det sättet att de påbörjade olika existerande spel men lämnade många oavslutade, däremellan planlöst kastade bollen i höjden, på skämt jagade varandra och kastade bollen på varandra, etc. Och nu säger någon: de spelar hela tiden ett bollspel och rättar sig vid varje kast efter bestämda regler. Och förekommer det inte också att vi spelar och – 'make up the rules as we go along'? Ja, också att vi ändrar dem – as we go along.<sup>116</sup>

Wittgensteins poäng är här att språket inte får sin mening genom att det utpekar eller representerar saker 'i verkligheten' och inte heller genom att språket i sig innehåller alla komponenter för att skapa mening. Istället utgörs det avgörande momentet av språkets användning. "Ett ords betydelse är dess användning i språket."<sup>117</sup> Detta betyder bland annat att språkanvändandets *omgivning* är avgörande för att skapa mening och att abstrakta representationer och generaliseringar är dömda att misslyckas. Språkförståelse handlar då om det mer vaga släktskapsförhållandet mellan olika ord snarare än om generella betydelsegemenskaper.<sup>118</sup>

Den här typen av språketeori får givetvis långtgående konsekvenser för möjligheten att på ett abstrakt eller generellt plan beskriva och kartlägga rätten.<sup>119</sup> Om vi accepterar att språkets mening skapas i dess användning följer även att rättslig mening skapas genom rättsligt görande och att ett frikopplande mellan det rättsliga görandet och 'rättssystemet', 'den gällande rätten' och andra fixerande representationer är meningslösa. Men detta är något jag återkommer till längre fram.

---

<sup>116</sup> Wittgenstein, Ludwig (2012) s. 51.

<sup>117</sup> Wittgenstein, Ludwig (2012) s. 31.

<sup>118</sup> Wittgenstein, Ludwig (2012) s. 43.

<sup>119</sup> Även abstrakta definitioner för att nagla fast betydelsen av enskilda termer blir meningslös. I rättsvetenskapen har dessa försök att tydligt bestämma ords innebörd föranlett uttalanden från exempelvis Hart om att språket har en 'öppen vävnad' eller från Ekelöf om att ord kan ha en tydlig kärna och vagare ytterområden. De senare reflekterade exempelvis gärna över ordet "skog", se Ekelöf, Per Olof, 'Definitions and Concept Formation in the Law', i Halldén, Sören (red.), *Modality, Morality and Other Problems of Sense and Nonsense* (Lund: Gleerup, 1973), 48-60 s. 50. Se härom även Samuelsson, Joel, *Tolkning och utfyllning: undersökningar kring ett förmögenhetsrättsteoretiskt tema*. Uppsala: Iustus, 2008 s. 40-41 och Wennström, Bo (1996) s. 74ff. Gränsdragningen mot närliggande ord som 'dunge' eller 'park' blir vid målsättningen om att åstadkomma en tydlig abstrakt definition svår. Men detta gäller å andra sidan för i princip alla ord. Samtidigt är användandet av ordet skog i de flesta fall helt oproblematiskt. Jfr Wittgenstein; "Om jag beskriver: "Marken var helt täckt med växter", skulle du säga att jag inte vet vad jag talar om förrän jag är i stånd att ge en definition på växt", Wittgenstein, Ludwig (2012) s. 44-45.

Redan här kan jag dock framhålla att jag för egen del accepterar utgångspunkten att språkets mening, och därmed även rättens mening, kan förstås först genom dess användning.

## 2.2.2. Språkteoretiskt problematiserad narratologi

De språkteoretiska implikationer jag har redogjort för i föregående avsnitt medför svårigheter för narratologin på så sätt att den narratologiska inramningen kan sägas utgöra just en sådan generell och systematisk förståelse av språket vilken jag just påpekat att jag vänder mig emot. Detta gäller särskilt narratologiska studier såsom Propps försök att kartlägga den narratologiska kärnan hos ryska folksagor och andra liknande beskrivningar, vilka kan sägas föregå användningen av narrativen. Det kan alltså anses problematiskt att betrakta narrativ som frikopplade från läsaren och dess omgivning. Det kan också betraktas problematiskt att konstruera hållbara narratologiska begrepp såsom *narrativ*, *berättelse* och *intrig* med målsättningen att dessa skulle kunna vara frikopplade samt tydligt särskiljbara från det språkliga bruket. Det finns emellertid en rad olika försök att utföra narratologiska undersökningar och samtidigt undvika att fastna i kategoriseringar och generaliseringar som inte tar det undersökande subjektet eller dess omgivning på allvar.<sup>120</sup>

Den generella trenden för mer nutida narratologiska analyser har inneburit en rörelse från formalistiska analyser av berättelsestrukturer mot innehållsmässiga analyser av narrativets mening, dess omgivning samt mot förståelsen av läsaren och de maktförhållanden vilka omger denne och texten.<sup>121</sup> Som jag redan nämnt innebär

---

<sup>120</sup> I termer av vetenskapsteoretiska strömningar skulle detta kunna uttryckas som att postmoderna och poststrukturella teorier använts för att komma till rätta med narratologins strukturalistiska arv, Herman, Luc & Vervaeck, Bart (2005) s. 103-104. För en översikt över poststrukturalistiska strömningarna och dess efterföljare se Howarth, David R. (2013) s. 1-23.

<sup>121</sup> En av dessa revitaliseringar handlar om att lyfta fram hur narrativ ständigt innebär en etisk dimension. Detta är förvisso inte något nytt men i traditionell narratologi har ideologin ansetts vara inbyggd i texten. Narrativanalysen har då varit blind för inflytandet läsaren har i mötet med texten. Inom strukturalistisk narratologi har läsaren varit helt exkluderad förutom i den mer traditionella föreställningen om användare-meddelande-mottagare, Herman, Luc & Vervaeck, Bart (2005) s. 161. Detta kommer jag att återkomma till i avsnitt 2.2.4. "For Miller, a good, ethical reading is needless and undecided. In every attempt to approach the law, this reading moves away from it. That is why it never attains the simplicity of a moral or a lesson. Ethics is distinct from morality by remaining undecided. It vacillates between law and transgression, approach and deviation. This uncertainty makes the text literary and makes the reading ethical instead of moralizing. Just like the text itself, the act of reading has to be an infinite unfurling of images. Reading is never finished and in that sense, the text is unreadable. That is why Miller sees "the unreadability of the text" as the outstanding characteristic of the "true ethics of reading"." Herman, Luc & Vervaeck, Bart (2005) s. 127, Miller, J. Hillis, *The ethics of reading: Kant, de Man, Eliot, Trollope, James, and Benjamin* New York: Columbia University Press, 1987 s. 38-39.

de språkteoretiska implikationerna att det inte går att tala om ett språkinternt metanarrativ vilket kan förklara alla underliggande narrativ.<sup>122</sup> Detta kan sägas vara en följd av att den narratologiska förståelsen inte går att frikoppla från det sammanhang i vilket narrativet används. Ett avskilt och helt 'rent' narrativ är därmed inte möjligt.

Amsterdam och Bruner lyfter fram ett antal svårigheter som i princip alltid drabbar narratologiska teorier och som också medför att den narratologiska teori-bildningen spretar i olika riktningar. En sådan svårighet handlar om att det inom narratologin finns ett problematiskt förhållningssätt till tid.<sup>123</sup> Arthur Coleman Danto har lyft fram att detta beror på att beskrivningar av händelser inte har någon naturlig yttre gräns. Det är berättaren som genom narrativet måste bestämma hur detaljerat en händelse ska beskrivas och i vilket sammanhang den ska placeras. Gränsdragningen avseende en händelse skapas genom händelsens betydelse för helheten. En berättelse som kopplar samman en rad av händelser måste med nödvändighet formuleras slutligt först i efterhand. Även den slutliga definieringen av sekvenserna görs därför i efterhand. Det retrospektiva narrativet är därför något annat än den presentation ögonvittnet ger i stunden. Eftersom varje händelse hade kunnat stå i relation med andra händelser kan gränsdragningen se ut på oändligt många sätt beroende på i vilken berättelse händelsen får sin plats. Detta innebär att berättaren själv bestämmer den närmare gränsdragningen kring presentationen av fakta. Målsättningen att med ett rent objektivt berättande närma sig verkliga händelser är därmed ouppnåelig.<sup>124</sup> Eller som Danto själv uttrycker det:

There is a difference between sleeping late on Sunday and refusing the sacraments, between having a snack and desecrating Yom Kippur, between banking a check and refusing to pay your income tax ... Law is a resource in signification that enables us to submit, rejoice, struggle, pervert, mock, disgrace, humiliate, or dignify.<sup>125</sup>

Detta innebär problem för narratologiska modeller vilka försöker tillrättalägga narrativets händelser i en kronologisk ordning eftersom det medför teoretiska problem att föreställa sig en sådan 'verklig' underliggande kronologisk berättelse. Den sanna berättelsen kan inte sorteras ut genom att spalta upp och redogöra varje händelse i narrativet eftersom det aldrig funnits något verkligt förflutet eller några

---

<sup>122</sup> Herman, Luc & Vervaeck, Bart (2005) s. 108.

<sup>123</sup> Currie, Mark, *Postmodern Narrative Theory*. London: Macmillan Press, 1998 s. 76.

<sup>124</sup> Binder, Guyora & Weisberg, Robert (2000), Danto, Arthur C., *Narration and knowledge*. New York: Columbia University Press, 2007 s. 233-56.

<sup>125</sup> Cover, Robert (1995) s. 99-100.

'sanna' händelser att utgå ifrån.<sup>126</sup> Herman Luc och Bart Vervaeck har uttryckt detta enligt följande:

Narrators who reconstruct themselves through their memories do not end up with their "real" or "original" selves but with yet another construction, another story about themselves.<sup>127</sup>

En annan typ av problematik kopplad till narratologiska perspektiv handlar om snedvridningar ett narratologiskt perspektiv möjligen medför. Amsterdam och Bruner lyfter här fram en risk att inom narrativstudier överdramatisera händelser och att lägga alltför stor vikt vid övergripande och sammankopplande agens snarare än vid de enskilda händelserna. Maktperspektiv samt kritiska och ideologiska perspektiv kan då hamna i skymundan till förmån för mer subjekt betonad agens, intentioner och individuell skuld och individuellt ansvar.<sup>128</sup> Ett sätt att försöka undvika sådana 'blinda fläckar' inom de narratologiska studierna har handlat om att lägga fokus på det som *inte* passar in i ett prydligt narratologiskt system, det vill säga narratologisk kritik, snarare än narratologiskt tillrättaläggande. Istället för att städa upp och passa in texter i färdiga narrativ består då de narratologiska studierna i att identifiera ingredienser som inte passar in i det förväntade narrativet.<sup>129</sup>

En variant av samma kritik handlar om att narratologisk logik tvingar berättelsen till en viss systematik som hör samman med fiktion snarare än 'verklighet'. Anton Tjechovs dramaturgiska regel om att ett gevär, vilket presenteras i första akt, med nödvändigtvis måste leda till att någon blir skjuten i tredje akt gäller inte för rättsliga berättelser, sägs det.<sup>130</sup> Den här typen av kritik bygger enligt min mening emellertid på ett missförstånd avseende de narratologiska utgångspunkterna. Poängen är inte att händelser i livet följer på förhand uppställda narrativ, utan att den retrospektiva förståelsen av livets händelser förstås som narrativ.<sup>131</sup> I introduktionskapitlet gav jag ett exempel vilket kan sägas motsvara Tjechovs gevär, där Högsta domstolen presenterade parterna som näringsidkare och konsument trots att domstolen även framhöll att någon uttrycklig konsumentreglering inte var tillämplig. Jag hävdade sedan att 'geväret', det vill säga det obalanserade makt-

---

<sup>126</sup> Angående narratologisk förståelse av 'fakta' se Bruner, Jerome, "What Is a Narrative Fact", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 560 (1998), 17-27.

<sup>127</sup> Herman, Luc & Vervaeck, Bart (2005) s. 112. Jfr dock MacCormick som påpekar att rättsliga narrativ, oavsett om inramningen görs i efterhand, likväl måste gå att sammankoppla med något som hänt i 'verkligheten', Maccormick, Neil, *Rethoric And The Rule of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2005 s. 220.

<sup>128</sup> Jfr Amsterdam, Anthony G. & Bruner, Jerome (2000) s. 142.

<sup>129</sup> Herman, Luc & Vervaeck, Bart (2005) s. 111.

<sup>130</sup> Brooks, Peter, 'Narrative in and of the Law', i Phelan, James & Rabinowitz, Peter J. (red.), *A Companion to Narrative Theory* (Oxford: Blackwell, 2005) s. 425.

<sup>131</sup> Brooks, Peter (2005) s. 425.

förhållandet mellan parterna, oundvikligen skulle behöva avfyra i betydelsen att den obalanserade partsrelationen skulle få betydelse för förståelsen av berättelsen som helhet. Detta följer emellertid inte av någon högre 'verklig' naturlag om att så *måste* bli fallet. Det handlar snarare om att berättelsens konstruktion pekar i den riktningen och att den därmed förstärker en viss typ av upplösning av narrativet och en viss typ av förståelse av verkligheten.

Det språkteoretiska antagandet om att läsaren alltid tillför texten något kan även sägas inbegripa den narratologiska förståelsen av texten. Visserligen är det relativt oproblematiskt att peka på att det är många komponenter i texten som skapar förbindelser mellan händelser till sammanhängande sekvenser, men det kan även vara läsaren som behöver addera kopplingen vilken medför att händelserna skapar en sambandskedja.<sup>132</sup> I exemplet 'Maria var bjuden till Lisas kalas, hon funderade på om Lisa skulle vilja ha en trumpet' behöver läsaren addera skript för hur födelsedagskalas vanligtvis går till, det vill sägas att man förväntas ta med sig presenter till jubilaren, för att ett narrativ ska bildas. Ett mer rättsligt anknutet exempel kan hämtas från tingsrättens domskäl refererade i NJA 2005 s. 205 (Villareparationsmålet):

R har gjort gällande att avslutningssammanträdet uteslutande gällde frågan om och i så fall när han skulle betala ytterligare 15 000 kr så att det slutliga takpriset på 365 000 kr nåddes. Denna inställning förefaller inte sannolik med hänsyn till vad framför allt Å berättat om sammanträdet. En fråga om betalning av ytterligare 15 000 kr var ju en bagatell jämfört med W:s totala krav. Det troliga är att W skulle ha släppt den frågan med en gång om takpris varit avtalat mellan honom och R. Slutsatsen måste alltså bli att båda parterna vid detta tillfälle varit införstådda med att det var löpande räkning som gällde men att R tyckte att det begärda priset var alldeles för högt.

För att skapa ett kausalt samband mellan händelserna i det här narrativet adderas skript kring hur människor förväntas agera i en avtalssituation. Först under förutsättning att R och W betraktas vara ekonomiskt rationellt övervägande personer kan händelserna bilda en sammanhängande narrativ.<sup>133</sup> Förutsatt att W agerar utifrån ekonomisk spelteoretisk logik är det rimligt att han "släppt den frågan med en gång om takpris varit avtalat mellan honom och R". Den här typen av underliggande skript och typiska rättsliga narrativ kan även få inläsande effekter, vilket jag återkommer till i det följande.

För att undvika ett oreflekterat förhållningsätt till de narrativ, vilka kommer att studeras närmare, har jag kompletterat det narratologiska perspektivet med ett

---

<sup>132</sup> Herman, Luc & Vervaeck, Bart (2005) s. 167-168.

<sup>133</sup> Angående rationalitet, autonomi och rättssubjektet, se avsnitt 5.1, särskilt 5.1.1.

diskursteoretiskt. Detta för att kunna reflektera över händelsernas inramning i tid och rum samt för att identifiera avgörande komponenter för narrativet som inte enbart är kopplade till subjektens agens. Men detta återkommer vi till i kapitel 3.1.1.1.

### 2.2.3. Rätt och narrativ

Den definition av narrativ som givits tidigare bygger på föreställningar om skript vilka inte efterföljs eller som på något sätt riskerar att behöva omförhandlas. Våld, svek, hämnd, heder, belöning, nederlag, att övervinna svårigheter med mera utgör därmed vanliga teman för narrativ. Närheten till den rättsliga praktiken är således inte heller långt borta. Rättsliga konflikter består i ett narratologiskt perspektiv av subjekt vilka på något sätt ifrågasätter eller är i konflikt med andra subjekt om vilket skript som är rättsligt relevant och på vilket sätt hindret mot det rättsliga skriptet bör hanteras. Den systemfokuserade bilden av rätten hanterar detta genom påståenden om att det föreligger vissa fakta som är rättsligt relevanta och vilka därmed leder till en viss rättsföljd. Det narratologiska perspektivet kan här bidra till att vända på perspektiven och visa *hur* fakta konstrueras och inramas som delar av ett narrativ:<sup>134</sup>

Reasoning within the law [...] depends not only upon conceptions about *specific* states of facts but also upon notions about the nature of things generally, what they are and how they are related – the classic *de rerum natura*. These "things" are often not all that thing-like. They may take the shape of rules and principles, institutions and sources of authority, rights and obligations, freedoms and commitments, values and goals. However we conceive of them, they are grounded in what our culture designates as *matter*. And what does or does not matter to a culture can be traced back through the culture's stories, into genres, to its enduring myths.<sup>135</sup>

Förståelsen av grunderna för en rättslig tvist kan sägas vila på grundläggande berättelser om vilken typ av värld vi lever i snarare än på representationer av ett normsystem eller på representationer av fakta av verkligheten. Cover har beskrivit detta som att när rätten förstås inom kontexten för de narrativ vilka ger den mening innebär det att "[l]aw becomes not merely a system of rules to be observed, but the

---

<sup>134</sup> Jfr Amsterdam, Anthony G. & Bruner, Jerome (2000) s. 111.

<sup>135</sup> Amsterdam, Anthony G. & Bruner, Jerome (2000) s. 111.

world in which we live".<sup>136</sup> Eller med Barthes ord: "Narrative starts with the very history of mankind; there has never been anywhere, any people without narrative... Like life itself, it is there, international, transhistorical, transcultural."<sup>137</sup> Den narratologiska förståelsen av rättsliga konflikter kan alltså inrymma även den mer övergripande förståelsen av vår omgivning och skapa förståelse för hur rättens omgivning påverkar rättsanvändningen.

Som jag redan antytt har narratologiska perspektiv framhållits kontrasterande jämfört med hur rätten vanligtvis framställs. Narrativanalys av rättsligt material har då använts, i kontrast till traditionella rättsteorier, som ett bräckjärn mot beskrivningar av rätten som ett definierbart och fixerat objekt.<sup>138</sup> Richard Sherwin menar att motståndet mot de narrativa perspektiven kan spåras till den västerländska traditionen av ett rationellt logo-centrerat berättande där abstrakta och objektiva framställningar premieras.<sup>139</sup> Narrativa perspektiv har därmed även fått mer utrymme i takt med att föreställningen om det objektiva berättaridealet blivit allt mer kritiserat.<sup>140</sup> Det förnyade intresset för narratologisk forskning har framhållits vara sammanlänkat med en minskad tro på att det är möjligt att nå objektiv kunskap samt de allmänt spridda idéerna om att förståelsen av verkligheten är socialt konstruerad. Narratologi kan under sådana premisser bidra med att det i brist på 'sanna' berättelser är viktigt med verktyg för att identifiera skillnader i berättelser om 'samma' händelser.<sup>141</sup>

Inom rättsvetenskapen har den narratologiska förståelsen främst handlat om att förstå den röst, eller de berättelser, vilka *inte* ryms inom ramen för det rättsliga berättandet, det vill säga de narrativ som exkluderas från etablerade rättsliga diskurser, de av rättsliga argument, rättslig auktoritet och rättsliga subjekt undantrycka

---

<sup>136</sup> Cover, Robert (1995) s. 4-5.

<sup>137</sup> Barthes, Roland (1975) s. 237.

<sup>138</sup> Binder, Guyora & Weisberg, Robert (2000) s. 267.

<sup>139</sup> Sherwin, K. Richard (2009) s. 91. Se även González Monteagudo, José, "Jerome Bruner and the challenges of the narrative turn", *Narrative Inquiry*, 21/2 (2011), 295-302 s. 298. Inom rätt och litteraturfältet har emellertid ett bredare spektrum av uttryck getts utrymme, se exempelvis Dahlberg, Leif, "Emotional Tropes in the Courtroom: On Representation of Affect and Emotion in Legal Court Proceedings", *Law and Humanities*, 3/2 (2009), 175-205.

<sup>140</sup> Binder, Guyora & Weisberg, Robert (2000) s. 221. Vilket kanske även är det Ekelöf är inne på när han behöver fylla igen glappen mellan faktapåståenden med "intuition" eller "livserfarenhet", se Ekelöf, Per Olof & Boman, Robert, *Rättegång, fjärde häftet* (6 uppl.). Stockholm: Nordstedts juridik, 1992 s. 132 och avsnitt 4.2.1.2. Hänvisningen till "intuitionen" har emellertid tagit bort i senare upplagor av Ekelöf-serien, se Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Heuman, Lars, *Rättegång, fjärde häftet* (7 uppl.). Stockholm: Nordstedts Juridik, 2009.

<sup>141</sup> Watkins, Dawn (2011) s. 119. Det förhåller sig nog även på det sättet att narratologiska studier av rätten passar väl in med kritiken som riktats mot föreställningen om att det går att fixera eller finna en 'gällande rätt' inom ramen för ett sammanhängande rättssystem. Angående den gällande rättens död och 'de gamar som cirklar runt dess kadaver' se Gustafsson, Håkan, *Dissens: om det rättsliga vetandet*. Göteborg: Juridiska Institutionen, Göteborgs universitet, 2011.

perspektiven.<sup>142</sup> Inte särskilt förvånande har det då visat sig att de undantryckta berättelserna i stor utsträckning tillhör underordnade grupper i samhället. De rättsliga narrativen beskrivs och utforskas i den typen av studier genom att påvisa att de rättsliga narrativen uttrycks på ett sätt vilket medför att det inte framgår att det existerar ett alternativt undantryckt narrativ till det valda rättsliga narrativet. Guyora Binder och Robert Weisberg lyfter fram att detta skulle kunna bero på att rättsliga beslut framställs i till synes opartiska och abstrakta narrativ och att det inom dessa inte finns utrymme för att berätta om det enskilda fallets särskilda egenheter.<sup>143</sup>

Ett exempel på den här typen av litterära studier av rätten utgörs av Lucie Whites artikel *Subordination, Rhetorical Survival Skills, and Sunday Shoes: Notes on the Hearing of Mrs. G.*<sup>144</sup> Mrs. G var en afroamerikansk ensamstående mamma till fyra barn som fick sin försörjning genom någon typ av försörjningsstöd. På grund av en bilolycka fick hon vid ett tillfälle en försäkringsersättning om 600 dollar. Mrs. G berättade om försäkringsersättningen för sin handläggare som då försäkrade henne om att ersättningen från försäkringsbolaget inte skulle behöva avräknas mot hennes månatliga bidrag i form av försörjningsstöd. Något senare blev hon emellertid kontaktad av en överordnad till handläggaren. Denne informerade Mrs. G om att avräkning ändå skulle göras och att hon nu var tvungen att betala tillbaka 600 dollar. Mrs. G hade emellertid redan spenderat pengarna på bland annat kläder och nya skor till barnen. Hon hörde då av sig till White, som på den tiden var arbetande advokat, och fick besked om att hon inte gjort något fel och att hon inte skulle gå med på att betala tillbaka pengarna. Trots Whites rådgivning beslutade sig Mrs. G för att skriva under ett dokument där hon åtog sig att betala tillbaka pengarna. Efter viss övertalning från White gick hon emellertid ändå med på att försöka få till stånd ett domstolsbeslut som innebar att varken kravet på återbetalning eller dokumenten där Mrs. G frivilligt gått med på återbetalning skulle vara giltigt. Inför rättegången informerade White Mrs. G om att hon hade att välja mellan två möjliga berättelser, vilka båda kunde leda till den rättsföljd hon sökte. Den första berättelsen handlade om handläggarens missvisande information avseende avräkningen och den andra om att Mrs. G verkligen behövde pengarna, exempelvis för att barnens skor var utslitna och de därmed var i stort behov av nya. Mrs. G gick med på att berätta båda dessa berättelser vid domstolsförhandlingen. Väl på plats i domstolen förhöll sig dock Mrs. G inte överhuvudtaget till någon av de två berättelserna. Hon vägrade att anklaga handläggaren för felaktig myndighetsutövning och berättade istället att hon var osäker på om hon alls tagit upp frågan om försäkringsersättning med handläggaren. När det gällde behovet av nya skor för barnen berättade hon att de redan hade fullt funktionella skor och att de senaste inköpen handlade om att skaffa lite finare

---

<sup>142</sup> Brooks, Peter (2005) s. 415.

<sup>143</sup> Binder, Guyora & Weisberg, Robert (2000) s. 201. Brooks, Peter (2005) s. 416.

<sup>144</sup> White, Lucie E., "Subordination, Rhetorical Survival Skills and Sunday Shoes: Notes on the Hearing of Mrs. G", *Buffalo Law Review*, 38/1 (1990), 157-168.



söndagsskor. Mrs. G förlorade målet. De sociala myndigheterna bestämde sig dock ändå för att återta sitt krav på återbetalning.

White tolkar agerandet av Mrs. G som en berättelse om självkontroll och självbild. Mrs. G var inte intresserad av att utgöra en utsatt person vilken på grund av ett misstag från myndigheternas sida fick tillgång till extra pengar. Och när det gäller vilka behov som var viktiga ville hon själv ha mandatet att avgöra sådana frågor. Och att köpa nya söndagsskor kan visst utgöra en åtgärd i förhållande till ett viktigt behov:

When Mrs. G talked about Sunday shoes, she was talking about a life necessity. For subordinated communities, physical necessities do not meet the minimum requirements for human life. Rather, subordinated groups must create cultural practices through which they can elaborate an autonomous, oppositional consciousness. Without shared ritual for sustaining their survival and motivating their resistance, subordinated groups run the risk of total domination – of losing the will to use their human powers to subvert their oppressors' control over them.<sup>145</sup>

Whites analys landar i att Mrs. G:s agerande innebar ett undvikande av att objektifieras av rättsystemet. Hon vägrade att infinna sig i de rättsliga narrativ som fanns tillgängliga eftersom inget av dem var värt kostnaden det skulle innebära för livets mer avgörande berättelser.<sup>146</sup>

Den här typen av narratologisk analys kan sägas 'avslöja' rättens anspråk på att den skulle utgöras av opartiska och sakliga narrativ. Genom att studera exempelvis domskäl eller annan rättslig praktik som narrativ kan även bilden av *hur* de rättsliga narrativen konstrueras, och vilka byggblock som då aktualiseras, tydliggöras. De för rättsvetenskapen bekanta formaten i domsskälsskrivning blir med hjälp av den narratologiska linsen plötsligt obekanta igen.<sup>147</sup> Narratologin erbjuder nya sätt att läsa och förstå rättsliga texter, vilket därmed möjliggör nya perspektiv och ny typ av kunskap.

Kopplingen mellan den bild av narrativ som framträtt hittills och domskälskrivning är relativt rättfram. Varje rättsfall behandlar oundvikligen en sekvens av händelser som åtminstone skulle kunna innebära en potentiell konflikt i förhållande till rättsliga normer (och därigenom även ett eller flera rättsliga skript). Genom en subsumtionsmanöver hanteras sedan konflikten och narrativet avslutas genom att rättsföljden erbjuder en legitim upplösning.

Jag påstod tidigare att narratologiska perspektiv erbjuder nya kontrasterande synsätt i förhållande till mer systematiserande rättsvetenskap. För den rättsliga prakti-

---

<sup>145</sup> White, Lucie E. (1990) s. 167-168.

<sup>146</sup> För ytterligare analys av Whites text, se Binder, Guyora & Weisberg, Robert (2000) s. 254-257.

<sup>147</sup> Watkins, Dawn (2011) s. 116, Amsterdam, Anthony G. & Bruner, Jerome (2000) s. 144.

ken är emellertid inte 'rättsligt berättande' någon nyhet.<sup>148</sup> Juristen ställs oundvikligen inför konstruerande val vid formuleringen av de omständigheter vilka ska ligga till grund för den rättsliga prövningen. De narrativa val juristen ställs inför är inte enbart till för att återberätta ett skeende, de innebär även att form, poäng, relevans och framhävande av rättsliga resultat måste placeras inom ramen för en berättelse.<sup>149</sup> Dawn Watkins menar dock att den narrativa medvetenheten kring detta berättande tonas ned inom rättsvetenskapen. Den nedtonade logiken är enligt Watkins etablerad i brittiska juristutbildningar, vilket medför bristande kompetens både avseende den narratologiska verktygslådan och avseende förmågan att sätta sig in i andra personers situation:<sup>150</sup>

Learning to think like a lawyer is the suppression of narrative context. Narrative perception, or the narrative urge, will cause students to create meaning from the judgment text by considering or *imagining* what happened or what might have happened, and to adopt a personalized, subjective approach to gaining understanding. Crucially, it allows for empathy, or the ability to think what it might be like to be in the shoes of a person different from oneself.<sup>151</sup>

Det är dock, som sagt, inte helt främmande med narratologiska perspektiv inom ramarna för konkret rättstillämpning. Här ett exempel från Högsta domstolens i USA mål *Old Chief v. United States*:

Evidence thus has force beyond any linear scheme of reasoning, and as its pieces come together a narrative gains momentum, with power not only to support conclusions but to sustain the willingness of jurors to draw the inferences, whatever they may be, necessary to reach an honest verdict. This persuasive power of the concrete and particular is often essential to the capacity of jurors to satisfy the obligations that the law places them on. [...]

A syllogism is not a story, and a naked proposition in a courtroom may be no match for the robust evidence that would be used to prove it. People who hear stories interrupted by gaps of abstraction may be puzzled at the missing chapters ... A convincing tale can be

---

<sup>148</sup> Brooks, Peter (2005) s. 416.

<sup>149</sup> Brooks, Peter (2005) s. 419.

<sup>150</sup> Jag dristar mig till att påstå att samma sak gäller för svenska juristutbildningar. Se även Valguarnera, Filippo, "Judicial Policymaking in Sweden: A Comparative Perspective", *Scandinavian Studies in Law*, 61 (2015), 185-218 s. 215.

<sup>151</sup> Watkins, Dawn (2011) s. 122.

told with economy, but when economy becomes a break in the natural sequence of narrative evidence, an assurance that the missing link is really there is never more than second best.<sup>152</sup>

Författaren till referatet, Justice Souter, kan här sägas varna för narrativets övertygande karaktär, "[e]vidence thus has force beyond any linear scheme of reasoning, and as its pieces come together a narrative gains momentum". Betoningen av narrativet handlar här om att argumentera för att domstolen inte ska låta sig ryckas med av de illegitima narrativ åklagaren presenterat i underrätterna genom att ha berättat om händelser i förhållande till den tilltalade, såsom tidigare lagföringar, vilka 'inte tillhör saken'. Souter menar därmed att narrativet kan ha en vilseledande retorisk effekt, vilket domstolen bör vara medveten om. Samtidigt innebär försvaret mot de narratologiska komponenterna i argumentationen också ett erkännande av dess styrka och ett erkännande av rättslig narratologi som en nödvändig komponent för den rättsliga praktiken.<sup>153</sup>

Studier av rättens narratologiska egenheter kan bland annat leda till en ökad medvetenhet om narratologisk retorik och möjliga motargument av narratologisk karaktär.<sup>154</sup> Eller som Håkan Andersson uttrycker det:

En interaktiv, rättsvetenskaplig analys bör styra in sig på att söka de mönster som kan begripliggöra och lyfta fram vad "rättskälleläran" etc. legitimerar såsom lösningar idag. Att en sådan orientering även kan ha pragmatiskt intresse för praktiker är ingen nackdel; genom observerandet av argumentativa egenheter kan juristen testa om den egna argumentationen fungerar, liksom man kan uppspåra en konstruerande teknik hos motparten, och därmed bli varse tänkbara motmedel.<sup>155</sup>

Den praktiskt orienterade berättarstruktureringen handlar då om att strategiskt forma narrativen efter parternas intressen i förhållande till rättsliga ramar. Berättarkonsten leder på det här sättet till vad som kan kallas för arketypiska rättsliga narrativ och dessa tenderar att drastiskt minska de möjliga händelser som ryms inom ramen för domstolsprocessen.<sup>156</sup> Detta skulle även kunna sägas bero på vad Fludernik kallar för *narrativisering* (narrativization) vilket innebär att en läsare, vilken bekantas med en berättelse för första gången, försöker placera den inom ramen för ett narrativ som är

---

<sup>152</sup> Brooks, Peter (2005) s. 423.

<sup>153</sup> Brooks, Peter (2005) s. 424.

<sup>154</sup> Sherwin, K. Richard (2009) s. 93 och s. 119.

<sup>155</sup> Andersson, Håkan (2006) s. 21.

<sup>156</sup> Amsterdam, Anthony G. & Bruner, Jerome (2000) s. 118. Se även Christie, Nils (1977) och Andersson, Håkan (2006).

begripligt.<sup>157</sup> I avsnitt 1.1 hänvisade jag till den dialogformade inlagen från svaranden i NJA 2011 s. 600, Tandläkarmålet. Motpartens svar på denna kan ses som ett uttryck för narrativisering:

Svarandens yttrande är till största delar en redogörelse av samtal med personal på Karolinska som, vid författandet av yttrandet, hållits för över ett år sedan. Innehållet i dessa kan följaktligen inte vitsordas. Dock kan det konstateras att yttrandet inte synes innehålla något bestridande till käromålet.

Om svarandens text förstås som ett rättsligt narrativ i form av ett svaromål är den för käranden obegriplig. Det dialogformade narrativet går inte att förstå som en berättelse där händelserna är möjliga att vitsorda. Det passar inte in som ett arketyriskt rättsligt narrativ och passar inte med skript avseende hur en redogörelse för förflutna händelser ska presenteras inom domstolsprocessens etablerade diskursiva ordning. Vidare innebär svarandens narrativ ytterligare ett åsidosättande av ett viktigt processrättsligt skript, nämligen förväntningen på att svaranden, enligt vissa former, ska ange inställningen till kärandens yrkande.

Samtidigt är det ofrånkomligt, även för den jurist som motsätter sig en narratologisk medvetenhet, att inom ramen för en rättsprocess placera händelser i någon form av berättelse. Därmed måste juristen, vid beskrivandet av faktiska omständigheter, konstruera eller välja bland skript, intriger och narrativ.<sup>158</sup> Det ligger därmed nära till hands att påstå, i likhet med Watkins, att det oundvikligen måste ingå i rättsvetenskapens roll att genom narratologiska studier försöka förstå, kritisera samt bidra till att konstruera nya rättsliga narrativ.<sup>159</sup>

I ett nordiskt perspektiv har, förutom Håkan Andersson som redan nämnts, Hans Petter Graver lyft fram den retoriska dimensionen av narratologi inom den rättsliga praktiken.<sup>160</sup> Graver menar att domskäl som genre har åtminstone tre syften. Dels att övertyga parterna, dels att visa hur domstolen resonerat och slutligen, åtminstone för högre instanser, att skapa rättsnormer.<sup>161</sup> Genom att studera den retoriska framställningen i juridisk argumentation framgår även indirekt vad domskälsgenren, eller diskursen som jag snart kommer att kalla den, tar för givet och vad som behöver förstärkas med övertygande argument.<sup>162</sup> Graver visar hur den retoriska framställningen i domskälen framhäver vissa delar av händelseförlopp och undan-

---

<sup>157</sup> Herman, Luc & Vervaeck, Bart (2005) s. 172.

<sup>158</sup> Binder, Guyora & Weisberg, Robert (2000) s. 261.

<sup>159</sup> Watkins, Dawn (2011) s. 116.

<sup>160</sup> Graver, Hans Petter (2010), s. 122.

<sup>161</sup> Graver, Hans Petter (2010) s. 125-130. Som en möjlig fjärde uppgift vilken påverkar genren påpekar Graver att domstolar även i flera fall befinner sig i dialog med andra domstolar, exempelvis högsta instans och Europadomstolen, Graver, Hans Petter (2010) s. 130ff.

<sup>162</sup> Graver, Hans Petter (2010) s. 137.

trycker andra. Hans narrativanalyser av domskäl liknar i många hänseenden de analyser jag själv genomför i kapitel 4, 5 och 6. Genom att jämföra alternativa skrivningar i samma mål lyfter Graver fram hur retoriska framlägganden spelar roll för förståelsen av både händelserna i målet samt förståelsen av rättsreglerna. Exempelvis medför det som verkar vara utbytbara synonymer, såsom 'avtal' och 'äktenskapsförord', olika narrativa effekter. 'Avtal' ger associationer om en ömsesidig överenskommelse jämfört med det mer tekniska begreppet 'äktenskapsförord'. Detta leder enligt Graver till att steget till att göra undantag från ett äktenskapord blir mindre jämfört med om rättsförhållandet betecknas som ett avtal.<sup>163</sup> Även Andersson har genomfört konkreta narrativanalyser av domskäl. Jag återkommer med exempel på detta i det nästföljande avsnittet.

#### 2.2.4. Operationalisering av begreppen

I det här avsnittet kommer de narratologiska begreppen att konkretiseras och operationaliseras inför genomförandet av narrativanalyser av rättsligt material, vilka återfinns i avsnitt 4.2, 5.2 och 6.2.

Det skiftar i vilken mån mer nutida narratologiska teorier har bibehållit den traditionella klassificeringen och förståelsen av narrativ. Skiftningen rör sig från helt nya terminologier till försiktiga adapteringar av tidigare begrepp.<sup>164</sup> Herman och Vervaeck menar att en kombination av klassisk systematisering och postmoderna öppningar samt revitaliseringar är den mest lämpliga metoden för närvarande och det är även på det sättet jag kommer att förhålla mig till begreppen.<sup>165</sup>

De narratologiska nivåerna, *berättelse*, *narrativ*, *intrig* och *skript* kommer att utgöra kärnan för min analysmetod. Av dessa har *narrativ* och *skript* redan redogjorts för i relativt stor utsträckning. Den narratologiska nivådifferentieringen tar sin utgångspunkt i särskiljandet mellan berättelse och berättande. Det är det senare som benämns *narrativ*. *Berättelsen* kan i sammanhanget förstås vara den abstraherade förståelsen av narrativet, vilken ofta presenteras som ett händelseförlopp i krono-

---

<sup>163</sup> Se Graver, Hans Petter (2010) 138ff där domskäl från flera olika mål från norska høyesterett analyseras.

<sup>164</sup> Se exempelvis Gibson, Andrew, *Towards a postmodern theory of narrativ*. Edinburgh: Edinburgh University Press, 1996 s. 212ff.

<sup>165</sup> Herman, Luc & Vervaeck, Bart (2005) s. 117. Med 'postmodern' avses här att det handlar om systematiseringar som inte gör anspråk på att vara den enda eller den 'sanna' narratologin. Detta innebär samtidigt en kritik mot den strukturalistiska narratologin, se Sim, Stuart, 'Postmodernism and Philosophy', i Sim, Stuart (red.), *The Routledge Companion to Postmodernism* (London: Routledge, 2001), 3-14 s. 3-5. Se även Andersson, Håkan, 'Constructive deconstruction: a test of postmodern legal reasoning: The example of third party losses on the borderline between tort law and contract law', i Andenas, Mads & Jareborg, Nils (red.), *Anglo-Swedish studies in law* (Uppsala: Iustus, 1999), 356-388 s. 358ff.

logisk ordning.<sup>166</sup> Det är emellertid vanligt att texter är uppbyggda på andra sätt än genom en beskrivning i form av en kronologisk ordning. Domskäl följer exempelvis ofta till sin uppbyggnad rättsreglerna, och berättandet följer rekvisiten i rättsregeln och de processrättsliga reglerna för domstolsprocessen, snarare än den aktuella situationens kronologi.<sup>167</sup> I den mån berättelsen abstraheras ur narrativet kan narrativet sägas vara överordnat berättelsen eftersom det innehåller både det som berättas och själva berättandet. Förutom berättelsen och narrativet (berättandet) kan ytterligare en nivå sedan beskrivas som det sätt genom vilket narrativet konstruerar berättelsen. De enskilda händelserna, skripten och subjekten som bygger upp narrativet placeras på ett sätt så att de ges en helhet vilken hänger samman. De olika delarna ordnas så att ett sammanlänkande samband framträder. Denna sammanlänkande nivå kommer här att benämnas med begreppet *intrig*.<sup>168</sup> Intrigen kan sägas aktivera narrativet och berättelsen.<sup>169</sup>

De narratologiska nivåerna *berättelse*, *narration*, och *intrig* är införda på det svenska rättsteoretiska området av Andersson.<sup>170</sup> Han har bland annat genomfört en narrativanalys av NJA 2004 s. 746 II och undersökt betydelsen av hur sekvensordningen för redogörelsen av omständigheterna i målet kan inverka på den rättsliga bedömningen. I kronologisk ordning ser händelseförloppet i rättsfallet ut enligt följande. Tre ungdomar planerade att tillgripa en bil. Två av personerna genomförde tillgreppet för att en stund senare hämta upp den tredje personen. Alla tre fortsatte sedan i bilen men körde av vägen med följd att bilen skadades. Anderssons analys avser domstolens hantering av skadeståndsanspråket, enligt 2 kap 1 § skadestånds-

---

<sup>166</sup> Vulovic, Jimmy (2013) s. 57.

<sup>167</sup> I RB 17 kap. 17 § stadgas att en dom ska innehålla domskäl, men utan någon närmare bestämning om hur dessa ska utformas. Domstolsverket ger med jämna mellanrum ut rekommendationer som handlar om att göra texten tillgänglig för den tänkta läsaren. Rekommendationer ges då avseende användningen av enkla meningar, försiktighet med fackspråk med mera, se exempelvis *Språk och struktur i domar och beslut*, Domstolsverket 1999. En återkommande fråga är om domskälen ska vara 'vävda', det vill säga att rättsliga resonemang hanteras i samma sammanhang som händelseförloppet mellan parterna, eller om det senare ska hanteras för sig genom refererat. Fördelar och nackdelar med olika motiveringsupplägg diskuteras bland annat i Förtroendeutredningens betänkande *Ökat förtroende för domstolarna – strategier och förslag* (SOU 2008:106). Också här läggs tyngdpunkten i utredningen på frågor om läsbarhet, relationen till 'vardagspråk' och frågan om hur 'vanliga människor' förstår domskälen (se bilaga 6-10 i utredningen).

<sup>168</sup> En annan term som förekommer är *narration* och *plot*. Se Herman, Luc & Vervaeck, Bart (2005) s. 45 och Genette, Gérard, *Narrative Discourse: An Essay in Method*. Ithaca: Cornell University Press, 1980 s. 27.

<sup>169</sup> Vulovic, Jimmy (2013) s. 58. "All offentlig makt i Sverige utgår från folket" aktiverar på ett tydligt sätt det övergripande narrativet "Regeringsformen" som kan sägas utgöra en berättelse om det svenska statskicket.

<sup>170</sup> Andersson, Håkan (2006). Som säkert framgått redan finns det en mängd olika typer av narratologiska metoder och teoretiska underbyggnader. Var och en av dessa använder delvis olika begreppsapparater eller lägger olika innebörd i liknande begrepp.

lagen, vilket riktas mot den av personerna som hämtades upp efter tillgreppet och som enbart följt med som passagerare i bilen. Omständigheterna i målet jämfördes i domskålen gentemot principen om *casus mixtus cum culpa*, det vill säga principen om att även en olyckshändelse kan medföra skadeståndsansvar om den uppstått till följd av en situation vilken orsakats av en vårdslös eller uppsåtlig handling. I det aktuella målet innebar principen mer konkret att ”den som olovligen har satt sig i besittning av annans egendom kan (...) åläggas ansvar även för vådahändelser som därefter inträffar”.<sup>171</sup> Högsta domstolens redogörelse för omständigheterna i målet följde, enligt Anderssons analys, en språklig sekvensordning avvägd för att överensstämma med principen om *casus mixtus cum culpa*.

Samma omständigheter skulle dock även kunnat ha placerats på ett sätt som gjorde det rimligare att jämföra händelserna med en rättsfråga avseende om ungdomarna framfört bilen på ett culpöst sätt. En ordinär culpa-bedömning hade enligt Andersson mycket väl kunnat resultera i att ungdomarna, vilka inte hade körkort, hade ansetts agerat vårdslöst och att de därmed solidariskt skulle ansvara för skadan. Detta skulle ha inneburit en annan utgång i målet än den som nu bestämdes av domstolen.<sup>172</sup> För *casus-mixtus*-bedömning var det även centralt att konstruera en intrig vilken kopplade samman den instämnda personen till besittningstagandet av fordonet. Högsta domstolen konstaterade avseende detta att den tredje personen, som inte närvarade vid tillgripandet av bilen, ”när han anslöt sig till de andra två och for iväg i bilen, även han tog bilen i besittning tillsammans med dem”. För att narrativet kopplat till en *casus-mixtus*-bedömning skulle fungera krävdes alltså ett intrig som åstadkom ett slags retroaktivt tillrättsläggande av förståelsen av besittningstagandet så att det även kunde inbegripa den instämnda personen.<sup>173</sup>

Min förståelse av de narratologiska begreppen skiljer sig inte markant från Anderssons beskrivning. Den mest betydande skillnaden består i att begreppet *skript* är mer framträdande i min begreppsapparat. Med skriptet avses, vilket redan nämnts, ungefär detsamma som ’förväntade händelseförlopp’. I kapitel 3 kommer skriptet även att sättas i relation och kontrasteras mot begreppet *norm*. I varje fall av narrativanalys vilar valet av textomfång på forskaren. Som vi sett tidigare behöver en text inte vara särskilt lång för att kunna studeras som ett narrativ. Inget hindrar emellertid att även längre texter analyseras. Jag använder mig alltså inte av narrativanalys för att identifiera och bestämma *vad* som utgör narrativ. Min narrativanalys handlar istället om att studera en text, vald utifrån andra premisser, med hjälp av narratologiska begrepp.<sup>174</sup>

---

<sup>171</sup> NJA 2004 s. 746 I s. 749-750.

<sup>172</sup> Andersson, Håkan (2006) s. 25.

<sup>173</sup> Andersson, Håkan (2006) s. 26.

<sup>174</sup> Det skulle således kunna sägas vara studier av narrativ inom ”the context of justification” snarare än inom ”the context of discovery”, se Mcadams, Dan P., 'Exploring Psychological Themes Through Life-Narrative Accounts', i Holstein, James A. & Gubrium, Jaber F. (red.), *Varieties of Narrative Analysis* (London: Sage, 2012) s. 17ff.

Det bör här påpekas att begreppen *berättelse*, *narrativ*, *skript* och *intrig* kan flyta in i varandra och att de utgör analysverktyg och inte representationer av texterna i någon typ av autonom eller självständig mening. Den narratologiska analysen befinner sig således i ett sammanhang vilket är sammankopplat med maktförhållanden 'utanför' de narrativ som här undersöks.<sup>175</sup> Detta tar sig exempelvis uttryck genom de rättsliga begreppens betydelse för att föra narrativet framåt. Rättstillämpnings-teoretiska begrepp, såsom subsumtion och andra processrättsliga föreställningar, kommer att få stor betydelse för hur de rättsliga narrativen studeras. Det narratologiska studiet är således inte frikopplat från redan etablerade rättsliga diskursiva uttryck. Samtidigt kan det framhållas att det inte behöver upprätthållas någon distinktion mellan ett yttre och inre perspektiv på narrativet eftersom omgivning och läsare också utgör en del av narrativet.

Hur ska då dessa begrepp sättas i relation till domstolsmaterial? Låt oss ta ett exempel. Följande utdrag är hämtat från NJA 2012 s. 776 och utgörs av en text vilken återfinns under rubriken "Bedömningen i detta fall". Poängen i det här skedet handlar huvudsakligen om att visa hur de narrativanalytiska begreppen operationaliseras och inte att kritiskt granska domskälen i sig. Jag har därför valt att korta texten något för att göra illustrationen mer överskådlig.

AH har i avtalsförhållandet ställning som konsument och Rehab är näringsidkare. Avtalet har inte varit föremål för individuell förhandling. [...]

I fråga om det nu aktuella avtalet måste det i första hand anses ha legat i Rehab's intresse att avtalet förlängdes. För AH innebär en automatisk förlängning inte några beaktansvärda fördelar. [...] Det framgår också att AH av förbiseende sade upp avtalet för sent. Förlängningen innebär en inte obetydlig ekonomisk belastning för henne. [...]

Vid bedömningen av om avtalsvillkoret är oskäligt är det också av betydelse om AH i lämplig form och i rimlig tid påmint om att uppsägning ska ske och konsekvenserna av en utebliven uppsägning. [...]

I målet är ostridigt att det fanns en bildskärm med inloggningsuppgifter för kunden. På skärmen angavs bl.a. personuppgifter, vilken typ av kort som kunden hade, sista giltighetsdag och sista uppsägningsdag. Det är också ostridigt att AH kunde ta del av uppgifterna på skärmen vid sina besök i lokalen.

---

<sup>175</sup> Jfr Vulovic, Jimmy (2013) s. 124.



De uppgifter som AH kunnat ta del av på skärmen i träningslokalen uppfyller inte kravet på en tydlig påminnelse om att uppsägning ska ske och konsekvenserna av en utebliven uppsägning. [...]

Mot bakgrund av vad som nu anförts bör det villkor om automatisk förlängning som tagits in i avtalet mellan AH och Rehab bedömas som oskäligt. Avtalsvillkoret ska därför lämnas utan avseende.

Utifrån det här referatet kommer jag nu i de tre efterföljande avsnitten att visa hur de tekniska begreppen för narrativanalys *skript*, *narrativ*, *intrig*, *berättelse*, *metonymi* och *metafor* kan användas för att analysera rättslig argumentation. Dessa begrepp utgör grundläggande verktyg vilka stödjer och möjliggör avhandlingens mer centrala begrepp *rättsliga entymem*, *överdeterminerade subjekt* och *narrativdissonans*, vilka jag kommer att lyfta fram först i kapitel 4-6.

Den konkreta användningen av de narratologiska begreppen aktiveras i mina närläsningar av rättsfallsmaterialet genom att jag ställer frågor till texten. Dessa frågors svar är sedan beroende av de begrepp som kommer att presenteras i det följande. Frågorna som ställs är i stil med 'vad för narrativet framåt?', 'enligt vilken typ av intrig byggs argumentationen?' och 'vilka skript är centrala för förståelsen av berättelsen som helhet?'. När det gäller förståelsen av parternas subjekspositioner ställer jag frågor i stil med 'hur bidrar parternas subjekspositioner till den rättsliga berättelsen?', 'vilka egenskaper hos subjekten i domskälen för det rättsliga narrativet mot dess upplösning?' och 'vilka skript är centrala för parternas och domstolen subjekspositioner?'.

### 2.2.4.1. Skript och narrativ

I domskälen kopplar i princip varje mening an till olika typer av skript. Med dessa avser jag förväntade skeenden vilka enligt min förståelse kan anses ligga inbäddade i texten. Olika läsare kan här göra olika bedömningar och ge olika skäl till detta. Från det första stycket uppfattar jag följande skript.

- "AH har i avtalsförhållandet ställning som konsument och Rehab är näringsidkare" - Häri ligger ett skript där näringsidkaren, det vill säga Rehab, förväntas vara i en mer informerad och kontrollerbar situation jämfört med konsumenten, AH.

- "Avtalet har inte varit föremål för individuell förhandling" -  
Häri ligger bland annat ett skript där aktiva förhandlingar inför ett avtalslut förväntas medföra specifika individuella anpassningar av avtalet.

På detta sätt hade jag kunnat fortsätta att uttolka skript avseende texten i sin helhet. Vart och ett av dessa skript hade sedan kunnat förankras på olika sätt, exempelvis genom att visa hur texten reproducerar en diskurs, vilken på ett mer uttalat sätt förknippar relationen mellan konsument och näringsidkare med en relationell obalans alternativt att ansvaret för att ta tillvara på sina intressen vilar på individen själv.<sup>176</sup> Det förstnämnda skriptet skulle även kunna förstås som ett resultat av en ofta återkommande rättsligt narrativ vilket bygger på svårigheter kopplade till avtalsfrihet. Konsumentskydd skulle då kunna sägas utgöra ett tema för rättsliga narrativ som uppstår genom ständiga brott mot skript kopplade till förväntningar om att det står fritt för människor att komma överens om bland annat ekonomiska förhållanden. Skript kopplade till avtalsfrihet överlever på grund av att det stöts av konsumentskyddsnarrativ som hanterar dess ständigt återkommande svårigheter.

Referatet från NJA 2012 s. 776 kan även användas för att visa narrativets olika nivåer i domskälsskrivning. Följande mening (i stycke 3) blir då avgörande: "Vid bedömningen av om avtalsvillkoret är oskäligt är det också av betydelse om AH i lämplig form och i rimlig tid påmint om att uppsägning ska ske och konsekvenserna av en utebliven uppsägning." Häri ryms en antydning om att det finns ett skript om vad vi kan förvänta oss avseende påminnelser om automatiska avtalsförläggningar som näringsidkare vill göra gällande gentemot konsumenter. Av det efterföljande styckets händelser, som handlar om på vilket sätt Rehab påmint om avtalsförläggningen, framgår även att ett potentiellt narrativ är konstruerat, det vill säga att det finns (1) tydliga subjekt, (2) ett utgångsläge, (3) ett potentiellt hinder, (4) försök att hantera hindret, (5) en upplösning.<sup>177</sup> Subjekten består av AH, Rehab och Högsta domstolen. De har var och en tydliga intentioner i narrativet. AH vill inte betala, Rehab vill att AH ska betala och Högsta domstolen vill upplösa hindret och återupprätta ursprungssituationen. Den ursprungliga situationen består av en situation där Rehab på ett tydligt sätt påminner AH om den kommande avtalsförläggningen. Hindret skulle kunna bestå i att Rehab misslyckats med att följa skriptet om hur en tydlig påminnelse ska göras. Detta skulle då medföra problem för AH som på grund av detta riskerar att lida ekonomisk skada. Hindret skulle emellertid även kunna bestå i att AH inte följt skriptet genom att av oaktsamhet inte

---

<sup>176</sup> Diskursbegreppet utvecklas närmare i kapitel 3.1.

<sup>177</sup> Om domskälen läses i sin helhet framgår att andra narrativ redan är etablerade i texten. Exempelvis bygger ju rättsprocessen som helhet på att Rehab påstår att AH inte betalat sin medlemsavgift till träningsanläggningen i tid. I det här exemplet har jag valt att analysera den refererade texten för sig.

uppfatta den tydliga påminnelsen. AH:s potentiella brott mot skriptet leder då istället till ekonomiska hinder för Rehab, som ännu inte fått betalt av AH.

I det rättsliga narrativet är det subjektet Högsta domstolen som bestämmer vilken typ av förväntade skeenden som är befogade. Men här, i narrativets nyckel-scen, där hindret ska identifieras och hanteras av domstolen, lyser texten med sin frånvaro. Vi får inte veta något om hur skriptet ska förstås eller vilka överväganden som gjorts avseende detta. Vi får inte veta hur domstolen hanterar den uppstådda svårigheten eller svar på frågan om vilken typ av skillnad eller påverkan en tydlig påminnelse ska åstadkomma. Istället förflyttas läsaren omedelbart till upplösningen: "De uppgifter som AH kunnat ta del av på skärmen i träningslokalen uppfyller inte kravet på en tydlig påminnelse om att uppsägning ska ske och konsekvenserna av en utebliven uppsägning." Domskålen uttalar sig inte om det rättsliga narrativets mest avgörande sekvens. Från att karaktärerna i det rättsliga narrativet är i som mest svårigheter, där olika förväntningar står i bjärt kontrast, spolar domskålen förbi argumentationen som skulle visa hur de skiftande skripten hanteras och landar i slutscenen, vilken för Högsta domstolens del alltid måste sluta på samma sätt, det vill säga med att den ursprungliga situationen återupprättas. Det visade sig att Rehab inte följt, det alltjämt endast antydda, skriptet avseende hur en tydlig påminnelse ska genomföras. Följden av detta blir att avtalsvillkoret om automatisk förlängning ska lämnas utan avseende (stycke 6). Men läsaren av det rättsliga narrativet står kvar med frågan; varför?

#### 2.2.4.2. Intrig och berättelse

Intrigen kan sägas utgöra den sammanhangskedja som kausalt binder samman de olika händelserna i berättelsen.<sup>178</sup> Intrigen skapar därmed motiv och orsaker för berättelsen. I rättsliga sammanhang kan detta exempelvis handla om att "söka förbinda handling, skada och följder så att ett sammanhang uppvisas utöver de nakna faktauppgifterna".<sup>179</sup> Intrigen kan sägas vara limmet vilket håller olika händelser samman.<sup>180</sup> I det här aktuella exemplet från NJA 2012 s. 776 kan intrigen sägas vara uppbyggd utefter en modell för 'prövningen i målet'. För att kunna genomföra en prövning, en rättstillämpning, behövs parter, en rättsfråga, regler, en situation, en subsumtion och en rättsföljd. Den etablerade tågordningen kopplad till prövningen i målet skapar en länk mellan de olika händelserna i texten och för narrativet framåt, mot upplösningen som alltid består av en rättsföljd. Berättelsen utgör, vilket nämnts i avsnitt 2.2.4, den abstraherade uppsorteringen av narrativet, ofta presenterat i en rekonstruktion av det kronologiska tidsförloppet som mycket väl

---

<sup>178</sup> Se avsnitt 2.2.4.

<sup>179</sup> Andersson, Håkan (2006) s. 18.

<sup>180</sup> Brooks, Peter (2005) s. 417.

kan skilja sig från narrativets händelsesekvens. För referatet för NJA 2012 s. 776 kan berättelsen sorteras ut på följande sätt:

- 1) AH avtalade om medlemsavtal hos Rehab.
- 2) AH kunde ta del av uppgifter om sista uppsägningsdag för avtalet via en bildskärm i träningslokalen.
- 3) Uppgifterna om avtalets avslutande var inte tillräckligt tydliga för att uppfylla kravet på en tydlig påminnelse.
- 4) AH förbisåg att säga upp avtalet i tid.
- 5) AH slutade att betala medlemsavgift till Rehab.
- 6) Domstolen bekräftar att påminnelsen inte var tillräckligt tydlig.

Utifrån det här exemplet illustreras väl vad kritiken gentemot det temporala tillrättaläggandet består i. Den för målet mest avgörande händelsen (3) i den abstraherade berättelsen består i att uppgifterna om avtalets slutande *inte* var tillräckligt tydliga för att kunna leda till en förlängning av avtalet. Konstaterandet att påminnelsen inte var tillräckligt tydlig är emellertid följden av domstolens beslut som ännu, vid händelse (3), inte inträffat. Frågan är då om förståelsen av den avgörande händelsen (3) är beroende eller oberoende av bedömningen i målet. Utgör händelse (3) ett faktum, ett objektivt konstaterande av det förflutna, eller utgör händelsen en förståelse av det förflutna som konstitueras först i och med Högsta domstolens narrativ och som därmed är beroende av det rättsliga narrativet för att kunna formuleras som ett faktum? När den narratologiska begreppsapparaten sätts i relation till diskursbegreppet, och i synnerhet det jag i kapitel 3 benämner som *uttrycksdiskurs*, kommer svaret på denna fråga luta mot det senare, det vill säga att det rättsliga narrativet konstituerar den avgörande händelsen mellan parterna.

### 2.2.4.3. Metonymi, metafor och entymem

För att ytterligare konkretisera olika sätt att studera narrativ använder jag även begreppen *metonymier*, *metaforer* och *entymem*. De två förstnämnda begreppen används för att undersöka berättelsernas temporalitet och modalitet, det vill säga dess ordningsföljd respektive distansering. Andersson har uttryckt detta som att metonymi kan sägas befinna sig på ett 'horisontellt led' för de sekventiella analyserna och metaforer på ett 'vertikalt led'.<sup>181</sup> I det horisontella ledet lyfts *syntagmatiska relationer* fram. Dessa skapar mening i texten genom att kombinera de olika händelsemomenten på olika sätt. På det horisontella planet uppstår *metonymier* när enskilda delar av händelseförloppet ger upphov till en upplevd förståelse av helheten.

---

<sup>181</sup> Andersson, Håkan (2006) s. 18ff.

Exempelvis kan förhållandet, att Högsta domstolen presenterar parterna som näringsidkare respektive konsument, skapa syntagmatiska relationer i texten på så sätt att obalansen mellan parterna påverkar förståelsen av andra, och efterföljande, händelser i narrativet. Med efterföljande avses då att de följer efter en annan händelse i *textflödet*, det vill säga i narrativet. Alternativa upplägg där händelser kan placeras enligt olika typer av intriger (exempelvis uppbyggd utefter kronologi, en materiell regel eller en rättsutredande metod) ger potentiellt olika typer av tyngdpunkt och betydelse för berättelsen som helhet. Det är alltså dessa tillrättalägganden i textflödet som ger upphov till metonymier. Ytterligare ett exempel på syntagmatiska effekter i form av metonymier för hur avtalet ska förstås mellan AH och Rehab, består i sekvensen "inte varit föremål för individuell förhandling", vilken slår an ett spår även för de efterföljande delarna av narrativet som handlar om att resonera om en mer generell och allmän avtalsbindning mellan parter som inte gör individuella anpassningar.<sup>182</sup>

I det vertikala ledet återfinns *paradigmatiska relationer* där olika sätt att presentera de enskilda händelsemomenten ger olika effekt för berättelsen som helhet. I det vertikala planet medför *metaforer* att förståelsen av det punktuella får sekventiella effekter.<sup>183</sup> Om parterna hade betecknats som 'avtalsparter' istället för näringsidkare respektive konsument hade det kunnat ge paradigmatiska effekter för förståelsen av texten som helhet, vilket kunde ha inneburit att andra typer av skript, exempelvis skript kopplade till avtalsfrihet, hade lyfts. På samma sätt hade även en annan metafor till avtalsförhandlingen kunnat användas. Istället för att lyfta fram avsaknaden av individuell förhandling hade andra delar av berättelsen, såsom att detta är en vanligt förekommande typ av avtalsbildning eller att det varit fråga om en ömsesidig överenskommelse om en nytthet mellan AH och Rehab, kunnat betonas. När det gäller paradigmatiska relationer, som skapas genom metaforer, handlar det alltså i mindre utsträckning om textflödet och i större utsträckning om narratologiska val för berättelsen som helhet. Exempelvis ger alternativa uttryck såsom händelse, omständighet, fakta och konkret rättsfakta olika associationer och i viss mån olika betydelse för berättelsen som helhet.

*Entymembegreppet* kommer att behandlas och utvecklas närmare i kapitel 4. Redan här ska jag emellertid säga något om begreppet vilket kan härledas till Aristoteles. Med *entymem* avses 'outtalade premisser', vilka åhöraren eller läsaren till en argumentation själv måste fylla i för att skapa koppling mellan uttryckliga påståenden.<sup>184</sup> De underliggande entymemen kan på så sätt sägas ge mening åt de manifesta händelserna i en berättelse.<sup>185</sup> Återigen kan relationen näringsidkare och konsument

---

<sup>182</sup> Jfr Graver, Hans Petter (2010) s. 143.

<sup>183</sup> Andersson, Håkan (2006) s. 19.

<sup>184</sup> Kolflaath, Eivind (2004b) s. 192. Kolflaath använder sig i sin argumentationsanalys av begreppet "implisitte argumenter".

<sup>185</sup> Sherwin, K. Richard (2009) s. 106.

tas som exempel. För den manifesta informationen att AH är en konsument och Rehab är en näringsidkare, finns, vilket jag redan varit inne på, en underliggande premis om en obalans i AH:s och Rehabs relation. Det är detta underliggande entymem som kan medföra de paradigmatiska och syntagmatiska effekter jag givit exempel på vid redogörelsen för *metonymi* och *metafor* tidigare i det här avsnittet. Entymemet bygger här i sin tur på föreställningar, på skript, om hur vi förväntar oss att näringsidkare, genom sin överordnade position, tenderar att få fördelar i förhållande till konsumenten om inte konsumentens position förstärks på olika sätt. En sådan förstärkning kan exempelvis utgöras av att ett otydligt avtal ska tolkas till konsumentens fördel.

## 2.3. Rätten som narrativ

I kapitel 2 har jag påbörjat arbetet med att lägga grunden för de metodologiska begrepp vilka har förmåga att bidra till förståelsen av, samt möjlig kritik av, rättslig argumentation, uttryckt som *rättsliga narrativ*, i civilmål i allmän domstol, vilket är avhandlingens syfte. Jag kommer i det följande frekvent att använda mig av just benämningen *rättsliga narrativ*. Med dessa avser jag en typ av narrativ som går att identifiera i partsinlagor och domskäl i civilmål i allmän domstol.

De rättsliga narrativen bygger på meningsskiljaktigheter mellan två parter vilka är oense om vilken typ av (rättsligt) skript som ska vara vägledande för deras fortsatta relation. Parternas respektive hindrade skript ger upphov till att de genom alternativa intriger försöker leda narrativet mot en upplösning, i form av ett beslut från domstolen, vilket återupprättar deras respektive hotade skript. Domstolen, i vars makt upplösningen av narrativet ligger, behöver emellertid inte förhålla sig till parternas inledande förståelse av vad som utgör ett relevant skript. Domstolen kan *bekräfta* eller *avfärda* men även *transformera* parternas föreslagna skript. Berättelsestrukturen för ett rättsligt narrativ ser därmed ut enligt följande:<sup>186</sup>

- 1) Två parter befinner sig i en grundposition präglad av förväntningar om hur ett gemensamt skript beskriver deras fortsatta relationella handlande.
- 2) Av någon anledning hindras, utifrån den ena eller båda parternas perspektiv, skriptet från att uppfyllas, alternativt att parterna inser att de inte har en gemensam förståelse för vilket skript som ska vägleda deras handlande.
- 3) Parterna argumenterar för på vilket sätt som ett tredje subjekt, domstolen, ska hantera parternas skiftande förväntningar på framtiden.
- 4) Domstolen för narrativet mot sin upplösning genom att i rättsföljden *bekräfta*, *avfärda* eller *transformera* någon av parternas skript (vilket åter säkerställer ett stabilt skript). Domstolens upplösning möjliggör också att narrativet kan ramas in och abstraheras till en rättslig berättelse.

En central aspekt av min definition av rättsliga narrativ är att de kännetecknas av den språkförståelse som förespråkas av Wittgenstein (den senare perioden).<sup>187</sup> Rättsliga

---

<sup>186</sup> Jag förhåller mig här i allt väsentligt till Amsterdams och Bruners sätt att definiera narrativ, Amsterdam, Anthony G. & Bruner, Jerome (2000) s. 113-114.

<sup>187</sup> Se avsnitt 2.2.1 och avsnitt 7.2.2.

narrativ utgör alltså inte några från läsaren (eller narrativforskaren) särskiljbara entiteter. Vad som avses med detta återkommer jag till i kapitel 3.

Vidare har jag i det här kapitlet gett exempel på hur etablerade rättsliga narrativ kan få exkluderande effekter. Ett narratologiskt val innebär med nödvändighet att vissa aspekter av ett händelseförlopp lyfts fram medan andra tonas ned. Detta medför att den narratologiska dimensionen av rättsliga redogörelser aldrig kan anses vara neutrala eller värderingsfria. För att kunna förstå den rättsliga argumentationens exkluderande och inkluderande effekter kommer jag att sätta dem i relation till vad jag i det nästföljande kapitlet benämner som *representationsdiskurs* respektive *uttrycksdiskurs*. Att behandla dessa diskursbegrepp utgör nästa steg (kapitel 3) på vägen mot de mest centrala begreppen för avhandlingen; *rättsliga entymem*, *överdeterminerade subjekt* samt *narrativedissonans*, vilka tillsammans med de konkreta rättsfallsanalyserna återfinns i kapitel 4-6.





### 3. Från rättstillämpning till rättsligt narrativ

Storytelling reveals meaning without committing the error of defining it.<sup>188</sup>

Begreppet *rättsliga narrativ* går att sätta i relation till redan etablerad rättsvetenskaplig metodologi på olika sätt. I det följande kommer jag att jämföra begreppet rättsliga narrativ med begreppet rättstillämpning på en ontologisk, epistemologisk såväl som metodologisk nivå. I kapitlet, och även i avhandlingen som helhet, argumenterar jag för att begreppet *rättsliga narrativ* med fördel kan ersätta och eller komplettera begreppet *rättstillämpning*. Särskilt när det handlar om att genomföra kritiska när-läsningar av rättsligt material. För att belysa och motivera varför ett terminologiskt och metodologiskt skifte från *rättstillämpning* till *rättsliga narrativ* är relevant är kapitlet uppbyggt kring ett antal delavsnitt, låt oss kalla dem för stationer. Var och en av dessa stationer behandlar olika aspekter av begreppen; på vilket sätt de skiljer sig från varandra och på vilket sätt rättsliga narrativ kan komplettera rättstillämpningsbegreppet.

Stationernas namn sammanfaller med kapitlets underrubriker och utgörs av 3.1 *Representationsdiskurs och uttrycksdiskurs* där diskursbegreppet presenteras samt sätts i samband med rättstillämpning och rättsliga narrativ, 3.1.1 *Diskursernas terminologi* där en ackompanjerande terminologi till *rättstillämpning* och *rättsligt narrativ* presenteras, 3.1.2 *Diskursernas ontologi och epistemologi* där fundamentala axiom för respektive begrepp samt kunskapsteoretiska utgångspunkter presenteras, 3.2 *Diskurser om metoder för rättstillämpning* där olika metodologiska förhållningssätt till rättstillämpning hanteras och problematiseras samt det avslutande 3.3 *Rätten som ständigt blivande* där resan från rättstillämpning till rättsligt narrativ når sin ändhållplats.

För att illustrera effekterna av att byta begreppet rättstillämpning till rättsligt narrativ kommer jag fortlöpande under kapitlet att hänvisa till ett av de rättsfallsmaterial jag använder i avhandlingens senare delar. Exemplet är hämtat från NJA 2010 s. 467 (Hansamålet). Målet presenteras på följande sätt i NJA-ingressen:

Läntagare, som fått kredit från ett finansbolag för förvärv av en bostadsrätt, skrev under ett sedvanligt lånedokument ställt till

---

<sup>188</sup> Arendt, Hannah, *Men in Dark Times*. Boston: Houghton Mifflin Harcourt, 1970 s. 195.

finansbolaget eller order. Sedan hela lånesumman återbetalats i förtid till en bank som hade förvärvat fordringen, har fordringen överlåtits vidare i flera led inom kreditväsendet med garanti att det ursprungliga kapitalbeloppet var obetalt. Eftersom låntagarna inte inför överlåtelseerna tillfrågats och bekräftat att det av överlåtaren angivna beloppet var obetalt, har det ansetts att förvärvarna vid tillämpning av 15 § skuldebrevslagen (1936:81) inte var i god tro om betalningen utan stod risken för denna.

Målet handlar om MD och IK som i slutet av 80-talet lånade 110 000 kr för att köpa en bostadsrätt. MD och IK undertecknade i detta syfte ett skuldebrev ställt till Wänlund Finans eller order. Skuldebrevet överläts sedan i flera led, först till Skaraborgsbanken, därefter till Hoist Kredit och slutligen till Hansa (som senare i processen uppgick i bolaget Portfolio). Hansa var kärke i målet och yrkade att MD och IK skulle betala 110 000 kr jämte ränta. MD och IK invände i huvudsak att de redan betalat hela beloppet till Skaraborgsbanken som vid tiden för betalningen var rätt borgenär. Vidare, menade MD och IK, hade de efterföljande förvärvarna av skuldebrevet, Hoist Kredit och Hansa, inte varit i god tro om att skulden var obetald. När målet kom till Högsta domstolen var frågan om MD och IK betalat inte längre aktuell. De hade betalat till rätt borgenär konstaterade både tingsrätten och hovrätten. Högsta domstolen koncentrerade sig istället på frågan om huruvida betalningen kunde göras gällande mot den nuvarande innehavaren av skuldebrevet, det vill säga Hansa.

Majoriteteten i Högsta domstolen gjorde ett antal överväganden avseende frågan om hur god tro ska förstås när löpande skuldebrev överläts. Det fanns flera rättsregler att ta ställning till och inte minst ett motivuttalande till skuldebrevslagen som säger att om en förvärvare av ett löpande skuldebrev varit i god tro angående en brist, såsom att gäldenären redan betalt, kan inte betalningen göras gällande mot en senare innehavare av skuldebrevet oavsett om denne är i god tro eller inte. Med andra ord räcker det enligt motivuttalandet att antingen Hoist Kredit eller Hansa är i god tro avseende att ingen betalning gjorts för att Hansa skulle få lov att kräva MD och IK på betalning på hela beloppet, trots att de redan betalat. Syftet med detta, uttalade Högsta domstolen, är att "skuldebrev lätt ska kunna omsättas". Både Skaraborgsbanken och Hoist hade lämnat garantier vid överlåtelseerna om att det ursprungliga beloppet var obetalt. I målet uttalade sig även Finansbolagens Förening och Svenska Bankföreningen. De båda föreningarna informerade domstolen om att löpande skuldebrev nuförtiden överläts relativt ofta och att det främst sker i stora stockar när kreditgivaren ändrar verksamhetsriktning eller undergår strukturomvandling. Föreningarna lyfte även fram att en eventuell förtida betalning av skuldebrev aldrig antecknas på den här typen av skuldebrev och att skuldebreven inte heller brukar lämnas tillbaka till gäldenären när betalning skett.

Högsta domstolen använde informationen från Finansbolagens Förening och Svenska Bankföreningen för att föra fram argument om att åtminstone de förvärvare som själva tillhör den finansiella sektorn, såsom banker, finansbolag och inkassobolag, "måste inse att det kan finnas uppgörelser eller förtida betalningar som inte framgår av dokumentet i den utsträckning som förutsattes vid skuldebrevslagens tillkomst". Högsta domstolen instämde även i underinstansernas bedömning att skuldebrevslagen inte fungerar tillfredställande i förhållande till en banks kunder i det här avseendet. Domstolen konstaterade sedan att om inte också gäldenären är ett finansiellt institut kan inte förvärvaren längre nöja sig med garantier från överlåtaren. Förvärvaren kan inte heller nöja sig med att undersöka bakomliggande förhållande bara när det finns någon konkret anledning att misstänka en brist i skuldebrevet och det räcker inte att fråga tidigare borgenärsled om betalning gjorts. Nej, för att förvärvaren ska vara i god tro krävs, enligt Högsta domstolen, "att gäldenären inför överlåtelsen tillfrågats och bekräftat jämförelsen med rådande hantering mot den av överlåtaren angivna fordringen". Om en sådan förfrågan inte görs bär innehavaren av skuldebrevet risken för att det kommer en giltig invändning om betalning, såsom det gjorde i det här fallet. Eftersom Hansa (numera Portfolio) inte frågat och fått bekräftelse från MD och IK ska de anses vara i ond tro avseende gäldenärernas betalning och de får, åtminstone i det aktuella målet, alltså skylla sig själva att de förvärvat ett skuldebrev som saknar ekonomiskt värde.

Förhållandena, berättelsen, som redovisats genom min beskrivning av Hansamålet går att förstås som både *rättstillämpning* och som ett *rättsligt narrativ*. De olika perspektiven, eller de olika *diskurserna* som jag snart kommer att börja kalla dem, innebär var för sig att vissa delar av målet uppmärksammas respektive tonas ned. Skillnaderna mellan perspektiven handlar såväl om grundläggande idéer om vad rätten är, det vill säga rättens ontologi, samt om teorier och metoder för att förstå rätten, det vill säga epistemologi och metodologi. Dessa olika typer av skillnader mellan rättstillämpningsbegreppet och rättsliga narrativ kommer att behandlas utförligt i det följande.

### 3.1. Representationsdiskurs och uttrycksdiskurs

För att fördjupa förståelsen av vad en rörelse från rättstillämpning till rättsligt narrativ innebär behövs ett mer sofistikerat verktyg än att påstå att de utgör olika perspektiv eller förhållningssätt. Jag kommer därför att använda mig av begreppet diskurs. Rättstillämpningsbegreppet kommer att behandlas inom ramen för en diskurs som kretsar kring *representationer* av rätten och det rättsliga narrativet kommer att placeras inom ramen för en diskurs som kretsar kring rättens *uttryck*. Vad detta innebär kommer att bli tydligt i det följande.

#### 3.1.1. Diskursbegreppet

*Diskurs* har använts i många typer av sammanhang, alltifrån att beteckna "skrivet och talat språk" till att omfatta "hela den praktik som frambringar en viss typ av yttranden".<sup>189</sup> Eller som den franske filosofen Michel Foucault framhållit: "[D]iskursen är helheten av de avgränsade och avgränsande betecknanden som passerar genom de sociala relationerna".<sup>190</sup> Olika diskursdefinitioner förhåller sig till varandra ungefär som Wittgenstein beskriver användningen av ordet spel, det vill säga att det inte nödvändigtvis är så att det går att definiera en gemensam kärna vilken håller samman alla möjliga definitioner av begreppet diskurs.

Den definition av diskursbegreppet det här avsnittet så småningom kommer att landa i, nämligen *den praktik som frambringar en viss typ av fixering av betydelse inom ett bestämt fält* ligger i linje med diskursbegreppet såsom det utvecklats genom Foucault och därefter av statsvetarna och diskursteoretikerna Chantal Mouffes och Ernesto Laclau.<sup>191</sup> Att definiera diskursbegreppet med *en praktik som frambringar en viss typ av yttranden* säger emellertid inte något om *hur* detta görs eller om vilka komponenter som bidrar till att etablera en diskurs, eller vad som avses med *praktik* eller *fält*. Jag får därför be läsaren att ha visst tålamod innan den här givna definitionen blir begriplig.

---

<sup>189</sup> Bergström, Göran & Boréus, Kristina (2005) s. 307-309.

<sup>190</sup> Foucault, Michel, *Diskursernas kamp*. Stockholm/Stenhag: Symposion, 2008a s. 181.

<sup>191</sup> Foucault, Michel, *Diskursens ordning*. Stockholm/Stenhag: Symposion, 1993 s. 57. Angående snävare diskursbegrepp, se exempelvis Fairclough, Norman & Wodak, Ruth, 'Critical Discourse Analysis', i Van Dijk, Teun A (red.), *Discourse as Social Action* (London: Sage, 1997) s. 262, Van Leeuwen, Theo & Wodak, Ruth, "Legitimizing Immigration Control: A Discourse-Historical Analysis", *Discourse studies*, 1/1 (1999), 83-118 och Fairclough, Norman *Critical Discourse Analysis: The Critical Study of Language* (2). Harlow: Longman, 2010.

En avgörande poäng med ett brett formulerat diskursbegrepp handlar om att skapa ett verktyg för studier av hur olika praktiker används för att legitimera kunskap samt för att peka ut vilka som har rätt att uttala sig med auktoritet inom ett visst fält. Att jag här använder ordet *praktik* handlar om att betona att diskursen utgör ett görande, snarare än en viss mängd text, eller ett fixerat objekt.<sup>192</sup> Detta innebär vidare att diskursen inte är fast, den ändrar sig kontinuerligt allteftersom den fortsätter att praktiseras.<sup>193</sup> Begreppet *praktik* används på många håll i avhandlingen. Jag avser med detta det sammanhang i vilket mening förmedlas.<sup>194</sup> Sådana sammanhang kan exempelvis utgöras av skriftväxlingen inom ramarna för en rättgång. Det är också möjligt att betrakta den rättsvetenskapliga metodologiska teori-bildningen som en typ av praktik. Dessa olika sammanhang kan betraktas som praktiker inom större fält i form av domstolsväsendet, eller rättsvetenskapen.

Diskursbegreppet har visserligen ett språkteoretiskt ursprung men studiet av en diskurs måste inte för den sakens skull begränsas till en språklig praktik i snäv bemärkelse. Diskursen kan ta sig uttryck i praktik, vilken i lingvistisk mening inte brukar betecknas som text.<sup>195</sup> Exempelvis kan domstolens fysiska egenskaper eller associationer till rättens epistemologiska och ontologiska grundantaganden utgöra delar av en språklig rättslig praktik i allmän domstol och därmed även utgöra del av en rättslig diskurs. Laclau och Mouffe illustrerar detta enligt följande:

Låt oss anta att jag håller på att bygga en mur tillsammans med en annan murare. I ett givet ögonblick ber jag min arbetskamrat räcka mig en tegelsten och sen fogar jag den till muren. Den första handlingen – att be om tegelstenen – är språklig; den andra – att foga tegelstenen till muren – är utomspråklig. [...] Uppenbarligen kan denna helhet, arbetet med att bygga muren, om den inkluderar såväl språkliga som icke språkliga element, inte själv vara antingen språklig eller utomspråklig; den måste

---

<sup>192</sup> Mills, Sara, *Discourse*. London: Routledge, 2007 s. 15.

<sup>193</sup> Bergström, Göran & Boréus, Kristina (2005) s. 309.

<sup>194</sup> Alvesson, Mats & Skoldberg, Kaj (2008) s. 216. Den här ingången till praktik respektive diskurs påminner om Giddens 'dubbla hermeneutik', Giddens, Anthony, *New Rules of Sociological Method: A Positive Critique of Interpretative Sociologies*. London: Hutchinson, 1976.

<sup>195</sup> Jag använder mig därmed inte av det diskursbegrepp, vilket annars är vanligt inom diskursanalys, och som skiljer mellan diskursen och dess sociala kontext eller dess diskursiva praktik, jfr Paltridge, Brian, *Discourse Analysis*. London: Bloomsbury, 2012 s. 2. Med text avses här alla typer av meningsbärande teckensystem som kännetecknas av någon typ av sammanhållande ämne och kommunikativ karaktär. Det kan då handla om allt möjligt från skrift till bild, film och andra kulturprodukter. Ibland betecknas detta för "det vidgade textbegreppet", se Bergström, Göran & Boréus, Kristina (2005) s. 16.

föregå denna distinktion. Denna helhet som i sig inkluderar både det språkliga och ickespråkliga, är vad vi kallar diskurs.<sup>196</sup>

Jag gör alltså inte skillnad mellan praktik och diskurs på så sätt att praktik står för något icke-språkligt medan diskurs står för något språkligt, tvärtom ser jag både praktik och diskurs som språkliga uttryck.<sup>197</sup> Skillnaden mellan praktik och diskurs kan snarare beskrivas som att praktiken står för det (mer) omedelbara medan diskursen står för det förmedlade.<sup>198</sup> Diskursen utgör en medveten analytiskt studie av vad en praktik förmedlar och frambringar. Diskursen bestäms därmed i stor utsträckning av diskursanalysens syfte och praktiker kan således innehålla flera diskurser samtidigt. Exempelvis kan en domstolspraktik studeras utifrån i vilken mån den ger uttryck för en diskurs som gör skillnad på män och kvinnor. Samma domstolspraktik kan även studeras utifrån en diskurs som gör skillnad mellan ekonomiska och icke-ekonomiska normer, mellan rättsliga och icke-rättsliga normer eller utifrån en diskurs som betonar insortering av information i tydliga 'representationer'.<sup>199</sup>

När det handlar om vem som anses ha rätt att uttala sig inom ramen för en diskurs använder jag mig av begreppet *subjektposition*, vilket kommer att utvecklas mer i detalj i avsnitt 5.1.2. Subjektpositionen sammanfaller inte med subjektet som helhet utan fokuserar istället på subjektets relationella handlingsutrymme inom en given diskurs.<sup>200</sup> Ett slags möjlighetens filter för olika personer i olika situationer. Det kan i en viss situation finnas flera olika positioner tillgängliga för samma person samtidigt som vissa positioner inte ges något utrymme.<sup>201</sup> En människa kan inta flera olika typer av subjektpositioner såsom att vara student, arbetstagare, medborgare, konsument, vän, avtalspart, grupp, nationalitet, avatar och så vidare. I vissa sammanhang kommer de olika subjektpositionerna att hamna i konflikt med varandra, vilket kan få till effekt att en av positionerna tar utrymme på bekostnad av en annan. Detta betecknas som att subjektet är *överdeterminerat*.<sup>202</sup> I den mån någon identifierar sig med olika subjektpositioner kommer också normer kopplade till subjektpositionerna att påverkas. Exempelvis agerar en person antagligen på olika sätt beroende på om hon betraktar sin nästa som avtalspart eller som make. Diskurs-

---

<sup>196</sup> Laclau, Ernesto & Mouffe, Chantal, 'A Post-Marxism without Apologies', i Laclau, Ernesto (red.), *New Reflections on the Revolution of Our Time* (London: Verso, 1990) s. 100.

<sup>197</sup> Jfr här Fairclough som skiljer mellan tre olika dimensioner av språkbruk, text, diskursiv praktik och social praktik, Fairclough, Norman (2010) s. 132-133. Se även Bladini, Moa (2013) vars diskursanalys i stora delar bygger på Fairclough, s. 31-34.

<sup>198</sup> Alvesson, Mats & Sköldberg, Kaj (2008) s. 216.

<sup>199</sup> Angående insortering vad jag betecknar som 'processrättsliga representationer' se avsnitt 4.1.1.3 och 6.1.7.

<sup>200</sup> Winther Jørgensen, Marianne & Philips, Louise (2000) s. 49.

<sup>201</sup> Se Bergström, Göran & Boréus, Kristina (2005) s. 310, 319.

<sup>202</sup> Smith, Anna Marie, *Laclau and Mouffe: The radical democratic imaginary*. London: Routledge, 1998 s. 98.

teoretikerna Marianne Winther-Jørgensen och Louise Philips påpekar att föreställningen om subjektspositioner innebär en konflikt med den traditionella västerländska uppfattningen om att varje person är en autonom och självständig enhet.<sup>203</sup> Även detta återkommer jag till i kapitel 5.

I underinstanserna i Hansamålet ges exempel på hur en av parterna i målet, MD, ges handlingsutrymme utifrån skiftande subjektspositioner. En av dessa handlar om att MD inte anses vara insatt i finansbranschen och att han därmed är oförstående till hur löpande skuldebrev fungerar. Att MD positioneras på det sättet är avgörande för frågan om MD och IK betalat till rätt borgenär. MD har i processen nämligen uppgett att han är säker på att han betalat till Wänlund, som är fel borgenär. Detta uttalande tas emellertid inte någon hänsyn till. Tingsrätten resonerar enligt följande:

Det finns emellertid omständigheter som talar för att MD faktiskt betalade till Skaraborgsbanken. För det första har under förhöret med honom framgått att han inte är bekant med att skuldebrevet kunde överlätas av den som beviljat krediten till annan. Han har också, som nämnts ovan, fortlöpande betalt lånekostnaden på de inbetalningsavier han fått och då utan att få påminnelser eller annan uppmaning att betala kostnaden till annan än den på betalningsavin antecknade mottagaren. Detta talar med styrka för att betalningsmottagaren varit rätt borgenär, dvs. Skaraborgsbanken. Med hänsyn till MD:s okunskap om finansvärlden är det inte osannolikt att han inte närmare observerat vem som stod antecknad som mottagare av betalningen och därför trots att betalningsmottagaren var identisk med kreditgivaren.

Domstolens konstaterande att betalning skett till rätt borgenär innebar att MD behövde placeras i en subjektsposition där hans eget uttalande saknade värde. Detta föranleder dock inte att *alla* MD:s ageranden i processen ska lämnas utan avseende. Om MD under processen bestämde sig för att medge talan i målet skulle ett sådant uttalande antagligen ha varit svårare att bortse från även om vi förmodar att MD är lika obekant med rättsväsendet som han är med finansvärlden. Rättstvistsens olika sammanhang innebar på så sätt skiftande positioner i förhållande till MD:s förväntade rationalitet.

En viktig poäng med diskursbegreppet är att det synliggör hur olika praktiker möjliggör kunskap men samtidigt utestänger kunskap. Rättsliga diskurser skapar således möjlighet för vissa subjektspositioner att ingå som rättsliga medan andra

---

<sup>203</sup> Winther Jørgensen, Marianne & Philips, Louise (2000) s. 21.



subjektspositioner utestängs.<sup>204</sup> Inom ramen för det rättsliga vetandet kan det då sägas etableras en *avskiljandets logik*, vilken skiljer det rättsligt möjliga från det rättsligt omöjliga och otänkbara.<sup>205</sup>

Hittills har jag uppehållit mig med att definiera diskursbegreppet som ett sätt att studera hur en praktik möjliggör vissa typer av yttranden framför andra. För att förstå hur detta görs på en mer teknisk nivå behövs ett antal underordnade begrepp i förhållande till diskurs. De underordnade begreppen bygger på Laclau och Mouffes samt Winther-Jørgensens och Philips begrepp för diskursanalys. Dessa kommer nu att radas upp i tur och ordning.

Den minsta beståndsdelen jag kommer att hantera inom diskursen utgörs av *tecknet*. Tecken har sin grund i de Saussures särskiljande mellan det betecknande och det betecknade (*signifiant/signifie*) vilket jag redogjorde för i kapitel 2.<sup>206</sup> Det betecknande avser ett uttryck såsom exempelvis 'rätt'. Det betecknande 'rätt' skiljs från andra betecknanden genom uttal eller skrift. Rätt är inte detsamma som 'ratt' eller 'ätt'. Det betecknade skiljs, å andra sidan, från andra tecken genom de föreställningar som kopplas till rätt såsom 'icke-rätt', 'rättskälla', 'rättvisa', 'lagstiftning', 'makt', 'politik' och 'samhälle' med mera.<sup>207</sup>

En annan beståndsdel utgörs av diskursens *element* vilka består av de tecken som är öppna, det vill säga vars betydelse i mindre grad är fixerade och där betydelsen uppenbart är mångtydig.<sup>208</sup> Diskursens *moment* utgörs av de tecken som i större grad är på väg mot slutenhet. *Nodalpunkter* består av de nyckelord kring vilket diskursen kretsar och mot vilka en mängd associationer rör sig. För många rättsliga diskurser kan exempelvis tecknet *rättskälla* sägas utgöra en nodalpunkt. I olika rättsliga diskurser kan det emellertid vara skiftande i vilken mån tecknet *rättskälla* utgör ett moment eller ett element, det vill säga huruvida *rättskälla* används som ett tecken med en klart fixerad innebörd alternativt om texten problematiserar betydelsen av vad som utgör en *rättskälla*. *Flytande signifikanter* utgörs av de tecken vilka olika konkurrerande diskurser försöker ge innehåll åt på sitt sätt och som därför

---

<sup>204</sup> Foucault, Michel (1993).

<sup>205</sup> Svensson, Eva-Maria, *Genus och rätt: en problematisering av föreställningen om rätten*. Uppsala: Justus, 1997.

<sup>206</sup> Bergström, Göran & Boréus, Kristina (2005) s. 315-316.

<sup>207</sup> Gustafsson lyfter fram ett antal dikotomier som används som avskiljande betecknande moment inom rättsliga diskurser: *Internt – Externt, Rättsvetenskap – Rättspolitik, Autonomi – Osjälvständighet, Förutsebarhet – Rättsosäkerhet, Fakta – Värde, Objektivitet – Subjektivitet, Deskriptivitet – Normativitet, Relevans – Irrelevans, De lege lata – De lege ferenda, Rättskällor – Kunskapskällor, Varat – Börat, Koherens – Inkoherens*, Gustafsson, Håkan (2011) s. 37.

<sup>208</sup> Laclau, Ernesto & Mouffe, Chantal, *Hegemonin och den socialistiska strategin*. Stockholm: Vertigo, 2008 s.157-159, Bergström, Göran & Boréus, Kristina (2005), Bergström, Göran & Boréus, Kristina (2005) s. 316.

pendlar mellan konkurrerande betydelse.<sup>209</sup> Även här kan *rättskälla* användas som exempel där skiftande rättsteoretiska diskurser försöker lägga beslag på, och bestämma betydelsen för, vad tecknet *rättskälla* betecknar.

När jag i det här kapitlet försöker knyta rättslig argumentation till rättsliga narrativ, snarare än till rättstillämpning, kan *rättslig argumentation* sägas vara en flytande signifikant. Rättstillämpning och rättsligt narrativ kan här sägas utgöra nodalpunkter inom de diskurser jag i det följande kommer att beteckna *representationsdiskursen* respektive *uttrycksdiskursen*.<sup>210</sup>

*Artikulation* utgörs av den process då ord sätts i relation till varandra och handlar om diskursens försök att göra element till moment, det vill säga att reducera elementens mångtydighet till entydighet. Både ett rättsligt narrativ och en rättstillämpning kan sägas utgöra ett exempel på en artikulering vilken bidrar till att producera en rättslig diskurs.

Diskursen formas kring nodalpunkterna och de moment som därifrån får sin betydelse. Artikuleringsprocessen där teckens betydelse utkristalliseras innebär att vissa betydelse exkluderas. Alla de betydelsemöjligheter vilka utesluts kan beskrivas som det *diskursiva fältet*, det vill säga potentiella beteckningar som inte ges utrymme inom en diskurs.<sup>211</sup> Exempelvis skulle en naturrättslig förståelse av *rättskällebegreppet* kunna sägas tillhöra det diskursiva fältet för en diskurs som kretsar kring en rättspositivistisk nodalpunkt. Det diskursiva fältet kan å ena sidan handla om ganska avlägsna betydelserelationer men det kan å andra sidan även handla om konkurrerande närliggande diskurser.<sup>212</sup> Ett kluster av sådana kan kallas för *diskursordning*.<sup>213</sup> Att diskursen produceras genom artikuleringar innebär att den inte kan förstås som något fast och beständigt utan snarare som en process vilken strävar efter att göra element till moment. Diskursen är därför under ständigt blivande.<sup>214</sup> Den diskursiva processen, som strävar mot slutenhet, kommer emellertid aldrig att

---

<sup>209</sup> Bergström, Göran & Boréus, Kristina (2005) s. 216, Winther Jørgensen, Marianne & Philips, Louise (2000) s. 33. Begreppet kommer ursprungligen från den strukturalistiske entografen Claude Lévi-Strauss, se Brügger, Niels & Vigsø, Orla (2004) s. 53ff.

<sup>210</sup> Se avsnitt 3.1.2 och framåt.

<sup>211</sup> Laclau, Ernesto & Mouffe, Chantal (2008) s. 169.

<sup>212</sup> Laclau, Ernesto & Mouffe, Chantal (2008) s. 166-167.

<sup>213</sup> Angående *diskursordning* se Winther Jørgensen, Marianne & Philips, Louise (2000) s. 134. Winther Jørgensen och Philips har skapat ett integrerat perspektiv där diskursordningsbegreppet är något omarbetat jämfört med Fairclough som antagligen har det mest etablerade diskursordningsbegreppet, se Fairclough, Norman, *Discourse and Social Change*. Cambridge: Polity Press, 1992 s. 219.

<sup>214</sup> Se Andersen, Niels Åkerström, *Discursive analytical strategies: Understanding Foucault, Koselleck, Laclau, Luhmann*. Bristol: The Policy Press, 2003 s. 51. På så sätt blir diskursbegreppet även mer förenligt med Wittgensteins 'icke-systematiserande' förhållningssätt till språket.

fullständigt lyckas eftersom möjligheterna till nya betydelser för fixerade moment alltid finns kvar. Alla moment är således potentiella element.<sup>215</sup>

Jag dristar mig här till att upprepa definitionen av diskursbegreppet med förhoppningen om att definitionen, i ljuset av det som nu anförts, är mer begriplig. Begreppet *diskurs* definieras inom avhandlingens syfte som *den praktik vilken frambringar en viss typ av fixering av betydelse inom ett bestämt fält*.<sup>216</sup>

Definitionen ger anledning att ställa en följdfråga om vad som avses med ordet *fält*, vilket föranleder att jag närmar mig frågan om diskursbegreppets användning inom ramarna för den här studien. Det fält som här kommer att vara aktuellt utgörs av praktik inom ett visst område såsom 'skriftliga rättsliga uttryck i allmän domstol' eller 'processrättslig teoribildning kretsande kring begreppet *rättsfaktum*'. Med fält avses därmed detsamma som *det område som gjorts till studieobjekt*.<sup>217</sup> Detta innebär att jag använder diskursbegreppet för att studera ett visst sammanhang, till exempel ett domskäl, eller en viss processrättslig terminologi. Diskursbegreppet utgör därmed i den här avhandlingen ett metodologiskt verktyg för att studera ett valt fält, snarare än ett påstående om att ett visst fält utgör ett intressant studieobjekt. Valet av material föregår därmed diskursbegreppet.<sup>218</sup> Jag väljer först material för att sedan studera det som ett diskursivt uttryck. Detta innebär alltså att både praktiken och diskursens gränser sätts strategiskt i förhållande till forskningens syfte.<sup>219</sup> Diskursbegreppet bidrar i det sammanhanget, i komplement med den narratologiska begreppsapparaten, till att kunna tala om hur texten åstadkommer olika typer av skillnadsgöranden.<sup>220</sup> När jag fortsättningsvis talar om diskurser handlar detta i allt väsentligt om att studera rättslig argumentation och rättslig metodologi utifrån de två olika diskurser vilka jag benämner *representationsdiskurs* respektive *uttrycksdiskurs*.<sup>221</sup> De praktiker, i vilka dessa diskurser studeras, utgörs av skriftväxling och domskäl i civilmål i allmän domstol samt teoribildningen som kretsar kring begreppet rättsfakta. Dessa praktiker presenteras och analyseras i kapitel 4-6.

Som om inte detta var nog används diskursbegreppet även på ytterligare ett sätt i avhandlingen. Det handlar då om fraser med deskriptiva ambitioner såsom

---

<sup>215</sup> Winter et al. s. 36. Med *diskursiv* avses här att yttranden blir meningsfulla först om de tillrättaläggs inom en viss diskurs.

<sup>216</sup> Winter et al. s. 3.

<sup>217</sup> Jfr Winther Jørgensen, Marianne & Philips, Louise (2000) s. 136-137 som anlägger ett liknande förhållningssätt till bestämningen av diskursanalytiska avgränsningsfrågor.

<sup>218</sup> Angående valet av material se avsnitt 1.3.2.

<sup>219</sup> Winther Jørgensen, Marianne & Philips, Louise (2000) s. 137. Se även Burr, Vivien, *An Introduction to Social Constructionism*. London: Sage, 1995 s. 175.

<sup>220</sup> Det bör här vidare påpekas att jag visserligen har förespråkat en diskursdefinition vilken betonar hela den praktik som möjliggör en viss typ av yttranden men att det material jag studerat inom ramen för avhandlingen endast består av skriven text. Det innebär att många av de tecken som bidrar till den diskursiva praktiken för rättslig argumentation, genom den institutionella miljön eller genom muntliga förhandlingar, inte har studerats.

<sup>221</sup> Se avsnitt 3.1.2.

'rättskällor utgör ett centralt begrepp i rättsliga diskurser' eller 'vissa avgörande normer tar inte plats inom rättsliga diskurser för domskäl'. Dessa uttalanden utgör påståenden om att det förekommer etablerade diskurser inom olika rättsliga praktiker. Använt på detta sätt utgör diskursbegreppet inte längre enbart ett analysredskap utan även ett påstående om att en viss praktik generellt sett förstås och uttrycks på ett visst sätt. Det är min uppfattning att det framgår av sammanhanget när diskursbegreppet används på det ena eller andra sättet, ofta genom att den deskriptiva ansatsen förenas med ordet 'etablerad' (diskurs).<sup>222</sup> Vad som utgör en etablerad diskurs är förstås inte oproblematiskt och ytterst sett en empirisk fråga.<sup>223</sup> Slutligen använder jag även uttrycket 'diskursiv' eller 'diskursiva' på olika ställen i texten. Med detta avser jag att något begripliggörs i diskursteoretisk mening. Exempelen 'en diskursiv förståelse av rättstillämpning' eller en 'rättsvetenskaplig metods diskursiva uttryck' handlar således om att betrakta rättstillämpningen eller rättsvetenskaplig metod i ett diskursteoretiskt perspektiv.

Låt oss nu blicka åter mot begreppen 'rättstillämpning' och 'rättsligt narrativ' i förhållande till Hansamålet. Båda begreppen kan alltså sägas utgöra centrala moment (nodalpunkter) i olika diskursiva sätt att förstå rättsligt görande. Den första och mest uppenbara skillnaden mellan begreppen är att 'rättstillämpning' lyfter fram hur (objektet) rätt *tillämpas* på *något* (exempelvis 'fakta som är avgränsade till tid och rum') medan 'rättsliga narrativ' betonar hur händelser (fakta) och normativt innehåll (rätt) konstitueras av det rättsliga narrativet. I Hansamålet utgörs exempelvis den i rättsfallet presenterade regeln om att 'gäldenären inför överlåtelsen ska tillfrågas och bekräfta jämförelsen med rådande hantering mot den av överlåtaren angivna fordringen' en del av rätten som tillämpas på faktumet att 'Hansa inte har tillfrågat MD och IK om överlåtelsen av skuldebrevet'. Men situationen kan även beskrivas som ett rättsligt narrativ där parterna förväntat sig olika upplösning av sina respektive problem (att få betalt respektive att slippa att betala) och där upplösningen av narrativet blivit avhängig överväganden från ett tredje subjekt, Högsta domstolen, vars förståelse av händelserna skiljer sig från både Hansa och MD och IK. Den händelse, vilken till slut bidrar till narrativets upplösning, kan närmast beskrivas som en icke-händelse, det vill säga att sekvensen att Hansa *inte* frågat MD och IK om överlåtelsen utgjorde ett fakta/händelse som *blev till* i samband med att narrativet krävde en upplösning. Både norm och fakta kan därmed sägas vara en produkt av Högsta domstolens argumentation, ett uttryck, snarare än en representation av 'rätten' och 'verkligheten'. Begreppen representation och uttryck framstår här antag-

---

<sup>222</sup> Jag har valt att använda uttrycket 'etablerad' snarare än starkare uttryck såsom 'dominerande' eller 'hegemonisk'. Orsaken till detta är att jag inom ramen för den här studien inte undersöker diskursernas genomslag i bredare bemärkelse. Den undersökning som skisseras i avsnitt 7.3. skulle emellertid kunna utgöra underlag för studier av 'dominerande' diskurser för rättsliga praktiker samt identifiering av *hegemoniska relationer* i den bemärkelse begreppet används av Laclau och Mouffe, se Laclau, Ernesto & Mouffe, Chantal (2008) s. 28.

<sup>223</sup> Jfr Winther Jørgensen, Marianne & Philips, Louise (2000) s. 134.

ligen alltså något diffusa. Dessa begrepp kommer att presenteras mer utförligt i de nästkommande avsnitten 3.1.2 och 3.1.3.

### 3.1.1.1. Diskursteori och narratologi i förening

Jag vill i det här skedet stanna upp något för att kort beröra frågan om kombinationen av narratologiska och diskursteoretiska inslag. Att försöka åstadkomma en sådan kombination är enligt min kännedom inte någon vedertagen analysmetod, varken inom rättsvetenskapen eller inom andra kunskapsfält.

I det föregående avsnittet har jag presenterat ett diskursbegrepp vilket betonar diskursernas ständiga produktion, och hur diskursbegreppet kan användas som ett metodologiskt begrepp snarare än som ett sätt att representera något som 'redan finns därute'. Detta passar även väl in med de narrativbegrepp vilka jag behandlat i kapitel 2, vilka också kännetecknas av en språkvetenskaplig utgångspunkt, med grund i den sene Wittgenstein, som betonar språket, och narrativets, användning snarare än att försöka tillrättalägga berättarstrukturer som skulle kunna sägas 'existera i sig', frikopplade från mötet med läsaren. Poängen med diskursbegrepp som komplement till den narratologiska begreppsapparaten är att ge möjlighet till ett sammanhang, en omgivning i wittgensteinsk mening, där resultatet från undersökningar med den narratologiska begreppsapparaten kan placeras och tolkas. De narratologiska analyserna kan alltså ges en tolkningsbakgrund, exempelvis genom att de sätts i samband med begreppen *representationsdiskurs* och *uttrycksdiskurs*. Diskursbegreppet ger här, enligt min mening, mer nyanserade möjligheter att kunna reflektera över de rättsliga narrativens användning samt inkluderande och exkluderande verkan jämfört med vad exempelvis det narratologiska begreppet *berättelse* kan erbjuda. Detta eftersom diskursbegreppet erbjuder ett bredare och mer övergripande perspektiv. Vidare ger diskursbegreppet möjlighet att sätta de rättsliga narrativen i relation till representationer respektive rättsliga uttryck. Men vad detta innebär får dessvärre avvaktas till dess att jag i de nästkommande avsnitten behandlar begreppen *representationsdiskurs* respektive *uttrycksdiskurs*. Jag återkommer även till diskursbegreppets betydelse i förhållande till narratologin i de avslutande avsnitten för kapitel 4, 5 och 6.

Även i de följande avsnitten, när jag ger exempel på hur Hansamålet kan förstås med hjälp av *representationsdiskursen* och *uttrycksdiskursen*, utgör detta exemplifieringar på hur den narratologiska begreppsapparaten samverkar med den diskursteoretiska. Jag vill dock även påpeka att den fulla potentialen, av att sammanlänka narrativanalys och diskursanalys på det sätt som förespråkas här, kräver mer omfattande undersökningar än de som genomförs inom ramen för den här avhandlingen, vilken som bekant huvudsakligen syftar till att utgöra underlag för metodutveckling. Skisser till sådana mer omfattande undersökningar diskuteras i avhandlingens avslutande kapitel.

### 3.1.2. Diskursernas terminologi

För att förstå mer om hur diskurser kopplade till begreppen 'rättstillämpning' (ett centralt begrepp inom representationsdiskursen) och 'rättsligt narrativ' (ett centralt begrepp inom uttrycksdiskursen) fungerar kommer jag i det följande att redogöra för vilka nodalpunkter som kännetecknar respektive diskurs samt vilka ontologiska och epistemologiska grunder representation respektive uttryck bygger på. Redogörelsen kommer att göras i en spiralrörelse där jag inleder med att kortfattat definiera *representation* och *uttryck* för att sedan gå vidare mot fördjupande förklaringar.

Med *representation* avser jag, förenklat uttryckt, ett påstående som ersätter eller substituerar verkligheten.<sup>224</sup> Påståenden om rätten, eller om de fakta rätten ska tillämpas på, kan förstås just som representationer. Föreställningar av positivistisk karaktär såsom idén om den 'gällande rätten', utgör exempelvis en representation vilken gör anspråk på att berätta vad rätten *är* på ett sådant sätt att påståendet om rätten och rätten själv står i ett-till-ett förhållande med varandra. Även påståenden om fakta (processrättsliga sakfrågor) kan utgöra representationer. Påståendet att MD och ID har slutbetalat sin skuld representerar något som har inträffat i 'verkligheten', en händelse, fakta, existerande i tid och rum.

Med *uttryck* avser jag, återigen förenklat uttryckt, påståenden som inte är tänkta att representera verkligheten utan istället är medskapare av densamma. Verkligheten är inte bara summan av de ögonblicksbilder som representerar varje given position i tid och rum. Påståenden om verkligheten har i sig betydelse för vilken fortsatt riktning förståelsen av verkligheten kommer att ta. De påståenden, vilka är relaterade till konflikten mellan MD och ID å ena sidan och Hansa å den andra, är därmed inte bara representationer av rättsliga normer och inträffade händelser, utan är konstituerande påståenden vilka bidrar till att skapa förståelsen av vad som hände och i vilken riktning domstolen ska påverka den fortsatta händelseutvecklingen mellan parterna.<sup>225</sup>

De två diskurser som här kommer att behandlas kan sägas bygga på var sitt kluster av begrepp. För representationsdiskursen är begreppen *norm*, *normtillämpning* (*rättstillämpning*), *fakta*, *kausalitet* och *system* centrala och för uttrycksdiskursen är begreppen *skript*, *narrativ*, *berättelse*, *intrig* och *diskurs* centrala. Begreppen förhåller sig

---

<sup>224</sup> Representation och uttryck är hämtade från Mussawirs begrepp *representation* och *expression* (eng), Mussawir, Edward, *Jurisdiction in Deleuze: The Expression and Representation of Law*. Abingdon: Routledge, 2011.

<sup>225</sup> Jfr Cooren, Francois, 'In the Name of the Law: Venrtiloquism and Juridical Matters', i Mcgee, Kyle (red.), *Latour and the passage of law* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2015), 235-272 s. 236: "[P]articipants in legal processen constantly make facts, principles, precedents and texts of law."

till varandra på så sätt att de fyller liknande funktioner inom respektive diskurs, vilket illustreras genom figur 1.

Figur 1. Diskursernas terminologi

Rätt som representation		Rätt som uttryck	
Normtillämpning	---	Narrativ	
Norm	---	Skript	
Fakta	---	Berättelse	
Kausalitet	---	Intrig	
System	---	Diskurs	

Rättsliga *narrativ* är således tänkta att kunna ersätta *normtillämpning*, *skript* ersätter *norm*, *berättelse* ersätter *fakta* och så vidare. De narratologiska begreppen har redan presenterats i kapitel 2 men kommer här att nämnas återigen för att på ett mer konkret sätt placeras i sitt rättsliga metodologiska sammanhang. Representationsdiskursen och uttrycksdiskursen kan båda sägas utgöra en del av en rättslig diskursordning. Genom att artikulera att den rättsliga argumentationen kretsar kring tecken såsom *rättsfakta* och *subsumtion* (normtillämpning) framhävs andra aspekter av rätten jämfört med att artikulera den rättsliga argumentationen kring narratologiska tecken såsom *skript*, *narrativ*, *entymem* och *subjektsposition*. Den förstnämnda artikuleringen kan sägas äga rum inom en representationsdiskurs medan det sistnämnda utgör en artikulation inom en uttrycksdiskurs.

### 3.1.2.1. Representationsdiskursens begrepp

Det mest grundläggande begreppet för en rättslig representationsdiskurs är enligt min mening begreppet *norm*. Medveten om att normbegreppet går att förstå på en mängd olika sätt har jag låtit ett standardverk inom svensk allmän rättslära, Aleksander Peczeniks *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, utgöra utgångspunkt för den här aktuella terminologin. Peczenik inleder sin definition av normbegreppet genom att skilja mellan praktiska satser och teoretiska satser.<sup>226</sup> De senare utgör påståenden, representationer, vilka är deskriptiva och kan vara sanna eller falska.<sup>227</sup> 'Jorden är rund' utgör en teoretisk sats som antingen kan vara sann eller falsk. Normer, däremot, tillhör de praktiska satserna och i sina rättsliga format kännetecknas normerna av att de påbjuder, tillåter eller förbjuder. Med *rättsnormer* avses normer som går att härleda till en så kallad *rättskälla*, vilken kan sägas utgöra en särskild typ av norm som bestämmer varför en viss norm ska anses vara rättslig.<sup>228</sup> Samlingen av rättskällennormer betecknas ofta för *rättskällevärdet*. Peczenik spaltar upp rättskällorna, det vill säga källor till rättsnormer, enligt följande:

Källor som *skall* beaktas:

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

Källor som *bör* beaktas:

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

---

<sup>226</sup> Vilket kan härledas till den rättsrealistiska traditionen och Axel Hägerströms åtskillnad mellan utsagor om verklighetens beskaffenhet och värdeomdömen, Se Lyles, Max, *A call for scientific purity: Axel Hägerström's critique of legal science*. Stockholm: Institutet för rättshistorisk forskning, 2006 s. 57f och Samuelsson, Joel (2008) s. 566.

<sup>227</sup> Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*. Stockholm: Nordstedts Juridik, 1995 s. 159.

<sup>228</sup> Peczenik, Aleksander (1995) s. 209.



Källor som får åberopas:

- Institutionella rekommendationer av olika slag, exempelvis Skatteverkets och Konsumentverkets anvisningar.
- Beslut såsom: domar och myndigheternas beslut som ej utgör prejudikat, prejudikat som inte direkt berör den tolkade lagtexten.
- Material som står i samband med lagstiftningen såsom: förarbeten som inte direkt berör den tolkade lagtexten, lagförslag, upphävda lagar om de har fortsatt normativ aktualitet, särskilda yttranden i HD.
- Den rättsvetenskapliga litteraturen.
- Utländsk rätt.
- Informellt material såsom: övrigt material som visar innebörden av sedvänjor, annat material som visar de inom olika samhällsgrupper härskande värderingarna, tex uttalanden av personer som deltagit i lagstiftningsarbetet.<sup>229</sup>

Peczenik hävdar även med stöd från NJA 1981 s. 1050 (det vill säga en rättskälla som bör beaktas) att argument, vilka saknar formell koppling till en rättskälla, kan vara juridiskt relevant om vår rättsliga kultur tvingar oss att beakta argumentet i juridisk argumentation. Detta innebär bland annat att även så kallade *sakskäl* kan utgöra rättsligt relevanta normer och det är då snarare innehållet än den auktoritativa grunden som är avgörande.<sup>230</sup> Peczenik menar att argument vilka bygger på "sakens natur", vissa etiska grundsatser och historisk kunskap om relevanta omständigheter vid lagens tillkomst etcetera är argument som enligt rättskällennormerna får åberopas. Bland normer som *inte* tillhör rättskällevärdet nämner Peczenik uttalanden från politiska partier eller intresseorganisationer, föredrag av enskilda personer, utläggningar i massmedia och "så kallade aktuella strömningar".<sup>231</sup> Gemensamt för denna uppräknings tycks vara att den är kopplad till vissa positioner från vilka innehåll i argument inte får emanera, snarare än att det skulle handla om en viss typ av argument som är otillåtna. En viktig komponent i Peczeniks rättskällära är att den endast fungerar som ett '*Prima facie*'-instrument. Det innebär att det är en provisorisk hierarki vilken endast gäller som en utgångspunkt. Om det finns tillräckligt starka motskäl kan argumentens viktning omvärderas i det enskilda fallet.<sup>232</sup>

Ett annat standardverk inom den svenska rättsvetenskapen, Stig Strömholms *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, erbjuder också en uppräknings av de för den svenska rättsordningen relevanta rättskällorna. Till rättskällorna hör enligt Ström-

---

<sup>229</sup> Peczenik, Aleksander (1995) s. 214-216.

<sup>230</sup> Peczenik, Aleksander (1995) s. 208.

<sup>231</sup> Peczenik, Aleksander (1995) s. 216-217.

<sup>232</sup> Peczenik, Aleksander (1995) s. 220, 225.

holm lagbestämmelser, förarbetsuttalanden, rättspraxis, sedvänjor, bland jurister företrädda uppfattningar samt sakskäl. Strömholm påpekar även att rättskälleprinciperna i sig utgör en rättskälla.<sup>233</sup>

Det centrala för förståelsen av rättsnormer för den här framställningen är emellertid inte varifrån de hämtar sitt innehåll, eller hur normerna ska förstås, utan normernas relation till teoretiska satser, det vill säga icke-normativa påståenden om verkligheten, *fakta*.<sup>234</sup> Det är denna relationella koppling mellan normer och fakta som brukar kallas för *normtillämpning* eller *rättstillämpning*.

Med *fakta* avses i den här framställningen (som en del av en representationsdiskurs) huvudsakligen teoretiska satser om de mellanmänniska konflikter rättsnormer refererar till. Ett påstående om att 'Lisa lånat pengar av Maria och att Maria inte betalat tillbaka pengarna i tid' utgör exempelvis en sådan teoretisk sats. På vilket sätt teoretiska satser om fakta kan anses vara en del av verkligheten återkommer jag till i avsnitt 3.1.2.

I en diskurs som bygger på rättslig representation sätts normer i dikotomatiskt förhållande till fakta på sättet att de är gemensamt uttömmande och ömsesidigt uteslutande. Normer kopplas samman med vad som *bör vara* och fakta kopplas samman till vad som *är*.<sup>235</sup> Relationen mellan vad som är och vad som bör vara är emellertid inte helt klar. Enligt Hannu Klami innebär steget, från det som är till det som bör vara, alltid en form av transformation eftersom det utgör en värdering av teoretiska satser enligt följande:

- 1) Det finns/kan finnas ett sakförhållande.
- 2) Detta förhållande är önskvärt.
- 3) Om man gör X i situationen Y uppnår man sannolikt förhållandet.
- 4) I situationen Y bör man göra X.<sup>236</sup>

---

<sup>233</sup> Strömholm, Stig, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*. Stockholm: Nordstedts Juridik, 1996 s. 321. Strömholm ger även, likt Harts yttre synvinkel för igenkänningsregeln, en yttre definition av rättskällor enligt följande: "Med rättskällor förstås dels samtliga faktorer som vägleder domstolarna (eller andra myndigheter) vid valet eller uppställandet av de normer vilka skall tillämpas i konkreta fall, dels dessa normer själva." s. 319. Vi återkommer till detta i avsnittet 3.1.3.

<sup>234</sup> Viss begreppsförvirring uppstår därmed i en processrättslig kontext, vilket jag kommer att återkomma till i kapitel 4. Detta innebär vidare att jag här inte kommer att rikta kritik mot rättskällevärdet i sig. Sådan är emellertid inte svårfunnen, se exempelvis Gräns, Minna (2013b) s. 32-45, där ett antal grundläggande svårigheter med rättsvetenskapliga tillrättslaggande av rättskällevärdet tas upp.

<sup>235</sup> Tuori, Kaarlo (2002) s. 7.

<sup>236</sup> Baier, Matthias & Svensson, Måns, *Om normer* (1 uppl.). Malmö: Liber, 2009 s. 50, Klami, Hannu Tapani, *Three essays on the theory of legal norms*. Helsingfors: Suomalainen tiedeakatemia, 1986.

Det är det fjärde steget som utgör en transformation från varat till bört, vilket enligt Klami aldrig kan vara slutgiltigt eftersom det innebär alltför komplicerade utvärderingar om varat.<sup>237</sup> Mathias Baier och Måns Svensson påpekar att detsamma gäller för steget från bört till varat, det vill säga att det även här finns ett mått av transformation.<sup>238</sup>

Neil MacCormick försöker fånga relationen mellan representationer för varat och bört, det vill säga relationen mellan fakta och norm, i ett exempel om att stå i kö. En norm utgörs enligt MacCormick av ett handlingsdirigerande böra (an action-guiding 'ought'). Detta kan exempelvis handla om uppfattningen att jag bör ställa mig i kö och vänta på min tur, eller att jag bör avstå från att orsaka andra människor skada.<sup>239</sup> Samtidigt påpekar MacCormick att normens innehåll kan vara mycket svår att representera och att många människor ofta köar utan att vid något tillfälle ha reflekterat över att de följer en norm med en viss definition. Han gör ett försök att formulera 'kö-normen' enligt följande:

In cases where people seek a service or opportunity that cannot be supplied to everybody simultaneously, each ought to take their place in line after any one who arrived earlier at the point of service or place of opportunity, and each is entitled to go ahead of any who arrived later, and entitled to expect others to observe this, and to respond critically or even obstructively towards people who jump the line.<sup>240</sup>

Poängen med 'kö-normen' är att den på ett abstrakt sätt fångar den normativa idén om köande (bört) och att den går att omformulera på mer konkreta sätt för olika typer av situationer (varat). Köande är dock, enligt MacCormick, inte beroende av just den här föreslagna definitionen av normen.<sup>241</sup> Normen kan på så sätt sägas vara sekundär i förhållande till aktiviteten att stå i kö.<sup>242</sup> Normen föregår inte det gemensamma handlandet och kan inte reduceras till detta. Men att ett sådant samhällligt agerande görs innebär en implicit referens till normer kopplade till köande.<sup>243</sup> Även om norm och fakta alltså hålls isär växelverkar de ständigt med varandra.

För att forma en normativ ordning som liknar en rättsnorm krävs enligt MacCormick någon typ av ömsesidig förståelse av vad 'bört' innebär i vissa typer av

---

<sup>237</sup> Baier, Matthias & Svensson, Måns (2009) s. 50.

<sup>238</sup> Baier, Matthias & Svensson, Måns (2009) s. 51-52. Jfr även Teubners 'regulativa trilemma', Teubner, Gunther (1987).

<sup>239</sup> MacCormick, Neil, *Institutions of Law*. Oxford: Oxford University Press, 2007 s. 14-15.

<sup>240</sup> MacCormick, Neil (2007) s. 15.

<sup>241</sup> MacCormick, Neil (2007) s. 15.

<sup>242</sup> Detta med att fokusera på aktiviteten istället för normer är något som jag återkommer till i kapitel 7 i en diskussion i förhållande till Wittgensteins sätt att se på regel användning.

<sup>243</sup> MacCormick, Neil (2007) s. 15-17.

situationer. Även denna typ av övergripande ordning kan enligt MacCormick existera utan uttryckligen formulerade normer. Det räcker med en typ av implicit acceptans av gemensamma normer. Enligt MacCormick är det således svårt att hitta en omedelbar koppling mellan människors agerande och tydligt konkretiserade normer. Den informella praktiken där köer ordnar sig själva kan formaliseras genom ett nummersystem eller genom noggrann övervakning från exempelvis mat-bespisningspersonalen.<sup>244</sup> Exempelvis skulle den abstrakta normen avseende köande kunna konkretiseras enligt följande:

If a person's number is called and the bearer of the ticket with that number does not come forward, the supervisor should make two further calls in a clear, loud voice, and make a quick visual check of the waiting area to check if there are any apparently deaf people or physically handicapped people struggling to get into position; if there is still no show, the next number in serial order should be called, and so on.<sup>245</sup>

Varje sådant försök att konkretisera normen tenderar dock att generera ny komplexitet och nya situationer att ta ställning till.<sup>246</sup> Svårigheterna, för det rättsliga normbegreppet att bryta sig loss från teoretiska satser, betecknar Baier och Svensson *rättens ontologiska dualism*.<sup>247</sup> Det är bland annat den här typen av utmaningar för normbegreppet som föranleder mig att istället använda begreppet *skript*, vilket implicerar att separationen mellan norm och fakta inte längre kan upprätthållas. Ett sätt att bryta sig loss från den ontologiska dualismen erbjuds även av Wittgenstein, vilket jag återkommer till i kapitel 7.

*Subsumtion* utgör ytterligare ett begrepp för normtillämpning som tydligt relaterar till en representationsdiskurs. Subsumtionsbegreppet har rötter i ett logisk-positivistiskt ideal för normtillämpning vilket passar väl inom en representationsdiskurs som bygger på att representationer för verkligheten kan subsumeras, eller inordnas, under rättsnormer.<sup>248</sup> För att kunna genomföra en subsumtion behövs avgränsade och noggrant definierade fakta som, genom en deduktivt logisk slutledning, kan underordnas avgränsade och noggrant definierade rättsnormer.<sup>249</sup> Ett avskiljande från de fakta som inte är relevanta och de normer som inte är relevanta är därmed även en oundviklig del av subsumtionsprocessen. Subsumtionens roll inom civilprocessen kommer att behandlas närmare i avsnitt 4.1 (där behandlas

---

<sup>244</sup> Maccormick, Neil (2007) s. 18-22.

<sup>245</sup> Maccormick, Neil (2007) s. 24.

<sup>246</sup> Luhmann, Niklas, *A Sociological Theory of Law*. London: Routledge, 1985 s. 193-199.

<sup>247</sup> Baier, Matthias & Svensson, Måns (2009) s. 50.

<sup>248</sup> Angående de logisk-positivistiska rötterna se Lindell, Bengt, *Sakfrågor och rättsfrågor: en studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt*. Uppsala: Iustus, 1987 s. 377ff.

<sup>249</sup> Se Maccormick, Neil (2005) s. 32-33.

bland annat frågan om möjligheten att göra logiska slutledningar baserade på premisser som är praktiska snarare än teoretiska).

För Peczenik är det viktigt att det är domstolar och myndigheter som utför rättstillämpningen. Andra subjekt vilka utför tillämpningar av normer, såsom rättsdogmatiker och advokater, tillämpar endast rätten "i svag mening".<sup>250</sup> I mina egna exemplifieringar på rättstillämpning och subsumtion kommer jag emellertid att använda de utbytbara uttrycken normtillämpning, rättstillämpning och subsumtion för alla textuella sekvenser där normer kopplas samman med fakta, även om detta görs inom ramen för exempelvis partsyttanden. Jag lägger därmed inte någon vikt vid vem som utför tillämpningen.

Normtillämpningen kan i ett skolboksexempel illustreras på följande vis:

- Praktisk sats (norm): Avtal ska hållas.
- Teoretisk sats (fakta): Lisa har lånat pengar av Maria. De har kommit överens om att Lisa ska betala tillbaka pengarna en vecka efter det att hon fick dem. När en vecka förflutit har Lisa fortfarande inte betalat tillbaka pengarna.
- Normtillämpning: Lisa har brutit mot normen om att avtal ska hållas eftersom hon inte har betalat i tid till Maria.

I Hansamålet kan ett av de normtillämpande stegen illustreras enligt följande:

- Praktisk sats (norm) (förenklat): För att förvärvaren ska vara i god tro vid förvärv av ett löpande skuldebrev bör det krävas att gäldenären inför överlåtelsen tillfrågats och bekräftat att han inte har någon invändning mot den av överlåtaren angivna fordringen.
- Teoretisk sats (fakta): Hansa har inte före sitt förvärv fått bekräftelse från MD eller IK att det ursprungliga kapitalbeloppet fortfarande var obetalt.
- Normtillämpning: Eftersom Hansa inte tillfrågat MD och IK i syfte att bekräfta den rådande hanteringen av skuldebrevet kan Hansa inte anses vara i god tro (och MD och IK behöver därför inte betala till Hansa).

---

<sup>250</sup> Peczenik, Aleksander (1995) s. 289.

I de exempel som givits framstår normtillämpning som just en logiskt deduktiv manöver, där subsumtionen av den teoretiska satsen under den praktiska med nödvändighet leder till en viss tillämpning. Det framstår därmed som att det föreligger en tydlig *kausalitet* mellan norm och fakta. Givetvis går det att i varje led av normtillämpning göra olika typer av invändningar mot att det ena steget följer på det andra genom att lyfta fram alternativa sätt att förstå fakta, alternativa sätt att förstå normen eller alternativa sätt att sammankoppla dem. Olika rättsvetenskapliga sätt att hantera den här typen av kausala länkar mellan rättsliga representationer kommer att behandlas i avsnitt 3.2 samt i processrättsligt hänseende i avsnitt 4.1. Den övergripande målsättningen att sätta samman representationer av rättsnormer i en helhet, ett sammanhållet *system*, kommer att behandlas i avsnitt 3.2.

### 3.1.2.2. Uttrycksdiskursens begrepp

Uttrycksdiskursens begrepp är i huvudsak redan presenterade i kapitel 2. Här följer en konkretisering i förhållande till just uttrycksdiskursen. Inom uttrycksdiskursen utgör *skript* ett alternativt sätt att tala om normer.<sup>251</sup> I ett rättsligt perspektiv utgörs *skript* av det förväntade skeende vilket inom ramen för en rättslig konflikt, eller potentiell konflikt, är utmanat eller hindrat av någon av parterna.<sup>252</sup> Ett avtalsförfarande som består i att jag lägger mina varor vid en kassa i en matvarubutik för att sedan betala dem och därefter packa dem utgör ett exempel på ett skript vilket på ett tydligt sätt är rättsligt genom att det berör ett avtalslut. I den mån någon istället rusar förbi kassan med varor utan att betala eller informerar den anställde vid kassan att någon betalning inte är nödvändig är skriptets förväntade händelseutveckling utmanad. Det är de inblandade subjektens fortsatta agerande i förhållande till ett utmanat skript som bildar ett *narrativ*. Narrativet kan, i det här aktuella exemplet från matvarubutiken, exempelvis upplösas genom att en säkerhetsvakt griper personen som rusat förbi kassan. Gripandet utgör då en handling vilken bekräftar och legitimerar skriptet om att varje person måste betala vid kassan. Narrativet kan även upplösas genom en längre berättelse som upplöses genom en rättsföljd beslutad av en domstol. Men narrativet skulle även kunna upplösas genom att samtliga personer i matvarubutiken rusar förbi kassan och ut i friheten med resultatet att det inledande skriptet, om ett förväntat beteende i matvarubutiker, kollapsar. Det finns förstås ytterligare möjliga upplösningar på narrativet och dessa kan antingen bekräfta, avfärda eller transformera det utmanade skriptet. En avgörande nyansskillnad mellan

---

<sup>251</sup> Skriptbegreppet påminner emellertid om äldre tiders rättsnormer vilka bestod i mer kasuistiska uppräknningar av hypotetiska situationer där särskiljandet mellan norm och fakta inte uppkom på samma sätt. Se Jackson, Bernard S., *Law, Fact and Narrative Coherence*. Merseyside: Deborah Charles Publications, 1988 s. 98-99.

<sup>252</sup> Ett narratologiskt sätt att tala om hur skript hindras eller utmanas är med hjälp av begreppet *trouble*, se kapitel 2.

ett skript och en norm handlar om att skriptet, till skillnad från normen, alltid är integrerat med en omgivning samt betonar handlingar och görande från ett eller flera subjekt.

Den rättsliga *berättelsen* utgör abstraktionen av det rättsliga narrativet. Berättelsen utgör på så sätt uttrycksdiskursens mest 'representativa' begrepp, i betydelsen att den ger möjligheter till abstrakt förståelse av narrativet.

I redogörelsen för Hansamålet beskrev jag hur parterna förväntade sig olika upplösning av sina respektive fallerade skript (att få betalt respektive att fortsätta att förlita sig på att skulden redan var betald) och där upplösningen av narrativet var avhängig överväganden från ett tredje subjekt, Högsta domstolen, vars förståelse av händelserna skiljde sig från både Hansa, MD och IK. Den händelse, vilken till slut bidrog till narrativets upplösning, kan utifrån en representationsdiskurs beskrivas som en icke-händelse, det vill säga att Hansa *inte* frågat MD och IK om överlåtelsen. En icke-händelse vilken sätts i relation med en representation av rätten som uppenbart ingen av parterna kunde känna till vid tiden för överlåtelsen, eftersom den vid den tiden ännu inte var konstruerad av Högsta domstolen. Det rättsliga narrativet ger ingångar för att tala om de överväganden som ledde fram till Högsta domstolens transformation av de förväntade skripten och där både rättsnormer och fakta *uttrycktes* snarare än *representerades*.

När jag fortsättningsvis talar om *rättsligt narrativ* avser jag ett narrativ vars upplösning knyter an till en rättslig legitimering av berättelsen, såsom en upplösning vilken resulterar i en rättsföljd. Det är på detta sätt det rättsliga narrativet kan förstås som den narratologiska motsvarigheten till rättstillämpning.

Den rättsliga *intrigen* utgör den logik inom vilken händelser inom ramen för ett rättsligt narrativ kopplas samman. Intrigen ersätter därmed kausalitet som det operationella begreppet för att förstå hur 'rättstillämpning'/rättsanvändning görs. Detta kan exempelvis handla om att placera händelser i en ordning som matchar rättsliga rekvisit i en rättsregel eller i en ordning som passar den upplösning för det rättsliga narrativet som parten eller domstolen är på väg mot.

I narratologiskt hänseende erbjuder *diskursbegreppet* ett alternativ till att förstå rätten som ett system/flera system. Med hjälp av diskursbegreppet går det att skapa ett språk för att studera den rättsliga praktikens exkluderande och inkluderande effekter. I den mån vissa typer av skript, subjektspositioner eller narrativ aldrig aktualiseras inom ramen för rättsprocessen kan detta ses som ett uttryck för den rättsliga diskursens exkludering. Detta skulle exempelvis handla om att moment inom den rättsliga diskursen, såsom subsumtionen, kontradiktionen eller partsbegreppet, inte kopplas samman med vissa typer av överväganden, möjliga världsbilder eller subjektspositioner. Vilket i sin tur kan bero på att diskursmoment inom processrätten såsom *konkreta rättsfaktum* och *abstrakta rättsfaktum* inte ger utrymme att beskriva eller ta hänsyn till skiftande antaganden om rättens funktion eller olika

ingångar till rättslig metodologi.<sup>253</sup> Jag återkommer till detta i kapitel 4-6, samt i kapitel 7.

### 3.1.3. Diskursernas ontologi och epistemologi

*Ontologi*, det vill säga läran om verklighetens beskaffenhet, och *epistemologi*, läran om kunskapens beskaffenhet och om vilken kunskap som är möjlig att nå, är centrala begrepp inom vetenskapsfilosofin sedan tusentals år tillbaka.<sup>254</sup> Vanliga ontologiska och epistemologiska frågor inom rättsvetenskapen handlar om vad rätten *är*, vad dess legitimitet grundas på samt hur efterlevnad uppnås.<sup>255</sup> De ontologiska och epistemologiska frågor som ställs inom ramen för den här avhandlingen är emellertid av ett något annorlunda slag. Det konkreta ämnet för det här avsnittet är på vilket sätt idéer om verklighetens beskaffenhet, och kunskap om densamma, har bäring på begreppet rättstillämpning respektive begreppet rättsligt narrativ.

Ontologiska frågor har under den senare delen av 1900-talet i stor utsträckning cirkulerat kring socialkonstruktivism. Rätten, samhället, ja universum rent av, kan beskrivas som en social konstruktion.<sup>256</sup> Den ontologiska grund, vilken rättstillämpningsbegreppet (och representationsdiskursen) vilar på, kommer här att presenteras utifrån socialkonstruktivistisk teori.<sup>257</sup> Jag har valt ett socialkonstruktivistiskt perspektiv medveten om att inte alla rättstillämpningsteorier vilar på socialkonstruktivistisk grund. Att jag utgår från socialkonstruktivistisk teori beror här huvudsakligen på att den erbjuder ett pedagogiskt motstånd i förhållande till det ontologiska perspektiv jag själv kommer att framhålla (vilket är kopplat till uttrycksdiskursen) samt ger en tydlig förståelsebakgrund till olika typer av representationer. Jag menar att socialkonstruktivism kan användas för att studera representationer oavsett om dessa representationer i sin tur vilar på någon annan ontologisk och epistemologisk grund, såsom rättspositivism eller rättsrealism.<sup>258</sup> Den socialkonstruktivistiska ontologin för representationsdiskursen kommer främst att luta sig mot Searles teori presenterad i *Konstruktionen av den sociala verkligheten*.<sup>259</sup> Det

---

<sup>253</sup> Den processrättsliga terminologin kommer att presenteras i kapitel 4.

<sup>254</sup> Esaiasson, Peter et al. (2012) s. 19.

<sup>255</sup> Svensson, Eva-Maria (1997) s. 81.

<sup>256</sup> Wenneberg, Søren Barlebo, *Socialkonstruktivism: positioner, problem och perspektiv* (1 uppl.). Malmö: Liber ekonomi, 2001 s. 14.

<sup>257</sup> Rättstillämpningsbegreppet kan även vila på andra typer av ontologiska grundantaganden, såsom ett naturrättsligt, rättspositivistiskt eller rättsrealistiskt. Dessa går emellertid även att på olika sätt kombinera med ett socialkonstruktivistiskt perspektiv.

<sup>258</sup> Searle förekommer emellertid som bakgrundsgestalt vid redogörelser för 'rättstillämpning' i svenska läroböcker i allmän rättslära, se exempelvis Dahlman, Christian, *Rätt och rättfärdigande: En tematisk introduktion i allmän rättslära*. Lund: Studentlitteratur, 2010 s. 28-30.

<sup>259</sup> Searle, John R., *Konstruktionen av den sociala verkligheten*. Göteborg: Daidalos, 1999.



bör därför här även betonas att olika socialkonstruktivistiska perspektiv uppvisar stor variation och jag redogör endast för just Searles socialkonstruktivistiska utgångspunkter.<sup>260</sup>

Uttrycksdiskursen kommer däremot att luta sig mot en typ av teori vilken motsätter sig socialkonstruktivismens tendenser att rangordna vissa nivåer av verkligheten som mer 'verkliga' än andra. Inom denna senare riktning, vilken bygger på en idétradition som följer av filosofer såsom Baruch Spinoza, Friedrich Nietzsche och Gilles Deleuze, återfinns inte någon (vertikal) hierarki mellan exempelvis den faktiska verkligheten och den socialt konstruerade verkligheten. En sådan ontologi kan därför även betecknas som *platt*. Men till detta återkommer jag i avsnitt 3.1.2.2.

---

<sup>260</sup> Socialkonstruktivism har emellertid använts på en rad olika sätt och jag ska därför även inledningsvis säga något om dess olika varianter i en ordning av ökad radikalitet. En första grad av socialkonstruktivism handlar om att inte enbart se handlingar såsom bestämda av naturen. Exempelvis kan sorgemönster se olika ut i olika kulturer, och en handling, såsom att gråta, är då mer relevant att tala om som socialt konstruerad, snarare än att vara bestämd av naturen. Den här typen av socialkonstruktivism kan sägas utgöra ett kritiskt perspektiv, vilket ger möjlighet att ifrågasätta det som tas för givet. En andra form av socialkonstruktion handlar om konstruerande av institutioner såsom det monetära systemet. En penningssedel representerar något annat, nämligen ett värde, och värdet upprätthålls av en central organisation. Genom en rad sociala handlingar kan en institution såsom penningssystemet byggas upp. Den här typen av socialkonstruktivism ger möjlighet att genomföra sociologiska studier och beskriva mekanismer som bygger upp och upprätthåller sociala institutioner. En tredje variant, eller kanske tredje nivå av radikaliserad socialkonstruktivism, ifrågasätter möjligheterna att på ett icke-konstruerat sätt uppleva omvärlden. I våra observationer med hjälp av exempelvis ögonen drar vi en mängd slutsatser. Vi ser en 'dataskärm', eller en 'stol', eller ett 'hus på andra sidan genom ett fönster'. Att vi skiljer huset på andra sidan från själva fönstret vi tittar igenom eller att vi vet att det är en stol vi ser kan ju sägas bero på en förkunskap om vår upplevelse av omgivningen. Vi ser en stol eftersom vi redan vet att det är en stol. Möjligheten att formulera sinnesintrycken till kunskap om omvärlden kan sägas vara beroende av den sortering vi gör med hjälp av språket. Eftersom språket är något som skapas genom sociala handlingar är även kunskap socialt konstruerad. Här närmar vi oss också en epistemologi som bygger på idén om att kunskap är språk, att rättslig kunskap därmed är språklig kunskap, och att studier om rätten därmed behöver inbegripa studier av hur rättsliga diskurser konstrueras. Den fjärde varianten, och den mest radikala varianten av socialkonstruktivism, ifrågasätter grundvalarna för vår föreställning om verkligheten. Det finns varken form eller mening för en verklighet utan att den sorteras inom en social konstruktion. Naturen kan därför inte sägas 'existera' på egen hand, den är beroende av vårt perspektiv. Det här perspektivet närmar sig därmed en ontologisk hållning, Wenneberg, Søren Barlebo (2001) s. 11-14.

### 3.1.3.1. Representationsdiskursens utgångspunkter

Som redan påpekats innebär en diskurs kopplad till representation påståenden vilka gör anspråk på att substituera verkligheten. Frasen 'det ligger snö på Mount Everest topp' kan exempelvis sägas utgöra en sådan representation.<sup>261</sup> Frasen gör anspråk på att representera ett faktum som existerar i verkligheten, en typ av representation vilken enligt Searle skulle betecknas som *råa fakta*.<sup>262</sup> Enligt Searle kan sedan representationen av verkligheten, genom olika typer av påbyggnader utifrån råa fakta, byggas på för att representera i princip allt.<sup>263</sup> Det krävs visserligen ett språkssystem (som inte utgörs av råa fakta) för att *påstå* något, det vill säga representera råa fakta, men påståendet måste enligt Searle skiljas från det faktum som representeras.<sup>264</sup> Mentala fakta är, till skillnad från de råa, beroende av vårt medvetande och de kan sorteras som *intentionala* respektive *icke-intentionala*. De intentionala kan i sin tur vara *individuella* respektive *kollektiva*. I sin kollektiva form kallas intentionala mentala fakta för *sociala fakta*. Med kollektiv intentionalitet avser Searle satsen "vi avser" i betydelsen att vi avser genomföra ett fotbollsanfall, en symfoni eller genomföra en rättegångsförhandling med varandra som motparter. Sociala fakta är helt enkelt begrepp som inbegriper kollektiv intentionalitet, såsom att spela i en orkester eller att ingå i ett lärarlag.<sup>265</sup>

Kollektiva intentionala fakta kan tilldelas *funktion*, vilket innebär att föremål tilldelas förmågor. Funktionen är inte något inneboende i förhållande till fenomenets fysiska natur, det är alltid något iakttagarrelativt. Om vi säger att hjärtat pumpar blod uttalar vi oss intrinsikalt om hjärtat men så fort vi säger att hjärtats *funktion* är att pumpa blod uttalar vi oss iakttagarrelativt. Först när vi gjort tilldelanden, såsom att det finns ett värde i överlevnad och fortsatt existens (det vill säga normativa överväganden), är det relevant att tala om hjärtats funktion. Upptäckter av naturliga funktioner bygger alltså på redan gjorda tilldelanden.<sup>266</sup> Begreppet funktion ska alltså relateras till betydelsen 'befrämjande av redan etablerade värden'.<sup>267</sup> Av

---

<sup>261</sup> Searle, John R. (1999) s. 74-75. Searle vilar i sin tur på en socialkonstruktivistisk tradition som har sin begynnelse i Berger, Peter L. & Luckmann, Thomas, *The social construction of reality: a treatise in the sociology of knowledge* (1 uppl.). Garden City: Doubleday, 1966.

<sup>262</sup> Searle, John R. (1999) s.74-75.

<sup>263</sup> Jag har här valt att utgå ifrån Searle eftersom hans teoretiska ansats passar väl in i rättegångsbalkens representationslogik. En annan typ av rättslig representation som gör anspråk på att kunna inbegripa olika former av postmodern rättslig kritik utgörs av de Sousa Santos 'kartmetafor', De Sousa Santos, Boaventura (1987). Se även De Sousa Santos, Boaventura, 'Towards a multicultural conception of human rights', i Hernández-Truyol, Berta (red.), *Moral Imperialism: A Critical Anthology* (New York: New York University Press, 2002).

<sup>264</sup> Searle, John R. (1999) s. 16.

<sup>265</sup> Searle, John R. (1999) s. 41.

<sup>266</sup> Searle, John R. (1999) s. 28-29.

<sup>267</sup> Searle, John R. (1999) s. 30.

detta följer att närhelst något har en funktion är detta något del av ett system, eftersom befrämjandet av syften, mål och intressen förutsätter ett system.<sup>268</sup>

En delkategori av sociala fakta utgörs av *institutionella fakta*, det vill säga fakta som inbegriper mänskliga institutioner och statusfunktioner. Att vissa pappersbitar utgör tvåhundrakronorssedlar är ett exempel på ett institutionellt faktum.<sup>269</sup> Institutionella fakta existerar endast inom ramen för system av *konstitutiva regler*, det vill säga regler som gör mer än att bara reglera en redan existerande aktivitet. Vissa regler skapar själva möjligheten till vissa aktiviteter. Reglerna för schack är ett exempel, en grundlag ett annat.<sup>270</sup>

Searle menar att institutionella fakta ytterst sett alltid vilar på råa fakta. Det finns en sammanhängande linje som går från molekyler och berg till skruvmejslar och vackra solnedgångar och sedan vidare till lagstiftande församlingar, pengar och nationalstater. Bron i detta sammanhang är den kollektiva intentionalteten. Det krävs ett kollektivt och medvetet tilldelande av funktioner åt storheter som inte kan fullgöra funktionerna ifråga utan att det samtidigt reproduceras ett kollektivt tilldelande. För att nå dit krävs att de institutionella faktumen ges *status*.<sup>271</sup>

Genom att tilldela vissa etiketter en viss status får de en funktion som de annars inte hade haft. Att beskriva någon som 'make', 'ledare' eller 'lärare' innebär att den personen ges en ny funktion. Men varhelst det finns en statusfunktion som lagts på någonting, så måste det finnas någonting på vilket den lagts. Om den lagts på en annan statusfunktion, måste den i sin tur förr eller senare nå ner till en absolut grund bestående av något som inte självt är någon form av statusfunktion. Alla möjliga slags ting kan vara pengar, men det måste finnas något fysiskt förverkligande, något rätt faktum, även om det bara är en bit papper eller en blip på en datorskärm, på vilken vi kan lägga vår institutionella form av statusfunktion. Det finns alltså inga institutionella fakta utan råa fakta enligt Searle.<sup>272</sup> Det är i detta avseende som ontologin kan beskrivas som *vertikal*, eftersom varje fakta, som inbegriper någon form av mänsklig tilldelning, måste kunna insorteras under 'verkliga' råa fakta som existerar oavsett mänskliga tilldelningar.

Utifrån den här typen av socialkonstruktivistisk terminologi kan anspråk göras avseende att ögonblicksbilder av verkligheten (fakta) är möjliga oavsett vilken typ av mänsklig aktivitet det handlar om, även rättsliga sådana. Den processrättsliga förståelsen av rätten, med bas i rättegångsbalkens dispositionsprincip, kan sägas bygga på att parterna kan presentera en representation av fakta och att rätten kan koppla denna till en representationen av rätten.

---

<sup>268</sup> Searle, John R. (1999) s. 33.

<sup>269</sup> Searle, John R. (1999) s. 41.

<sup>270</sup> Searle, John R. (1999) s. 43.

<sup>271</sup> Searle, John R. (1999) s. 54-55.

<sup>272</sup> Searle, John R. (1999) s. 70.

Att förstå Hansamålet utifrån en representationsdiskurs innebär emellertid svårigheter. Både representationen av de mest centrala normerna och representationen av de mest avgörande faktumen kan i målet ses som tydliga efterhandskonstruktioner. Normen, att den nya borgenären måste tillfråga gäldenären innan borgenären anses vara i god tro, utgör uppenbart inte en representation av rätten som 'gällde' vid tidpunkten för överlåtelsen utan istället en rättslig konstruktion, vilken skapas i och med att den uppkommande situationen diskuteras i Högsta domstolen. Likaså blir faktumet att borgenären inte sânt en sådan förfrågan till gäldenären inte en representation av verkligheten vid tidpunkten för överlåtelsen, även om de råa fakta vilka efterhandskonstruktionen vilar på förelåg, utan istället blir faktumet ett resultat av tilldelanden som följer av den nykonstruerade normen från Högsta domstolen. Det går därmed att ifrågasätta värdet av att insortera förfrågan från borgenär till gäldenär som ett socialt *faktum*. Representationen av fakta, uttryckt som avsaknaden av fråga från borgenären till gäldenären, hade aldrig uppmärksamats om inte den nya normen tillkommit.<sup>273</sup> Om parterna ombetts att kartlägga vad som inträffat mellan parterna vid en tidpunkt innan förfrågansnormen etablerats av domstolen skulle de knappast räkna upp alla icke-relevanta icke-händelser sammanlänkade med överlåtelsen av det löpande skuldebrevet. De centrala aspekterna i Hansamålet är därmed enligt min mening svåra att artikulera inom en representationsdiskurs.

### 3.1.3.2. Uttrycksdiskursens utgångspunkter

Den teoretiska utgångspunkten att rätten kan förstås som ett uttryck snarare än en representation är hämtat från rättsteoretikern Edward Mussawir, som i sin tur bygger sin ansats utifrån filosofen Gilles Deleuzes texter.<sup>274</sup>

Att tala om rätten som ett uttryck är nära besläktat med ett annat uttryckssätt vilket jag kommer att använda mig av framöver, nämligen att rätten kan förstås som *ständigt blivande*. Också begreppet *ständigt blivande* (eng: constant becoming) eller *tillblivelse* (eng: becoming) är hämtat från Deleuze.<sup>275</sup> Kännetecknande för den typ av

---

<sup>273</sup> Angående frågan om det kan sägas handla om en 'ny' norm, se exempelvis Svensson, Ola, "Att jämka en lagregel: Några tankar kring ett rättsfall om skuldebrev", *Svensk Juristtidning*, 3 (2016), 68-84.

<sup>274</sup> Mussawir, Edward (2011) s. 1. För andra rättsteoretiska arbeten med grund i Deleuze se exempelvis Lefebvre, Alexandre, *The Image of Law: Deleuze, Bergson, Spinoza*. Stanford: Stanford University Press, 2008 och Bruncevic, Merima, *Fixing the Shadows – Access to Art and the Legal Concept of the Cultural Commons*. Göteborg: University of Gothenburg, 2014. Angående begreppen *expression* och *representation* utifrån Deleuze filosofi, se även Olkowski, Dorothea, *Gilles Deleuze and the Ruin of Representation*. Berkely: University of California Press, 1999.

<sup>275</sup> Se Deleuze, Gille & Guattari, Felix, *Thousand Plateaus*. London: Continuum, 2004, till exempel s. 277f och Deleuze, Gille, *The Logic of Sense*. New York: Columbia University Press, 1990.

förhållningssätt som emanerar från Deleuzes filosofi är att rätten måste förstås utifrån den rättsliga metodologin (jurisprudence) snarare än utifrån föreställningar om rättigheter. Det är alltså inte beskrivningar av rättigheter som utgör rätten, det är den rättsliga metodologin som utgör rätten.<sup>276</sup> Det handlar inte om att det från Deleuze följer en ny typ av rättslig metodologi. Det avgörande är istället att vid studier av rätten skifta fokus från representationer av rätten, såsom rättigheter, till de producerande och tekniska aspekterna av rättens användning, det vill säga rättslig metodologi och det diskursiva uttryck denna för med sig.<sup>277</sup> Detta förhållningssätt ligger därmed även nära Wittgensteins utgångspunkter där "[e]tt ords betydelse är dess användning i språket".<sup>278</sup>

En deleuziansk förståelse av rätten innebär enligt Mussawir att följa det rättsliga uttryckets förmåga att föra den rättsliga argumentationen bortom rättens till synes rättframma och enkla representation.<sup>279</sup> Det handlar därmed inte om att förstå rättens objekt och utpekandet av subjekt som sammankopplade med rättsliga objekt. Istället handlar det om att studera de tekniker och utgångspunkter vilka kännetecknar rättens användning och som leder till dess *uttryck*, det rättsliga blivandet. Rättens ständiga blivande kan därmed sägas bli inom ramarna för en *uttrycksdiskurs*.

Uttrycksdiskursen, vilar på en ontologi som kan benämnas 'platt' snarare än 'vertikal' och vilken försöker fånga just den typ av problematik med representationslogiken som aktualiseras i Hansamålet. Ett nyckelord för den platta ontologin är *skillnad* (eng: difference). Den platta ontologin hanterar skillnad på ett annat sätt än en ontologi som bygger på representation. Fokuseringen på vad som gör skillnad stämmer även väl överens med det diskursteoretiska begreppet *artikulation*, vilket jag gått igenom i avsnitt 3.1.1. Enligt Laclau och Mouffe innebär varje artikulation ett sammankedjande av element som ger dem en ny identitet.<sup>280</sup> Artikulation är därmed ett begrepp inom diskursteori som fångar just förändring och skillnadsgörande.<sup>281</sup>

Deleuze framhåller att det västerländska tänkandet i stor utsträckning kännetecknas av att förfina representationer av verkligheten och att lära sig att 'känna igen' (eng: recognize) omgivningen.<sup>282</sup> Den socialkonstruktivistiska skolbildning jag redogjort för i föregående avsnitt kan ses just som ett sådant försök till noggranna representationer av verkligheten. En diskurs som bygger på nodalpunkten representation kommer enligt den deleuzianska filosofin att sakna begrepp för att förklara skillnader och förändring mellan representationer av verkligheten. Skillnad har

---

<sup>276</sup> Mussawir, Edward (2011) s. 7, Lefebvre, Alexandre (2008) s. 111-112.

<sup>277</sup> Jfr Mussawir, Edward (2011) s. 7.

<sup>278</sup> Wittgenstein, Ludwig (2012) s. 31.

<sup>279</sup> Mussawir, Edward (2011) s. 8.

<sup>280</sup> Se Laclau, Ernesto & Mouffe, Chantal (2008) s. 187ff.

<sup>281</sup> Laclau, Ernesto & Mouffe, Chantal (2008) s.144 och 147ff. Se även Winther Jørgensen, Marianne & Philips, Louise (2000) s. 133.

<sup>282</sup> Deleuze, Gille, *Difference and Repetition*. London: Continuum, 2004. Mussawir, Edward (2011) s. 8-9.

enligt Mussawir inom representationsdiskursen istället förklarats med abstrakta och mer diffusa begrepp såsom 'identitet', 'likhet', 'motsats' eller 'analogi'.<sup>283</sup> Representationsdiskursens ontologi kan på så sätt sägas sakna grundförutsättningar för att förstå 'skillnad'. Frågor såsom hur skillnaden mellan olika handlingar och olika situationer ska förstås blir lämnade till närmast transcendentala begrepp enligt Mussawir. Denna brist kan sedan sägas leta sig hela vägen upp till begreppet 'rätts-tillämpning' där representationen för rätt och representationen för fakta ska sammankopplas, men där det saknas grundläggande ontologisk förståelse för hur den kopplingen ska kunna genomföras. Detta uttrycks ibland som att det finns ett 'gap mellan fakta och norm'.<sup>284</sup> Det går varken att förklara skillnaden mellan dem, eller kopplingen mellan dem, med representationslogik, eftersom de utgör olika representationskategorier.<sup>285</sup>

I kontrast till den representerande skolbildningen bygger Deleuze, sin filosofi om skillnad, på Spinoza och Nietzsche. Från Spinoza och Nietzsche plockade Deleuze upp betoningen av "lived experience", det vill säga en betoning på erfarenhet av något snarare än på ett tillrättaläggande som försöker fånga en representation helt utan subjekt. "Against positivism, which halts at the phenomena - "There are only facts" - I would say: No, facts is precisely what there is not, only interpretations",<sup>286</sup> som Nietzsche uttryckte det. Det avgörande momentet för att förstå skillnad handlar inom en uttrycksdiskurs inte längre om att hålla isär representationer från varandra utan istället blir det avgörande för att förstå hur skillnad görs. För Nietzsche blir, enligt Mussawir, den centrala frågan 'vad är det här?' ersatt med frågan 'vem tolkar det här?' och för Spinoza blir den centrala frågan 'vad kan en kropp åstadkomma'.<sup>287</sup>

I förhållande till rättstillämpning blir då den centrala frågan inte vad skillnaden är mellan fakta och norm utan hur den rättsliga hanteringen, tolkningen och handlingen i förhållande till fakta och norm producerar beslut som åstadkommer förändring.<sup>288</sup> Det handlar om att förstå vad som åstadkommer skillnad och hur ny

---

<sup>283</sup> Mussawir, Edward (2011) s. 8-9. Se även Andersson, Torbjörn, 'Skillnad och upprepning - en metafunktionalistisk skiss av samma sak, återigen...', i Kleinman, Jan, Westberg, Peter & Carlsson, Stephan (red.), *Festskrift till Lars Heuman* (Stockholm: Jure, 2008), 1-14 s. 9.

<sup>284</sup> Se Wood, Martin, "'Mind the Gap'" A Processual Reconsideration of Organizational Knowledge", *Organization*, 9/1 (2002), 151-171 157. Jfr här även begreppet 'ontologisk anomi' vilket behandlar det likaledes ofrånkomliga gapet mellan norm och handling, se Johansen, Tormod Otter, "Tjänstemannens suveränitet: Kelsen, Schmitt, Agamben och det normbundna handlandets anomi", *Retfærd*, 36/4 (2013), 21-45 s. 23.

<sup>285</sup> Pezencik har argumenterat för att gapet är av normativ karaktär och endast kan överbyggas med hjälp av transformativa 'hopp', Aarnio, Aulis, Alexy, Robert & Peczenik, Aleksander (1981). Se angående detta avsnitt 3.1.2.1 och 3.2.2.

<sup>286</sup> Nietzsche, Friedrich, *The Will to Power*. New York: Vintage, 1968 s. 481.

<sup>287</sup> Mussawir, Edward (2011) s. 9.

<sup>288</sup> Se Maclean, James, 'Rhizomatics, the Becoming of Law, and Legal Institutions', i De Stutter, Laurent & Mcgee, Kyle (red.), *Deleuze and Law* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2012), 151-168 s. 158-159 och Wood, Martin (2002) 157.

kunskap skapas snarare än att leta efter raa fakta för att påvisa att rättsliga påståenden utgör representationer, det vill säga substituerar, den 'egentliga' rätten.

Poängen med detta är bland annat att visa att en vertikal ontologi, vilken ger upphov till en representationsdiskurs, kan skapa kunskapsluckor genom att placera faktiska omständigheter som överordnade, eller mer grundläggande, jämfört med den normativa nivån. Exempelvis bör den process vilken leder till olika följder för subjektspositionerna 'vän', 'ledare' eller 'lärare' ges ett större fokus än sökandet efter ett ursprungligt faktum som dessa tilldelanden vilar på.<sup>289</sup> Istället för att hitta kopplingar mellan pengar och en pappersbit med viss sammansättning och form handlar det om att förstå hur pengar bidrar till en viss typ av förhållningssätt gentemot ett händelseförlopp. Pengar bidrar till att göra *skillnad*, oavsett vilken typ av bakomliggande raa faktum pengarna kan härledas till. En platt ontologi ger förutsättningar för en uttrycksdiskurs som kan bistå med kunskap avseende dessa skillnadsgöranden. Den platta ontologin betonar inte skillnad genom att skilja mellan exempelvis olika rättsliga representationer såsom bevisfakta och rättsfakta. Den betonar skillnad genom att visa hur koncept såsom bevisfakta och rättsfakta leder till vissa typer av handling. Begreppen *utför* något.<sup>290</sup>

Eftersom den platta ontologin inte skiljer 'representationen' från tolkningen leder den platta ontologin till en ändrad förståelse av vad som avses med att något är *materiellt*. Det materiella blir integrerat med subjektets upplevelse:

Any materialist philosophy must take as its point of departure the existence of a material world that is independent of our minds. But then it confronts the problem of the origin of the enduring identity of the inhabitants of that world: if the mind is not what gives identity to mountains and rivers, plants and animals, then what does? An old answer is "essences," the answer given by Aristotle. But if one rejects essentialism then there is no choice but to answer the question like this: all objective entities are products of a historical process, that is, their identity is

---

<sup>289</sup> Delanda, Manuel, *Intensive Science And Virtual Philosophy*. London: Continuum, 2002, Mussawir, Edward (2011).

<sup>290</sup> Detta påminner således även om J. L. Austins talhandlingar, se Austin, John Langshaw, *How to do things with words: The William James lectures delivered at Harvard University in 1955*. Cambridge: Harvard University Press, 1975. Jfr Schaumburg-Müller, Sten, "How not to do things with words: On conceptions of language and freedom of speech", *International Journal of Legal Discourse*, 1/1 (2016), 49-63 s. 58, Bruncevic, Merima (2014) s. 80-81. Jfr här även Dahlstrand som bygger på Wittgensteins 'vardagspråkfilosofi': "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." Dahlstrand, Karl, *Kränkning och upprättelse: En rättssociologisk studie av kränkingsättning till brottsoffer*. Lund: Lunds Universitet, 2012 s. 273.

synthesized or produced as part of cosmological, geological, biological, or social history.<sup>291</sup>

Poängen är här inte att bryta sig loss från tidigare förståelse eller att skapa en förståelse från verkligheten som är frikopplad från subjektet. Poängen är snarast att undvika dikotomier, vilka inte tar hänsyn till att subjektets produktion av kunskap också utgör något materiellt. *Både* den del av verkligheten vilken är oberoende av vår förståelse och själva förståelsen i sig producerar alltså verkligheten.<sup>292</sup> Kunskap om det generella, om det verkliga, är även samtidigt alltid unik och individuell kunskap.<sup>293</sup> Förståelsen av verkligheten är beroende av något som görs, något positivt, bejakande och affirmativt.<sup>294</sup> Detta medför dock inte att allt är möjligt. Jag kommer förmodligen inte att lyckas med det livsbejakande beslutet att låta bli att frysa när det är kallt. Inte heller möjliggör en platt ontologi alla typer av affirmativa rättsliga blivanden. Alla narrativ som kallar sig rättsliga kommer inte att ha lika goda förutsättningar. Tvärtom kommer det att bli uppenbart i det följande att vissa rättsliga associationer är frekventa medan andra inte är det, vilket då ger anledning att prata om maktrelationer som skillnadsgörande.<sup>295</sup>

Den platta produktionen av kunskap, inom en uttrycksdiskurs, kan illustreras genom Bruno Latours sätt att närma sig begreppet "social". Latour menar att "social"

---

<sup>291</sup> Dolphijn, Rick & Van Der Tuin, Iris, *New materialism: interviews & cartographies*. Ann Arbor: Open humanities press, 2012 s. 39.

<sup>292</sup> Dolphijn, Rick & Van Der Tuin, Iris (2012) s. 86. Jfr här även Agambens begrepp *dispositiv*, vilket också ger en bredare inramning avseende vad som kan inrymmas i 'det materiella', Agamben, Giorgio, 'Vad är ett dispositiv?', (Malmö: Eskaton, 2014). Se även Gustafsson, Håkan (2011) s. 65-87.

<sup>293</sup> Dolphijn, Rick & Van Der Tuin, Iris (2012) s. 40.

<sup>294</sup> På engelska brukar detta beskrivas som att kunskap istället för att vara baserad på "negative relation between terms" snarare bör vara baserad på "affirmative relation", Dolphijn, Rick & Van Der Tuin, Iris, "Pushing dualism to an extreme: On the philosophical impetus of a new materialism", *Continental Philosophy Review*, 44/4 (2011), 383-400 s. 384.

<sup>295</sup> Se Delaney, David, *The Spatial, the Legal and the Pragmatics of World-Making: Nomospheric Investigations*. Abingdon: Routledge, 2010 s. 10. En platt ontologi ska alltså inte förstås som en värdenetral ontologi. Jfr här med den kritik som riktats mot den platta ontologin av Philippopoulos-Mihalopoulos: "With this, we reach the final point of difference, to which I have already referred: *this continuum is tilted*, its flatness leaning sideways. Flat horizontality cannot miraculously flatten political distinctions, unequal spatiotemporal conditions, power imbalances. Moving beyond dialectics does not guarantee flat ontology. This is something bodies still have to fight for, and the fight is not leveled. Some bodies are stronger than others, weigh more, pull that side of the surface down and make other, weaker bodies circulate in predetermined ways. Humans and farmed animals, a pack of wolves and an unarmed human, global warming and low-lying islands, drought and bamboos, capitalist finance and the urban poor: encounters between unequal bodies in terms of power cannot be resolved through a normative flatness, but a strategic rupture. This is the point of withdrawal as a tool for spatial justice." Philippopoulos-Mihalopoulos, Andreas, *Spatial Justice: Body, Landscape, Atmosphere*. Abingdon: Routledge, 2014 s. 11.



inom sociologin ibland har använts som en slags sista utväg när inga andra förklaringar står till buds. Termen social har utgjort just en sådan diffust sammanlänkande (nästintill transcendental) fogmassa mellan olika representationer vilken den platta ontologin försöker nå bortom. Föreställningar om verkligheten, såsom att 'sociala faktorer' kan föranleda domaren att välja representation A framför representation B, blir då alltför tunna och används, enligt Latour, när andra förklaringsmodeller inte räcker till. Det sociala kan på så sätt sägas vara en sammanlänkande 'räddning' för representationsdiskursen. När exempelvis ekonomiska modeller inte förmår förklara tillsynes irrationella beteenden hos konsumenter har dessa tillskrivits det 'sociala'. Sociala faktorer används alltså för att förklara sociala aspekter av ett icke-socialt fenomen.<sup>296</sup> Det sociala blir en särskild del av verkligheten som representationerna inte kan hantera. I motsatt till detta vill Latour hantera sociologi som "sociology of associations".<sup>297</sup> Det innebär att fokus läggs på aktörernas associationer och skillnadsgöranden, vilka åstadkommer något. Aktörernas uttryck *utgör* det sociala snarare än endast påvisa existensen av (representationen av) det sociala:

The sense of belonging has entered a crisis. But to register this feeling of crisis and to follow these new connections, another notion of social has to be devised. It has to be *much wider* than what is usually called by that name, yet *strictly limited* to the tracing of new associations and to the designing of their assemblages. This is the reason why I am going to define the social not as a special domain, a specific realm, or a particular sort of thing, but only as a very peculiar movement of re-association and reassembling.<sup>298</sup>

Med en latoursk terminologi finns det alltså inte någon 'social dimension', inte någon 'social kontext' och inte någon 'social kraft' subjekten kan vara inbäddade i, eller påverkade av.<sup>299</sup> Subjekten är alltid mycket mer än 'bara' informanter för en viss

---

<sup>296</sup> Latour, Bruno, *Reassembling the social: An introduction to actor-network-theory*. Oxford: Oxford University Press, 2007 s. 3.

<sup>297</sup> Latour, Bruno (2007) s. 9. Latour är inte ensam om att se på sociologi på det här sättet och en bredare rörelse finns under akronymen A.N.T. (actor-network-theory).

<sup>298</sup> Latour, Bruno (2007) s. 7.

<sup>299</sup> Jfr De Sutters tolkning: "Latour is incapable of thinking the non-existing, in the sense that the non-existing would designate everything that leaves no material, durable visible trace; he is incapable of thinking the immaterial, ineffable, invisible trace - and even more: he refuses this with the greatest energy. The pragmatism that he has always defended was a pragmatism designed to certify the existence of the most exotic beings (god, for example) only as long as the consequences of their existence could be embodied in a document." De Stutter, Laurent, 'Plasma! Notes on Latour's Metaphysics of Law', i Mcgee, Kyle (red.), *Latour and the passage of law* (Edinburgh: Edinburg University Press, 2015), 197-208 s. 206.

social struktur.<sup>300</sup> Personer gör och deras görande kan sägas existera på en ontologisk nivå utan att behöva insorteras inom en representation vilken kan sorteras som beroende av sociala faktorer eller naturliga faktorer. Dikotomin *social – naturlig* upplöses därmed. De kopplingar, vilka skapar det sociala, består av associationer till exempelvis ekonomi, språk, rätt, psykologi etcetera. Sociologi handlar på så sätt, enligt Latour, om att spåra associationer, de kopplingar vilka skapas av andra domäner, mellan särskillnader som inte i sig själva är sociala.<sup>301</sup>

Latour menar att detta vid en första anblick kan framstå absurt eftersom det skulle innebära att det sociala då kan handla om alla sorters kopplingar; från kemiska bindningar, till rättsliga hänvisningar, atomära krafter och företagsstrukturer med mera, det vill säga kopplingar som skulle sorteras in på mycket skiftande positioner i Searles tilldelandeschema.<sup>302</sup> Alla dessa typer av kopplingar kan användas för att plocka samman (assemble) ett särskilt sorts förhållande (ett *assemblage*<sup>303</sup>), vilket vi sedan sätter en etikett på, såsom ett företag, en dom, en bil, eller ett nytt stjärnsystem, en ideologi, en katastrof eller ett nytt rättsteoretiskt paradigm. Därmed skapas verkligheten inte genom negationer av termer utan genom görande.<sup>304</sup> Verkligheten blir snarare än är. Den är ett uttryck istället för en *representation*.

Låt oss nu gå från föreställningen av det sociala till föreställningen av det rättsliga. Även rätten kan förstås vara uppbyggd av de associationer och det särskiljande, det uttryck, som ständigt skapar den.<sup>305</sup> Rätten blir då inte heller beroende

---

<sup>300</sup> Latour, Bruno (2007) s. 4.

<sup>301</sup> Latour, Bruno (2007) s. 5. Det här perspektivet passar väl in med Wittgensteins 'vardags-språkfilosofi' och motstånd mot att finna 'metaförklaringar' avseende språkbruket, se Cahill, Kevin, "Wittgenstein and the Fate of Metaphysics", *Sats - Nordic Journal of Philosophy*, 9/2 (2008), 61-73.

<sup>302</sup> Se avsnitt 3.1.2.1.

<sup>303</sup> Se avsnitt 5.1.2. Angående begreppet *assamblage* se Wood, Martin (2002) s. 159 och Philippopoulos-Mihalopoulos, Andreas, 'Law, Space, Bodies: The Emergence of Spatial Justice', i De Stutter, Laurent & Mcgee, Kyle (red.), *Deleuze and Law* (Edinburg: Edinburg University Press, 2012), 90-110 s. 101.

<sup>304</sup> Jfr begreppet performativitet, Gustafsson, Håkan (2011) s. 65: "Frågan(det) är inte längre 'quod est' utan 'quid facit' [...]."

<sup>305</sup> Jfr Mcgee, Kyle, 'On Devices and Logics of Legal Sense: Toward Socio-technical Legal Analysis', i Mcgee, Kyle (red.), *Latour and the passage of law* (Edinburg: Edinburg University Press, 2015), 61-92 s. 60-61. McGeen framhåller med stöd i Latour att de rättsliga associationerna inte alls behöver vara bundna vid väletablerade rättsliga normer (det rättsliga) utan snarast är uppbyggda av alla möjliga typer av associationer. Dessa associationer kan bestå av såväl gem, postfack och pappersmappar som av begrepp såsom *rättsfakta*, eller föreställningar om nationalstatens maktanspråk, se Valverde, Mariana & Weaver, Adriel, "The Crown Wears Many Hats: Canadian Aboriginal Law and the Block-boxing of Empire", i Mcgee, Kyle (red.), *Latour and the passage of law* (Edinburg: Edinburg University Press, 2015), 93-121. Se även Barr vars 'jurisprudence of movement' följer andra associationsvägar jämfört med traditionella förståelser av exempelvis 'jurisdiktion', Barr, Olivia, *A Jurisprudence of Movement: Common Law, Walkng, Unsettling Place*. Abingdon: Routledge, 2016 s. 224ff.

av någon 'utsida' för att förklara dess produktion.<sup>306</sup> De sammanlänkande faktorer, vilka används inom representationsdiskursen för att sammanfoga rättsliga representationer såsom sociala faktorer, maktfaktorer, professionskulturer, systemteorier med mera, utgör inom en uttrycksdiskurs rättsliga uttryck.<sup>307</sup> Av detta följer även att rättsliga associationer inte ligger tryggt inbäddade i en social struktur utan att de associationer som bygger upp rätten ständigt måste produceras på nytt. *Rätten är ett ständigt blivande.*

I förhållande till det ständiga blivandet väcks frågan hur kunskap, som produceras inom en uttrycksdiskurs med grund i en platt ontologi, och som framhåller subjektets roll för kunskapsproduktionen, förhåller sig till objektivitet. Latour påpekar avseende detta att ett visst perspektivs begränsade möjligheter att greppa helheten inte behöver vara i konflikt med ett ideal om objektivitet.<sup>308</sup>

We don't have a very good description of anything: of what a computer, a piece of software, a formal system, a theorem, a company, a market is. We know next to nothing of what [...] an organization is. How would we be able to distinguish it from human emotions? So, there are two ways to criticize objectivity: one is by going away from the object to the subjective human viewpoint. But the other direction is the one I am talking about: back to the object. Positivists don't own objectivity.<sup>309</sup>

Latour vill dock inte förknippas med traditionell 'objektivism' eftersom denna varit alldeles för förenklande i sina beskrivningar av omgivningen. Objektivism behöver, som citatet påpekar, inte heller betyda att förståelsen av verkligheten ska frikopplas från subjektet.<sup>310</sup> Att kunskap tar sin utgångspunkt från ett perspektiv behöver inte anses begränsande. All kunskap måste ta sin utgångspunkt någonstans, ett teleskop måste placeras någonstans och riktas mot något. Att vara objektiv kan inte betyda en 'view from nowhere', enligt Latour, eftersom begreppet då skulle bli meningslöst. Att det är möjligt att se på en sak från flera perspektiv, exempelvis genom en representationsdiskurs och en uttrycksdiskurs, betyder vidare inte att *verkligheten* skulle vara relativ. Att en staty kan betraktas från flera vinklar beror på att den är tredimensionell, inte att den är relativ eller obestämbär. Det är statyn som tillåter att

---

<sup>306</sup> Enligt Latour sträcker sig rätten överallt! Se Latour, Bruno (2010) s. 272-274. Se även Harman, Graham, 'Politics and Law as Latourian Modes of Existence', i Mcgee, Kyle (red.), *Latour and the passage of law* (Edinburgh: Edinburgh university press, 2015), 38-60 s. 50-51.

<sup>307</sup> Att rätten saknar utsida har teoretiserats mer i detalj av Philippopoulos-Mihalopoulos, Philippopoulos-Mihalopoulos, Andreas (2014).

<sup>308</sup> Jfr Haraway, Donna, *Simians, Cyborgs, and Women. The Reinvention of Nature*. New York: Routledge, 1991 s. 188 och Bladini, Moa (2013) s. 38-40.

<sup>309</sup> Latour, Bruno (2007) s. 145-146.

<sup>310</sup> Se Bladini, Moa (2013) s. 38ff.

det finns fler perspektiv, inte betraktaren. På samma sätt kan även händelser, rättsliga texter, med mera innehålla potential för många perspektiv, inte för att de är relativa, utan för att de är komplexa.<sup>311</sup>

I avsnitt 3.1.3 har jag försökt visa hur representationsdiskurser respektive uttrycksdiskurser möjliggör olika typer av kunskapsproduktion. Representationerna möjliggör förfinade beskrivningar på olika nivåer och i olika kategorier, medan uttrycksdiskursen betonar skillnadsgöranden, användning och görande där vissa representationer, såsom råa fakta, inte ses som 'mer verkliga' eller mer grundläggande än sociala fakta. Konstruktion och verklighet är helt enkelt inte ömsesidigt utslutande inom uttrycksdiskursen.<sup>312</sup> Representationsdiskursens fokusering på studieobjektet tenderar att frikoppla kunskapen från subjektet medan detta blir omöjligt för uttrycksdiskursen. Trots att uttrycksdiskursen å ena sidan öppnar upp för en mer komplex, och i viss mån mindre tydlig förståelse av omgivningen, ger den även, å andra sidan, möjlighet till en avmystifiering av det som inte låter sig inrymmas i prydliga representationer.

Enligt min mening innebär detta att uttrycksdiskursen fungerar som en väl lämpad kompanjon till den narratologiska begreppsapparaten. De narratologiska begreppen används då inte för att representera rätten, utan istället bidrar de till att uttrycka hur rätten görs. Detta kopplar även tillbaka till avhandlingens syfte som handlar om att utveckla begrepp vilka förmår bidra med kunskap avseende *hur* rättslig argumentation genomförs snarare än att beskriva *vad* den är eller vilka effekter den får.

---

<sup>311</sup> Latour, Bruno (2007) s. 143-144.

<sup>312</sup> Latour, Bruno, "Whose Cosmos? Which Cosmopolitics? A Commentary on Ulrich Beck's Peace Proposal", *Common Knowledge*, 10/3 (2004), 450-462 s. 459.

## 3.2. Rättstillämpningens metodologi

Syftet med det här avsnittet är att påvisa hur olika teoretiska angreppssätt för att förstå 'rättstillämpning' kan påverka de rättstillämpande och rättsvetenskapliga praktikerna. Grundläggande föreställningar om exempelvis rättens *enhet* (snarare än dess pluralism), om att endast vissa argument är accepterade som *rättsliga* (snarare än att rätten är öppen för nya värden) eller om att det skulle finnas en *rättslig metod* (snarare än flera) borde rimligtvis ge avtryck i hur etablerade rättsliga diskurser tillrättaläggts i exempelvis Högsta domstolens domskäl.

Som jag redan varit inne på bygger representationsdiskursens föreställning om rättstillämpning på att normer tillämpas på fakta, alternativt att fakta subsumeras under normer. För att värdet av ett kontrasterande perspektiv till representationsdiskursen ska kunna lyftas fram behöver vi skapa oss en bild av vilka kunskapsluckor det kontrasterande perspektivet (i det här fallet uttrycksdiskursen) är tänkt att fylla. Det är därmed av vikt med någon typ av epistemologisk och metodologisk översikt över rättstillämpningsteori och en analys avseende på vilket sätt rättslig epistemologi hänger samman med representationsdiskursen. Epistemologi för rättslig normtillämpning (rättstillämpning), det vill säga teori avseende hur kunskap om rättstillämpning kan nås, är emellertid ett oerhört brett ämne. Rättstillämpningens epistemologi berör dels sätt att finna, förstå, representera och konstruera rättsnormer, dels sätt att sammankoppla, eller 'tillämpa', dessa normer på en avgränsad situation, eller fakta, dels sätt att förstå eller ta reda på vad som utgör fakta. Teorier för att bestämma vad som 'är rätt' utgör, vilket redan nämnts, en av de mest frekventa nodalpunkterna för rättsvetenskaplig ontologi och epistemologi och jag har inte för avsikt att på ett uttömmande sätt beskriva eller kartlägga alla möjliga sätt att närma sig dessa frågor. Det centrala momentet består här i att förstå vilken typ av diskursivt uttryck en viss typ av epistemologi för med sig och på vilket sätt rättsliga narrativ kan komplettera den redan etablerade rättsvetenskapliga metodologin.

För att förstå de diskursiva effekterna, som olika epistemologiska perspektiv bidrar till att producera, kommer jag att i viss mån använda mig av en systemteoretisk terminologi. Systemteorin fungerar här alltså som ett verktyg för att förklara de systemövergripande effekterna av vissa epistemologiska och metodologiska antaganden om rättstillämpning medför. Inte minst kan systemteori användas för att visa hur epistemologiska svårigheter inte nödvändigtvis utgör ett hot mot representationen av rätten. Detta eftersom representationsdiskursen verkar ha en förmåga att 'läka' och 'inkorporera' till synes icke-rättsliga representationer som rättsliga. Men detta återkommer jag till.

Det bör redan inledningsvis påpekas att det bland de metodologiska perspektiv som kommer att presenteras råder viss begreppsmässig förvirring på det epistemologiska området. Begrepp såsom *rättstillämpning*, *subsumtion*, *rättslig argumen-*

tation överlappar på många sätt varandra och på engelska gäller motsvarande för *legal argumentation*, *rule-application*, *methods for legal arguments* med mera.<sup>313</sup> Det kan vidare vara oklart huruvida teori och metodologi, som presenteras framöver, avser *rättsvetenskaplig praktik* eller *'rättstillämpande' praktik*. När det gäller detta är det nog ofta så att begreppen har bäring inom båda fälten, alternativt att de medför att någon skiljelinje mellan teori och praktik inte produceras. Det finns emellertid även en mängd teoretiska ansatser vilka framförallt fokuserar på att ringa in rättsliga praktiker som ett system bortom dess tillämpning. Dessa perspektiv handlar alltså inte huvudsakligen om att förstå den rättstillämpande processen utan istället om att förstå rättssystemet eller *rätten* som självständigt och avgränsat objekt.<sup>314</sup> Indirekt har detta även påverkan för tillämpningen och någon klar gräns mellan teori, som behandlar normtillämpning, och teori, som inte berör normtillämpning, är antagligen inte möjlig att dra.<sup>315</sup> Vidare kan det råda oklarheter avseende om de teoretiska och metodologiska utgångspunkterna har normativa eller deskriptiva ambitioner. Föreställningar om *rätten* som objekt kan emellertid ha stor påverkan på hur rättsliga diskurser etableras och på hur den rättsliga praktiken gestaltas, oavsett om dessa föreställningar gör anspråk på att beskriva hur något är respektive bör vara.<sup>316</sup>

I det efterföljande har jag huvudsakligen försökt förhålla mig till förståelsen av tillämpningsmomentet och vad den förståelsen får för diskursiva effekter. De polska rättsfilosoferna Jerzy Stelmach och Bartosz Brozek har utvecklat en modell för rättslig (normtillämpande) argumentation med tre huvudkategorier. Jag kommer att utgå från dessa kategorier men delvis byta benämning på dem.<sup>317</sup> Det första området för rättslig argumentation handlar om modeller vilka gör anspråk på en *metodologisk autonomi* för hur rättslig argumentation genomförs eller bör genomföras. Den här typen av metodologisk ansats handlar om att genom ett heltäckande *'inomrättsligt'* sätt förstå rättslig argumentation. Det andra huvudområdet har en mer öppen och

---

<sup>313</sup> Stelmach, Jerzy & Brozek, Bartosz, *Methods of Legal Reasoning*. Dordrecht: Springer, 2006 s. 9.

<sup>314</sup> Jag tänker här exempelvis på *An Institutional Theory of Law* av MacCormick och Weinberger, *Rettsystemer* av Eckhoff och Sundby samt *Critical Legal Positivism* av Tuori. Teubner, Gunther, *Law as an autopoietic system*. Oxford: Blackwell, 1993, Maccormick, Neil & Weinberger, Ota, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company, 1988, Dworkin, Ronald (1986), Eckhoff, Torstein & Sundby, Nils Kristian, *Rettsystemer: systemteoretisk innføring i rettsfilosofien*. Oslo: Tanum-Norli, 1976, Tuori, Kaarlo (2002).

<sup>315</sup> Vidare är frågan om normtillämpning även inbegriper bestämning av fakta omdiskuterad, se avsnitt 4.1.1.

<sup>316</sup> Jfr Tuori, Kaarlo (2002) s. 283f och Luhmann, Niklas, *Law as a social system*. Oxford: Oxford University Press, 2004 s. 58f.

<sup>317</sup> Stelmach och Brozek benämner sina kategorier *methodological autonomy*, *methodological heteronomy* och *the rejection of method*, Stelmach, Jerzy & Brozek, Bartosz (2006) s. 1-9. Jfr här även Luhmann som delar in rättsteori i *naturrättsliga teorier*, *rättspositivistiska teorier* och *rättssociologiska teorier*, Luhmann, Niklas (2004) s. 5-6. Luhmanns indelning handlar emellertid enbart om teorier med ambitionen att kunna identifiera och konstituera *rätten* som ett sammanhållet objekt, se s. 58f och introduktionen s. 4.

dynamisk framtoning och lyfter fram hur rättsvetenskapen till viss mån kan förklara den rättsliga argumentationen men att stöd från andra vetenskapliga discipliner såsom matematik, logik, fysik, biologi, lingvistik, hermeneutik, sociologi, ekonomi med mera kan behövas, både för att utvärdera och förstå men också för att skapa nya argument.<sup>318</sup> Jag kommer att benämna den här ingången för *semi-autonom*. Det tredje området förkastar tanken (eller sorterar den som icke-relevant) avseende om det är möjligt att med en säker metodologisk och vetenskaplig ansats beskriva eller förstå rättslig argumentation. Ett sådant, *kritiskt*, perspektiv kan sägas vara det jag delvis intar när jag, för att förstå den rättsliga argumentationen, med grund i ontologiska utgångspunkter, lämnar begreppet rättstillämpning till förmån för begreppet rättsliga narrativ. Jag har i det efterkommande valt att benämna de tre huvudspåren för *autonom metodologi om rättslig argumentation*, *semi-autonom metodologi om rättslig argumentation* samt *kritisk metodologi om rättslig argumentation*.<sup>319</sup> Klassificeringar av det här slaget riskerar givetvis att, i mer eller mindre stor utsträckning, låsa in rättsteoretiska perspektiv inom ramar vilka kan betraktas som missvisande eller godtyckliga.<sup>320</sup> Det är således viktigt att ha i åtanke att syftet med mina tre kategorier är att påvisa de metodologiska perspektivens diskursiva påverkan för rättstillämpningsbegreppet. I andra hänseenden är det möjligt att göra kategoriseringar där teorier, vilka här hamnar i olika kategorier, skulle förenas och vice versa.<sup>321</sup>

---

<sup>318</sup> Stelmach, Jerzy & Brozek, Bartosz (2006) s. 2.

<sup>319</sup> Angående det till semi-autonomi närliggande begreppet *partiell autonomi* se Gustafsson, Håkan, *Rättens polyvalens: en rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet*. Lund: Sociologiska institutionen LU, 2002 s. 81ff.

<sup>320</sup> Jfr Samuelsson, Joel (2008) s. 131ff.

<sup>321</sup> Exempelvis görs ibland uppdelningen mellan normativa teoritraditioner för rättsligt beslutsfattande, vilka betonar sättet som rättslig argumentation legitimeras på, och teoritraditioner som betonar hela den process vilken ligger bakom beslutsfattandet, det vill säga även processer som inte nödvändigtvis bör vara en del av beslutsfattandet, se Gräns, Minna (2013b) s. 19. Ibland uttrycks detta som *context of justification* respektive *context of discovery*. Gräns, men även Zahle, har emellertid sett bortom dikotomin mellan legitimering och beslutsprocess, Gräns, Minna (2013b) s. 19 och Zahle, Henrik (2005). Se även Johanna Niemi-Kiesiläinen et. al. som kategoriserar och diskuterar olika typer av språkteoretiska ingångar till rättsligt metodologi, bland annat med hjälp av uttrycken 'realistiska' och 'anti-realistiska' ansatser, Niemi-Kiesiläinen, Johanna, Honkatukia, Päivi & Ruuskanen, Minna (2007) s. 9-10. För ytterligare exempel på kategoriseringar av rättslig metodologi se Posners 'nine theories of judicial behaviour', Posner, Richard A., *How Judges Think*. Cambridge: Harvard University Press, 2010 s. 19ff. Se även Fullers humoristiska redogörelse för olika typer av rättsliga ideal i det hypotetiska målet "The Speluncean Explorers", Fuller, Lon L., "The Case of the Speluncean Explorers", *Harvard Law Review*, 62/4 (1949).

### 3.2.1. Autonom metodologi om rättslig argumentation

Autonom rättslig metodologi för rättslig argumentation gör anspråk på att med hjälp av självständiga 'interna' kriterier avgöra vad som utgör rättslig argumentation. Andra discipliner, med bas i naturvetenskap, samhällsvetenskap eller humaniora, kan då på sin höjd fungera som 'hjälpvetenskap' för att stärka den rättsliga argumentationen.<sup>322</sup>

Den mest centrala teoretiska riktningen inom det autonoma rättsvetenskapliga fältet, vilket fortfarande har relevans, utgörs av *rättspositivismen*. Kännetecknande för rättspositivismen är att den utgår från att rättsnormer går att härleda till ett bestämt och tydligt utpekat subjekt, företrädevis en nationell lagstiftare. En nyckelaspekt utgörs av rättskällornas legitima ursprung snarare än deras legitima innehåll.<sup>323</sup> Olika typer av rättspositivistiska modeller har olika nyckelkoncept för att hålla samman det rättsliga objektets enhetliga representation. För en av rättspositivismens förgrundsgestalter, Hans Kelsen, utgörs det systemövergripande konceptet av *grundnormen* som utgör en intern, hypotetisk, dragningskraft vilken leder den rättsliga argumentationen mot en sammanhållen enhet.<sup>324</sup>

För en annan nyckelperson inom det positivistiska fältet, H. L. A. Hart, skapas rättssystemets sammanhållning med hjälp av en analytisk modell där den inre och yttre aspekten av *igenkänningsregeln* pekar mot vilken typ av rättsnormer, och vilken typ av rättslig argumentation, som medför legitima rättsliga representationer.<sup>325</sup> Nutida rättspositivism kännetecknas vidare av föreställningen att den utpekade normgivaren och normerna i sig kan förstås som en social praktik och som sociala

---

<sup>322</sup> Stelmach, Jerzy & Brozek, Bartosz (2006) s. 7. Detta är en diskussion som varit aktuell inom svensk akademi så sent som för tio år sedan, se Heuman, Lars, "Hjälpvetenskapernas betydelse för rättstillämpningen och rättsvetenskapen", *Juridisk Tidskrift*, 2005/06/4 (2005), 768-789 och kritiken från Gräns, Minna, "Om hjälpvetenskapens betydelse för rättstillämpningen och rättsvetenskapen", *Juridisk Tidskrift*, 2006/07/3 (2006a), 782-792.

<sup>323</sup> Fokuseringen på rättskällornas ursprung snarare än dess innehåll är den mest avgörande skillnaden jämfört med en annan välkänd autonom metodologisk ansats, nämligen naturrätten. Se Luhmann, Niklas (2004) s. 5.

<sup>324</sup> Kelsen, Hans, *Den rena rättsläran* (2 uppl.). Stockholm: Thales, 2008 s. 222ff. När det gäller konkret tillämpning i enskilda fall menade emellertid Kelsen att detta innebar en tolkning vilket bygger på ett "andligt förfaringsätt" och att varje rättsakt därmed även i viss grad är "obestämd" (s. 381-382). Se även Gräns, Minna (2013b) s. 26ff och Gustafsson, Håkan, "Fiction of Law", *Rechtstheorie*, 3 (2010b), 319-363 s. 321f.

<sup>325</sup> Hart, Herbert, Lionel, Adolphus, *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon, 1961. Se även Gräns, Minna (2013b) s. 30-31 och Dahlstrand, Karl, 'Norms in Perspective: Norms about norms - a Hartian perspective', i Baier, Matthias (red.), *Social and Legal Norms* (Famham: Ashgate, 2013), 89-105 s. 89-92.



fakta.<sup>326</sup> Eftersom rättsnormerna utgör representationer av en typ av fakta är de möjliga att identifiera och hantera utan att den rättsliga epistemologin behöver beblandas med exempelvis moraliska, funktionella eller ekonomiska överväganden.<sup>327</sup> Det är därmed möjligt att teckna en fullständig förteckning över den, vid varje tillfälle givna, gällande normmassan inom en jurisdiktion. Den rättsliga representationen blir, med den här typen av teoretiskt förhållningssätt, fullständig. För att åstadkomma representationerna av rätten kan *den rättsliga metoden* eller *rättskällevärdet* användas (den 'interna' rättsliga metoden betecknas stundtals som *begrepps-jurisprudens*, *rättsdogmatik* och *rättslig formalism*).<sup>328</sup>

För tillämpningen i mer snäv bemärkelse, det vill säga sammankopplingen mellan norm och fakta, blir begreppet *subsumtion* centralt för ett autonomt metodologiskt perspektiv. För att kunna genomföra en autonom subsumtion behövs säkra metoder, både för att definiera och avgränsa fakta samt för att avgränsa och definiera rättsnormer. Dessutom förutsätter den autonoma rättsliga metodologin att det är både teoretiskt och praktiskt möjligt att representationen för fakta och representationen för norm behandlar samma sak. Den rättsliga metodologin bygger då dels på ett antagande om att det är möjligt med ett neutralt språkbruk, dels att tillämpningen kan förstås som syllogismer.<sup>329</sup>

De rättsteoretiska och språkteoretiska antaganden, vilka krävs för att kunna genomföra rättstillämpning på det här sättet, har emellertid utsatts för fundamental kritik som kan föranleda att ta några steg tillbaka från föreställningen om att rättstillämpning består av syllogismer. Exempelvis framhåller Peczenik att den enkla och logiska slutledningen inte fungerar för "svåra fall" som bland annat kan bero på exempelvis "lagspråkets oklarhet, samhällseliga förändringar och maktindelning mellan lagstiftare och domstol".<sup>330</sup> De svåra fallen öppnar upp för en semi-autonom metod-

---

<sup>326</sup> Spaak, Torben, "Rättspositivism och juridisk argumentation", *Juridisk Tidskrift*, 2 (2005/06), 563-597.

<sup>327</sup> Stelmach, Jerzy & Brozek, Bartosz (2006) s. 214-215. Spaak betecknar möjligheten att fastställa gällande rätt uteslutande med faktuelle kriterier för *den sociala tesen*, Spaak, Torben, 'Rättspositivism och juridisk metod', i Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära* (Lund: Studentlitteratur, 2013) s. 55.

<sup>328</sup> Stelmach, Jerzy & Brozek, Bartosz (2006) s. 9. Föreställningen om objektiva lagtolkningsteorier gjorde insteg i Norden i slutet av 1800-talet men kritiserades kraftigt av rättsrealistiska företrädare, bland annat Ross, se Björne, Lars, *Realism och skandinavisk realism: Den nordiska rättsvetenskapens historia - del IV 1911-1950*. Stockholm: Institutet för rätthistorisk forskning, 2007 s. 439ff. För en allmän redogörelse för olika 'interna' metoder se Wacks, Raymond, *Understanding Jurisprudence* (4 uppl.). Oxford: Oxford University Press, 2015.

<sup>329</sup> Jfr Aarnio, Aulis, Alexy, Robert & Peczenik, Aleksander (1981) och Peczenik, Aleksander (1995) s. 290.

<sup>330</sup> Peczenik, Aleksander (1995) s. 292. Det bör här noteras att 'enkla' och 'svåra' fall gör anspråk på att förhålla sig till rättsfallets objektiva förutsättningar snarare än att utgöra ett sätt att från rätts-tillämparens sida konstatera att det finns anledning till ett metodologiskt förhållningssätt som öppnar upp för andra typer av överväganden.

ologi för rättslig argumentation, vilket vi återkommer till. För Torben Spaak innebär svårigheterna att tolka och tillämpa rättskällorna att rättspositivismen inte kan anses utgöra en användbar teori för att behandla rättstillämpning. Rättspositivismen är således användbar endast för att identifiera rättskällor och inte för att tolka eller tillämpa dem.<sup>331</sup> Andra positivisterna, såsom Joseph Raz, framhåller vikten av att upprätthålla en autonom epistemologi även avseende rättstillämpning i syfte att på ett auktoritärt sätt kunna legitimeras att domstolens argument skiljer sig, och har rätt till företräde, framför parternas egen uppfattning om hur en konflikt bör lösas.<sup>332</sup>

Ett exempel på positivism, vilken även inbegriper tillämpningssteget, utgörs av den metodologi som utvecklats av Dworkin i *Law's Empire*. Den korrekta förståelsen av rätten och den korrekta förståelsen av tillämpningen handlar för Dworkin inte om normens ursprung och inte heller om antaganden om språkets neutralitet. Den tillämpning som är korrekt är istället den tillämpning vilken bäst stämmer överens med den institutionella och konstitutionella rättsliga historien. För Dworkin kan rätten därmed vara enhetlig trots att den ständigt utsätts för tolkning.<sup>333</sup> Rättens enhet liknas av Dworkin vid ett imperium under ständig expansion där de tillämpande subjekten vid varje tillämpande tillfälle, med grund i sin integritet, frågar sig om den rättsliga utvidgningen ryms inom ramarna för 'imperiets ideal'. Dworkin liknar även tillämpningen vid en kedjenovell där nästa tillämpning (nästa kapitel i novellen) måste författas på ett sätt så att den blir begriplig i förhållande till det föregående. Koherens blir en inomrättslig princip snarare än ett grundantagande (såsom för Kelsen).<sup>334</sup>

Vad får då en autonom metodologisk epistemologi för effekt på hur rätten representeras? För den autonoma rättsliga metodologin är det centralt att avgöra hur rättsliga normer och rättslig normtillämpning skiljs från icke rättsliga normer och icke-rättsliga överväganden i tillämpningsfasen.<sup>335</sup>

---

<sup>331</sup> Spaak, Torben (2013) s. 56. Även Alexy är av en liknande uppfattning, Alexy, Robert, "Justification and Application of Norms", *Ratio Juris*, 6/2 (1993), 157-170.

<sup>332</sup> Raz, Joseph, "Authority, Law and Morality", *The Monist*, 68 (1985), 295-324 s. 300-305, Penner, James & Melissaris, Emanuel, *McCoubrey & White's Textbook on Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press, 2008 s. 98-100.

<sup>333</sup> Wacks, Raymond (2015) s. 137.

<sup>334</sup> Dworkin, Ronald (1986) s. 225ff. Dworkins positivism skiljer sig på många sätt fundamentalt från övrig rättspositivism som presenterats här. De hör enligt min mening dock ändå hemma inom en autonom rättslig metodologi eftersom den framhårdar i rättens 'interna' och självständiga metodologi. I viss mån än mer 'intern' jämfört med Kelsen och Hart eftersom Dworkin menade att det fanns ett korrekt svar på rättsliga problem innan ett mål hade avgjorts även i så kallade 'svåra fall'. Här skiljer han sig från Kelsen och Hart som menade att domaren måste ta till sin egen moral i de svåra fallen, se Jackson, Bernard S., *Semiotics and Legal Theory*. New York: Routledge, 1985 s. 193. Angående Dworkin, se även avsnitt 2.2.

<sup>335</sup> För andra samhällsliga subsystem blir andra distinktioner avgörande. Där det för rätten handlar om distinktionen mellan rätt och icke-rätt, kan det för det ekonomiska systemet handla om

Tvärtemot vad den rättspositivistiska idén om rättskällor verkar innebära, det vill säga att rättssystemet kan ses som hierarkiskt, har det framhållits att en autonom rättslig logik istället leder till att den rättsliga diskursen konstrueras genom en typ av cirkelresonemang. Rättsliga normer förankras i rättskälleläran som redan utgör en typ av rättslig norm (vilken pekar ut rättsliga normer). En autonom rättslig diskurs präglas alltså av att *rättsliga* argument även används för att konstituera rätten.

Det här sättet att (sociologiskt) beskriva rättens enhet som ett system, vilket på ett cirkulärt sätt reproducerar sig självt, har grund i systemteori som utvecklades (förvisso i ett helt annat sammanhang) under 1970-talet.<sup>336</sup> Ett nyckelord i den systemteoretiska förståelsen av rättens autonomi är *autopoiesis*, vilket är grekiska för just 'självproducerande'.<sup>337</sup> Den systemteoretiska förståelsen har utvecklats av sociologen Niklas Luhmann, och sedan även av rättsteoretikern Günther Teubner, för att kunna beskriva och förklara rättssystemet.<sup>338</sup> Avgörande för att förstå rättssystemet är att kunna finna de 'inre logiker' vilka medför att skiljelinjen mellan det rättsliga och det icke-rättsliga vidmakthålls.<sup>339</sup>

Det är här cirkelresonemanget åter kommer in i bilden. När rättsliga argument hämtar sin legitimitet i andra rättsliga argument uppstår en typ av exklusiv självreferering.<sup>340</sup> Den rättsliga diskursen blir då *autopoietisk*. Detta innebär att den rättsliga diskursen är oberoende av från rätten 'externa' argument för att legitimeras, såsom moraliska, ekonomiska, politiska eller liknande. Det är enbart källor till argumentation, vilka redan betraktas som rättsliga, vilka kan göra ett rättsligt argument giltigt.<sup>341</sup> Teubner har illustrerat hur den självrefererande logiken hänger samman mellan rättsliga operationer, strukturer, processer, gränser och miljöer vilket leder till att olika grenar av den rättsliga praktiken också produceras i förhållande till varandra.<sup>342</sup> När ett rättsligt system inte längre hämtar sitt innehåll från externa

---

ekonomisk effektivitet och för det politiska systemet om makt, se Torpman, Jan, *Rättssystemets lärande*. Stockholm: Stockholms Universitet, 2002 s. 11.

<sup>336</sup> Verala, Fransico G., Maturana, Humberto R. & Uribe, R., "Autopoiesis: The organization of living systems, its characterization and a model", *Biosystems*, 5/4 (1974), 187-196.

<sup>337</sup> Maturana, Humberto R. & Varela, Fransico J., *Autopoiesis and Cognition: The Realization of the Living*. London: D. Reidel Publishing Company, 1980 s. 78-79. Motsatsen till ett autopoietiskt system är ett allopoietiskt system vilket kännetecknas av att det producerar något annat än sig självt, såsom exempelvis bilar som produceras på ett löpande band i en bilfabrik.

<sup>338</sup> Se exempelvis Luhmann, Niklas (2004) och Teubner, Gunther (1993) för övergripande redogörelser för den systemteoretiska förståelsen av rättssystemet.

<sup>339</sup> Luhmann, Niklas (2004) s. 93. Jfr Svensson, Eva-Maria (1997) s. 55 och Gustafsson, Håkan (2011) s. 37.

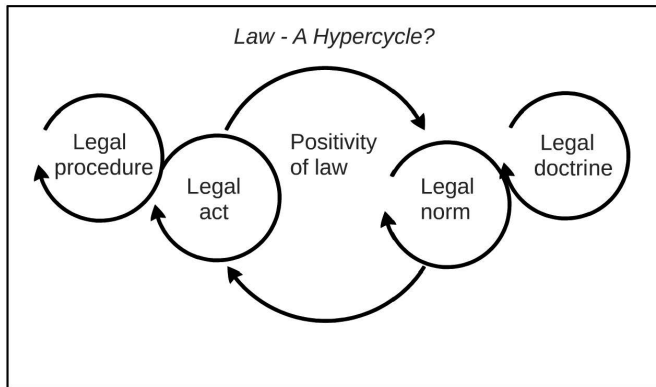
<sup>340</sup> Teubner, Gunther (1993) s. 39. Se även Van Hoecke, Mark, *Law as Communication* Oxford: Hart, 2002 s. 19ff.

<sup>341</sup> Luhmann, Niklas (2004) s. 94, Teubner, Gunther (1987) s. 20.

<sup>342</sup> Luhmann, Niklas (2004) s. 94, Teubner, Gunther (1993) s. 33.

faktorer utan från varandra bildar de en *autopoietisk rätt* med formen av en "hypercycle", se figur 2.<sup>343</sup>

Figur 2.<sup>344</sup> Teubners hypercycle



När den autonoma metodologin omfattar även rättstillämpningen framstår sammankopplingen mellan norm och fakta som en säker logisk deduktion. I den mån det finns en autonom metodologi att förlita sig på finns det även ett korrekt sätt att sammankoppla den i målet aktuella händelsen med de för tillfället gällande rättsnormerna. Rättstillämpning handlar då om att göra noggranna representationer av fakta respektive norm, det mellanliggande ledet, den tillämpande metoden, är given. Att den rättsliga diskursen kretsar kring sina egna benämningar brukar inom systemteorin kallas för att rätten är 'operationellt sluten'.<sup>345</sup> Men detta innebär emellertid inte att rätten skulle vara fri från 'externt' inflytande, vilket brukar benämnas som att rätten, samtidigt som den är operationellt sluten, även är 'kognitivt öppen'. Jag återkommer till detta i avsnitt 3.2.2.

Den typ av autonom metodologi som presenterats här kan sägas känneteckna tingsrättens avslutande subsumtion i Hansamålet:

Tingsrätten har slutligen att ta ställning till om det med stöd av 36 § avtalslagen föreligger skäl att jämka avtalet eller i dess helhet lämna det utan avseende. Svarandena har i denna del gjort gällande att det är förhållanden som har inträffat efter avtalets

<sup>343</sup> Teubner, Gunther (1993) s. 37.

<sup>344</sup> Teubner, Gunther (1993) s. 37.

<sup>345</sup> Luhmann, Niklas (2004) s. 93.

tillkomst som utgör skäl för jämkning. Bestämmelserna i 36 § avtalslagen skall tillämpas restriktivt, men försiktigheten blir mer framträdande då det rör sig om avtal mellan två näringsidkare än, som i förevarande mål, mellan näringsidkare och konsument. Tingsrätten finner att på de skäl som svarandena har anfört finns skäl att jämka avtalet. På de grunder svarandena har anfört och med beaktande av att det visats att svarandena tillfullo erlagt betalning och till rätt borgenär finner tingsrätten att avtalet i dess helhet skall lämnas utan avseende.

Tingsrättens motivering blir enligt min mening begriplig enbart inom ramen för föreställningen om en autonom rättslig metodologi. Det saknas helt information om på vilket sätt sammanlänkningen görs mellan svarandens åberopade omständigheter och de normer som kan relateras till avtalslagens 36 §. Den enda information, vilken ges avseende bedömningen, är i princip att det är den något mindre restriktiva tolkningen av paragrafen som använts eftersom partsrelationen utgörs av en näringsidkare och en konsument. Inom ramen för en rättslig praktik, vilken bygger på föreställningen om en autonom metod för att ta reda på fakta, norm samt koppla samman dessa, behövs emellertid inte någon mer information avseende bedömningen eftersom denna är fri för var och en att ta del av på annat sätt; fakta i målet har presenterats på ett sakligt sätt, betydelsen av 36 § avtalslagen framgår av den gällande rätten och sammankopplingen har genomförts med hjälp av deduktiv logisk subsumtion. Tingsrättens avslutande bedömning i Hansamålet framstår därmed, på ytan, ligga i linje med en autonom metodologisk teori om rättslig argumentation.

### 3.2.2. Semi-autonom metodologi om rättslig argumentation

Inom det semi-autonoma området finns en rad olika sätt att närma sig rättstillämpningsbegreppet på. Kännetecknande är dock att å ena sidan värna om den rättsliga kunskapen men samtidigt, å den andra sidan, öppna upp för dynamisk och utvecklande interaktion med andra discipliner.<sup>346</sup>

Den rörelse i Norden, vilken kännetecknas av den här typen av epistemologi, och som varit tongivande i nästan ett sekel, utgörs av den skandinaviska rättsrealismen. Ett centralt kännetecken för den realistiska rörelsen är att den sträcker sig bortom en rättsvetenskaplig metodologi som uteslutande förlitar sig på interna studier av rätten. Rättsliga termer, såsom skyldighet och rättighet, existerar för rätts-

---

<sup>346</sup> Se exempelvis Eckhoff, Torstein & Sundby, Nils Kristian (1976) s. 12-13. Gräns menar att användningen av så kallade 'andra vetenskaper' har vuxit markant sedan 1970-talet, Gräns, Minna, 'Användningen av andra vetenskaper', i Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära* (Lund: Studentlitteratur, 2013a), 421-434 s. 422.

realismen inte i sig utan utgörs i själva verket av psykologiska reaktioner hos individer i samhället.<sup>347</sup> "För övrigt anser jag, att metafysiken bör förstöras", något Axel Hägerström, en av den skandinaviska rättsrealismens nyckelpersoner, sägs ha proklamerat under sina föreläsningar.<sup>348</sup> Hägerström konstaterade vidare att "rättsordningen är i det hela intet annat än ett maskineri, i vilket kuggarna utgörs av människor".<sup>349</sup> Villhelm Lundstedt, som vidareutvecklade Hägerströms teorier, menade att föreställningen om den 'gällande rätten' skapar "rättsideologiska slöjor". Rättsvetenskapen använder sedan dessa slöjor för att realisera egna och andras värderingar för att därigenom generera nya rättsföreställningar.<sup>350</sup> De rättsideologiska slöjorna döljer dock i själva verket faktumet att det är juristens egna värden och uppfattningar av rätten som kommer till uttryck när 'gällande rätt' tillämpas.<sup>351</sup>

Mest relevant för förståelsen av rättstillämpning, i sin snäva bemärkelse (att sammankoppla norm med fakta) inom den rättsrealistiska traditionen, är antagligen Alf Ross. För att förstå den rättsliga realiteten gör Ross en jämförelse mellan rättstillämpning och ett parti schack. Varken studier av schackspelarnas faktiska beteende eller studier av en instruktionsbok kommer att vara tillräcklig för att förstå de avgörande direktiven för schackspelet.<sup>352</sup> Även efter att ha studerat tusentals partier skulle det kunna vara möjligt att tro att det är förbjudet att öppna med tornets bonde (eftersom ingen öppnar på det sättet). Det finns vidare inte några garantier att instruktionsboken motsvarar den spelande praktiken och således ger inte heller schackets regelbok någon säker information om vad som gäller. För att förstå vilka normer som är avgörande i praktiken (i tillämpningen) måste istället studierna sätta sig in i det 'inre meningssammanhang' schackspelarna intar när de spelar. Hypoteser (representationer) av direktiven för schackspelet kan sedan testas genom studier av det reella utfallet. Hypotesen om att springaren endast får flytta två steg i en riktning och därefter ett steg åt sidan kan testas genom studier av praktiken. På samma sätt förhåller det sig med rättsliga normer. Prognoser utifrån det inre meningssammanhanget, tillsammans med efterföljande studier som påvisar prognosens genomslag i praktiken (dess effektivitet), ger information om rätten. Studier av rätten, vilka inte tar hänsyn till dess reella praktik, utgör enligt Ross, inte studier

---

<sup>347</sup> Stelmach, Jerzy & Brozek, Bartosz (2006) s. 4.

<sup>348</sup> Strömberg, Tore, *Rättsfilosofins historia i huvuddrag*. Lund: Studentlitteratur, 1989 s. 66. För ett något mer utförligt resonemang se Hägerström, Axel, *Socialfilosofiska uppsatser*. Göteborg: Daidalos, 2010 s. 15-16. Avseende Hägerströms betydelse för den skandinaviska rättsrealismen se Lyles, Max (2006).

<sup>349</sup> Hägerström, Axel, "En straffrättslig principundersökning", *Svensk Juristtidning*, 1939 (1939), 209-225 s. 214.

<sup>350</sup> Lundstedt, Villhelm, *Det Hägerström-Lundstedtska misstaget: sju föreläsningar samt efterskrift* Stockholm: Geber, 1942 s. 128-129. Se även Glavå, Mats & Petrusson, Ulf (2002) s. 114.

<sup>351</sup> Glavå, Mats & Petrusson, Ulf, 'Law in a Global Knowledge Economy - Following the Path of Scandinavian Sociolegal Theory', i Wahlgren, Peter (red.), *Law and Society: Scandinavian Studies in Law* (53; Stockholm: Jure, 2008), 94-133 s. 97.

<sup>352</sup> En observation han delar med Wittgenstein, Wittgenstein, Ludwig (2012) s. 90-93.

av rätten, utan endast studier av förslag om vad rätten skulle kunna vara.<sup>353</sup> Med Ross definition är det alltså inte tillräckligt att systematisera rättskällorna för att skapa sig en förståelse av rättslig argumentation. Samtidigt är detta möjligen till föga nytta för den som vill förstå hur schack spelas. Rättsrealismens fokus på att kunna finna teoretiska satser om 'rättens vara' ger inte någon rekommendation om hur schackpjäserna bör flyttas (för att vinna partiet). Här framträder även en skarpare gränsdragning mellan deskriptioner av rätten och normativa modeller för rättslig argumentation.

Den realistiska inriktningen saknar emellertid inte normativa modeller och bör-frågor har besvarats med begrepp såsom *samhällsnyttan*, *funktionell ändamålsenlighet* och *ekonomisk effektivitet*. Begreppen har det gemensamt att de eftersträvar realistiska (i betydelsen mätbara) referenser för att vägleda rättstillämpningen.<sup>354</sup> Ofta tar sig dessa influenser in i rättstillämpningens representationer genom så kallade 'sakskaäl'.<sup>355</sup> Thomas Wilhelmsson har exempelvis framhållit hur rättstillämpningen i ett mer pluralistiskt och komplext samhälle inte kan luta sig mot att samtliga vägledande normer kan härledas från lagstiftningsprocessen. Detta föranleder att domaren måste kunna behärska en rad andra typer av kompetenser för att kunna fatta legitima beslut.<sup>356</sup>

---

<sup>353</sup> Ross, Alf, *Om Ret og Retfærdighed*. Köpenhamn: Nyt Nordiskt Forlag, 1953 s. 55-58. Se även Wacks, Raymond (2015) s. 179-180.

<sup>354</sup> Angående ekonomisk funktionell ändamålsenlighet se exempelvis Andreasson, Jens et al., "Prioritet för köpare - en fråga om tradition eller princip!", *Svensk Juristtidning*, /9 (2015), 709-748 eller Bastidas Venegas, Vladimir, 'Rättsekonomi', i Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära* (Lund: Studentlitteratur, 2013), 175-206 s. 175. Angående ändamålsenlighet inom en typ av semi-autonom pluralism se Andersson, Håkan, "Diversity and Unity: In Search of a Pluralistic View on Problems in Tort Law", *Scandinavian Studies in Law*, 41 (2001), 11-30. Angående den amerikanska rättsrealismens ändamålsenlighet i (relativ) nutid se Unger, Roberto Mangabera, *What Should Legal Analysis Become?* New York: Verso, 1996 s. 129ff.

<sup>355</sup> 'Sakskaäl' är Peceniks uttryck, vilket jag redogjort för i avsnitt 3.1.1.1. Strömholm talade istället om 'sakens natur', Strömholm, Stig (1996) s. 397-398. Ross kallade dem 'forholdets natur' eller 'reale hensyn', Ross, Alf (1953). Eckhoff använde begreppet 'reelle hensyn', Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*. Oslo: Universitetsforlaget, 2001 s. 366-399. För en översyn över dessa begrepp se Gräns, Minna (2013b) s.36ff.

<sup>356</sup> Wilhelmsson, Thomas, *Senmodern Ansvarsrätt*. Helsingfors: Juristförbundet, 2001 s. 120-122. Den senmoderna juristens ansvar gestaltas på ett slående sätt i följande citat från Wilhelmsson: "One may envisage that empathy will become one of the keywords for critical legal practice. A welfareist legal strategy may require the recognition of the value of empathy for those who need it. In additions to Hercules J. one might need a Robin Hood J. who acts empathically in individual cases." Wilhelmsson, Thomas, "Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law", i Wilhelmsson, Thomas & Hurri, Samuel (red.), *From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law* (Dartmouth: Ashgate, 1999) s. 33.

Även *koherens* har varit ett normativt nyckelord inom den realistiska traditionen.<sup>357</sup> Samtidigt innebär framlyftandet av behovet av tolkning att det omöjliga går att tala om en koherent representation av rätten. Detta eftersom varje tolkning kan sägas vara en ofullbordad representation som varken kan vara färdig eller avslutad.<sup>358</sup> Aulis Aarnio, Robert Alexy och Aleksander Peczenik har tagit fasta på att steget från det som *är* till det som *bör* vara alltid innebär ett mått av transformation, vilket därmed försvårar möjligheten att hålla fast vid den rättsliga metodologins autonomi.<sup>359</sup> Steget går dock att avgränsa och förstå på ett mer detaljerat sätt om det bryts ner till olika typer av transformationsregler, vilka hanterar och lägger tillrätta kategoribytet från *vara* till *böra*.<sup>360</sup> Det transformerande steget mellan det konkreta och det abstrakta har av Aarnio, Alexy och Peczenik beskrivits som "jumps", men eftersom det utgör ett normativt 'hopp' är det även fråga om en oundviklig transformation, åtminstone på ett teoretiskt plan.<sup>361</sup> De öppningar och transformationer, som den rättsliga argumentationen innebär, föranleder Peczenik att lyfta fram att den rättsliga argumentationen måste kompletteras med en etiskt utvärderande dimension.<sup>362</sup>

När öppningar skapas för att förstå rättstillämpning på fler sätt än via en given metodologi uppstår vid första anblick en rad problem för representationsdiskursen. Där det för den autonoma metodologin enbart finns en väg att gå mellan norm och fakta (den rättsliga) finns det för den semi-autonoma heterogena alternativ där varje steg inom rättstillämpningen inbegriper metodologiska normativa val. Rätten ska tolkas med någon typ av tolkningsmetod.<sup>363</sup> Fakta ska tolkas och förstås med någon typ av metod.<sup>364</sup> Resultatet av tillämpningen ska utvärderas med någon typ av utvärderingsreferens. Det subsumerande steget blir därmed, inom den semi-autonoma modellen, uppbrutet i en mängd mindre steg som måste hanteras var för sig

---

<sup>357</sup> Koherensbegreppet behöver alltså inte vara sammankopplat med en positivistisk epistemologi, se exempelvis Aarnio, Aulis, 'Why Coherence - A Philosophical Point of View', i Aarnio, Aulis (red.), *On Coherence Theory of Law* (Lund: Juristförlaget, 1998).

<sup>358</sup> Angående hermeneutiska perspektiv på rättslig argumentation vilka jag skulle beteckna som 'semi-autonoma', se Samuelsson, Joel, 'Hermeneutik', i Korling, Fredric & Zamoni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära* (Lund: Studentlitteratur, 2013), 317-394 s. 375.

<sup>359</sup> Peczenik, Aleksander, *The Basis of Legal Justification*. Lund: Lunds Universitet, 1983 s. 3ff.

<sup>360</sup> Aarnio, Aulis, Alexy, Robert & Peczenik, Aleksander (1981). Även Hägerström uppmärksammade svårigheten att relatera objektiva och subjektiva representationer till varandra, se Lyles, Max (2006) s. 57f.

<sup>361</sup> Aarnio, Alexy and Peczenik använder uttrycken *jump*, *transformation* och *transformation rules* huvudsakligen när de diskuterar rättssystemet i stort. Aarnio, Aulis, Alexy, Robert & Peczenik, Aleksander (1981).

<sup>362</sup> Peczenik, Aleksander (1995).

<sup>363</sup> Se exempelvis Samuelsson, Joel (2008).

<sup>364</sup> Se Strandberg, Magne, *Beviskrav i sivile saker: en bevisteoretisk studie av den norske beviskravslærens forutsetninger*. Oslo: Fagbokforlaget, 2012 och Diesen, Christian & Strandberg, Magne, *Bevisprövning i twistemål: teori och praktik*. Stockholm: Nordstedts Juridik, 2012.



och som växelverkar med varandra. Peter Wahlgren har försökt att sammanställa de olika momenten inom den rättsliga argumentationen som inbegriper normativa överväganden, vilka därmed även öppnar upp den rättsliga metodologin. Precis som för Pezzenik utgör subsumtionen utgångspunkten för Wahlgren:

The major objective of legal reasoning is to find a legal description that can be related to the current situation in order to accomplish an instance of rule application. Rule-application is performed when an individual case has been *subsumed* under a general description. Subsuming denotes thereby a process in which descriptions of factual elements and legal propositions are to serve as expressions of similar notions.<sup>365</sup>

Citatet kan ge intrycket att Wahlgren beskriver en autonom metodologi där representationerna för norm och fakta förhåller sig till varandra på ett omedelbart sätt där de helt enkelt uttrycker samma sak. Representationer av normer uttryckta som rekvisit såsom "den som uppsåtligen eller av vårdslöshet vållar personskada eller sakskada" kan då enkelt jämföras med representationer av fakta såsom 'Lisa knuffade medvetet Maria som på grund av knuffen ramlade och skrapade sönder sina nya jeans' eftersom de representerar samma fenomen. Wahlgren är emellertid, liksom många andra teoretiker vilka behandlar rättstillämpningsteori, noggrann med att påpeka att den avslutande subsumtionen inte alltid är så omedelbar.<sup>366</sup> Den föregås, och bygger på, att fakta identifierats, att rättssökningar görs samt att rätten tolkas. Vidare måste den tänkta tillämpningen även utvärderas och eventuellt omvärderas med beaktande av vilka konsekvenser beslutet leder till.<sup>367</sup> Att detta är en process som på olika sätt är sammanvävd, och där de olika skeendena är integrerade med varandra, illustrerar Wahlgren genom följande modell, figur 3.

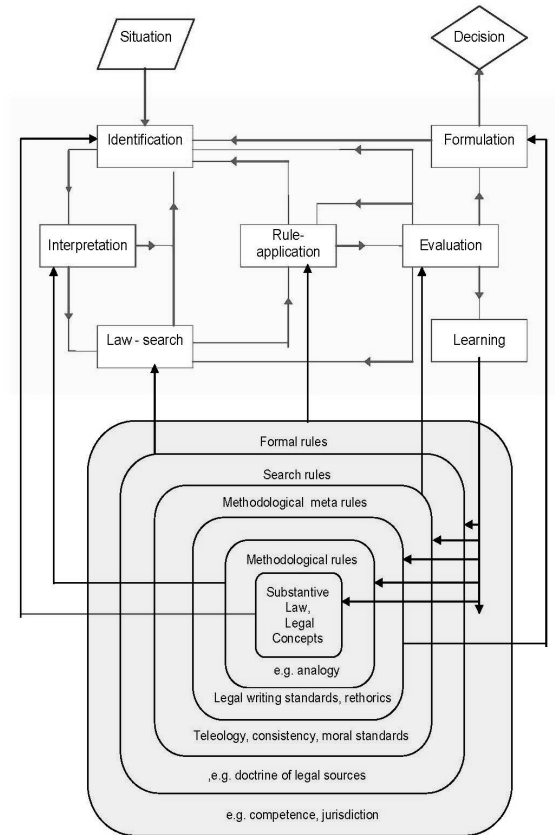
---

<sup>365</sup> Wahlgren, Peter, "Legal Reasoning - A Jurisprudential Model", *Scandinavian Studies in Law*, 40 (2000), 199-282 s. 246.

<sup>366</sup> Inom processrätten är den här typen av problematisering helt okonventionell, vilket jag återkommer till i kapitel 4, se exempelvis Ekelöf, Per Olof et al. (2016), Lindell, Bengt (1987), Lindblom, Per Henrik, 'Lagtolkning eller rättstillämpning: Kommentar till ett rättsfall (NJA 1980 s. 743)', i Höglund, Olle & Welamson, Lars (red.), *Festskrift till Lars Welamson* (Stockholm: Nordstedt, 1988), 437-467, Andersson, Torbjörn, *Rättsskyddsprincipen: EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilprocessuellt perspektiv*. Uppsala: Iustus, 1997.

<sup>367</sup> Wahlgren, Peter (2000) s. 246.

Figur 3. Wahlgrens modell för rättslig argumentation



Wahlgrens modell för att förstå rättstillämpning utgör, vilket figur 3 visar, inte en rättsfram syllogism. Istället illustreras en komplicerad process där en mängd olika moment måste genomföras i växelverkan innan processen slutligen landar i ett beslut.<sup>368</sup>

Inom den svenska processrätten finns det fler exempel på vad jag skulle beteckna som semi-autonom metodologi (bland annat genom Bengt Lindell och Per Henrik Lindblom). Jag återkommer till detta i kapitel 4-6.<sup>369</sup>

<sup>368</sup> Angående rättstillämpningens komplexitet jfr även Dalberg-Larsen, Jørgen, *Ret, tekst og kontekst. Postmodernisme og Ret*. Köpenhamn: Økonomforbundets Forlag, 1998, s.107-112.

<sup>369</sup> Inom andra fält, finns det förstås gott om exempel på den här typen av teoretiska förhållningssätt, vilka ifrågasätter ett 'förenklat' särskiljande mellan fakta och norm. Här kan exempelvis nämnas Eckhoff, Torstein (2001) och Andersson, Håkan, *Skyddsändamål och adekvans: om skadeståndsansvarets gränser*. Uppsala: Iustus, 1993. Som exempel på konkret metodologiskt

Frågan är emellertid vilka effekter den här typen av problematisering får i förhållande till representationer av den rättsliga argumentationen. Jag kommer i det följande att argumentera för att de diskursiva effekterna av en metodologi, vilken betonar transformation med många växelverkande steg, i princip är marginella och osynliggjorda. Detta trots att motsatsen framstår vara den mer rimliga slutsatsen.

Trots att den semi-autonoma metodologin föranleder utmaningar för den rättstillämpande metodologin är det inte med nödvändighet så att den föranleder någon större påverkan på hur den rättstillämpande praktiken tar sig uttryck i exempelvis domskäl. Teubner har visat hur även en semi-autonom och 'kognitiv öppen' rättslig praktik kan framstå som operationellt slutet.<sup>370</sup> Öppenhet gentemot nya typer av metodologier och influenser innebär inte med nödvändighet att den rättstillämpande praktiken tappar karaktären av att framstå enhetlig och självständig. Den rättsliga praktikens autonomi grundas, enligt Teubner, vare sig i ontologiska eller epistemologiska utgångspunkter. Den rättsliga autonomi hämtar istället sin näring genom en typ av *diskursiv* reproduktion. Han uttrycker detta som att rättens autonomi består i den kumulativa uppkomsten av självrefererande relationer, vilket ger systemet möjlighet att reproducera sig självt.<sup>371</sup> Nya metodologier kan då inbegripas i rättstillämpningen och förrättsligas genom den rättsliga diskursens självreproduktion utan att för den skull framhåvas som 'nya' eller 'externa'.

Hansamålet, vilket jag återkommit till löpnade i det här kapitlet, kan sägas utgöra ett exempel på just detta när ekonomiska överväganden avseende den förändrade finansmarknaden i grunden förändrar normerna kring hur god tro i 15 § skuldebrevslagen ska förstås. I domskälen inorporerades de finansekonomiska övervägandena genom diskreta formuleringar vilka inte på det stora hela utmanade den övergripande formen för domskälen, vilka handlade om att fakta ska underordnas etablerade rättsliga normer. Ekonomiska funktionella överväganden placerades inom formuleringar såsom att skuldebrevslagen ska fungera "på ett tillfredställande sätt" och hänsynstagande till samhällliga förändringar på finansmarknaden inrymdes i

---

hantverk inom det jag har sorterat som semi-autonom epistemologi från min egen institution, se Martinson, Claes, *Kreditsäkringar i fakturafordringar: en förmögenhetsrättslig studie*. Uppsala: Iustus, 2002, Petrusson, Ulf, *Patent och industriell omvandling: En studie av dynamiken mellan rättsliga och ekonomiska idésystem*. Stockholm: Nordstedts Juridik, 1999 och Glavå, Mats, *Arbetsbrist och kravet på saklig grund: En alternativrealistisk arbetsrättslig studie*. Stockholm: Nordstedts juridik, 1999. För ett annat exempel på en mer teoretisk nivå se Karhu, Juha, "Kontekstualitet och en (post)modern rättsskälrelära: ett finskt utkast", *Retfærd*, 1/116 (2007), 22-37. Se även Andersson, Torbjörn (1997) och Lindblom, Per Henrik (2006a). Jfr även Dahlstrand, Karl (2012). Dahlstrand utvecklar en kombination av dogmatik och rättssociologi.

<sup>370</sup> En föreställning vilken även juristutbildningen, möjligen i hela västvärlden, bidrar till att reproducera genom att förespråka och lära ut en slutet modell. Se exempelvis Neuman Jr., Richard K & Tiscione, Kristen Konrad, *Legal Reasoning and Legal Writing*. Frederick: Wolters Kluwer, 2013 s. 171ff, Watkins, Dawn (2011) och Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*. Nordstedts Juridik: Stockholm, 2011 s. 36.

<sup>371</sup> Teubner, Gunther (1993) s. 31.

ordval såsom att bankerna "numera" inte kan nöja sig med att undersöka de bakomliggande förhållandena bara när det finns särskild anledning till det.<sup>372</sup>

Jag vill därmed framhålla att en autonom rättslig representationsdiskurs därmed inte nödvändigtvis är sammanhängande med en autonom rättslig ontologi, epistemologi eller metodologi. Den etablerade rättsliga diskursens autonomi innebär inte att rätten är fri från metodologiskt inlyftande och att den rättsliga logikens avskiljande skulle göra rätten autonom från normativa influenser vilka inte är *rättsliga*. Den etablerade rättsliga diskursen interagerar ständigt med övriga samhällsområden men på sina egna *diskursiva* villkor. Detta kan därmed innebära att metodologiska influenser närmar sig den rättsliga sfären, översätts till den etablerade rättsliga diskursen, för att sedan framstå som en del av densamma.<sup>373</sup> Det är detta fenomen av normativ öppenhet, trots att rättstillämpningen alltjämt framstår operationellt slutet, som inom systemteorin brukar benämnas för rättens 'kognitiva öppenhet'.<sup>374</sup> På så sätt kan subsumtionsbegreppet fortsätta att produceras, men med ständigt förnyat metodologiskt innehåll. Den autopoietiska slutenheten innebär att rättens sätt att känna av sin omgivning sker med hjälp av rättens egna informationskanaler. Översättningsproblematiken mellan rättens omgivning och rätten handlar då inte om en inskrivning av befintliga bestämmingar. "Den hand som håller i pennan kommer därför att göra det som författare av rättens egen kognition."<sup>375</sup> Detta leder till slut till den systemteoretiska slutsatsen om att rättssystemet kan betraktas som kognitivt öppet men operationellt slutet i förhållande till omgivningen.<sup>376</sup> Den kognitiva öppenheten har av Torpman lyfts fram som nödvändig i syfte att skapa en rättsutveckling, vilken har förmåga att anpassa sig till samhällets utveckling.<sup>377</sup>

---

<sup>372</sup> I domskälen i NJA 2010 s. 467 uttrycks detta med formuleringar såsom att "[v]arken tingsrätten eller hovrätten har emellertid ansett att 15 § skuldebrevslagen fungerar på ett *tillfredsställande sätt* i förhållande till en banks kunder, ifall dessa kan förpliktas att än en gång betala sin skuld till en förvärvare därför att förvärvaren inte haft särskild anledning att misstänka att skulden var betald" och "[s]åvida inte även gäldenären är ett finansiellt institut kan en sådan förvärvare, för att vara i god tro, *numera* inte nöja sig med att undersöka de bakomliggande förhållandena bara när det finns särskild anledning till det". (mina kursiveringar).

<sup>373</sup> Exempelvis framhåller tidigare justitierådet Torkel Gregow att de mer tillrättalagda tillvägagångssätten vid rättstillämpning i många fall behöver kompletteras med frågan om resultatet är "allmänt sett rimligt", Gregow, Torkel, 'Hur resonerar domare - och hur bör domare resonera', i Lambertz, Göran, Lindskog, Stefan & Möller, Mikael (red.), *Festskrift till Torgny Hästad* (Uppsala: Iustus, 2010), 175-185 s. 179. Se även Zahle, Henrik (2005) s. 35-37 och 206-212 och Gräns, Minna (2013b) a. 36ff.

<sup>374</sup> Luhmann, Niklas, "Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System", *Cardozo Law Review*, 13 (1992), 1419-1441 s. 1427.

<sup>375</sup> Torpman, Jan (2002) s. 18-19.

<sup>376</sup> Luhmann, Niklas (1992) s. 1427.

<sup>377</sup> Torpman, Jan (2002) s. 17. Ett exempel på hur den kognitiva öppenheten kan ta konkreta uttryck har undersökts av Torpman i hans avhandling *rättsystemets lärande*, där han beskriver rättsliga konstruktioner som 'topologiska avbildningar' av samhällets strukturer. Han lyfter i avhandlingen fram den juridiska personen som ett exempel på rättssystemets förmåga att anpassa

Samtidigt innebär den diskursiva slutenheten att vissa moment fortsätter att reproduceras som tomma skal. Subsumtion, vilken framstår som en logisk syllogism, tar sig uttryck i text men under ytan döljer sig en rad normativa transformativa överväganden vilka inte synliggörs inom ramen för en etablerad rättstillämpande diskurs. Endast de överväganden som är möjliga att uttrycka inom representationskalet kan översättas till rättsliga representationer.<sup>378</sup> Håkan Gustafsson har framhållit att olika nivåer av rättslig förståelse kan innebära olika typer av kognitiv öppenhet/slutenhet respektive normativ öppenhet/slutenhet. En alltför förenklad bild av rätten medför att rätten som helhet beskrivs kognitivt öppen, vilket då osynliggör att den kognitiva öppenheten endast gäller i förhållande till vissa aspekter av den rättsliga argumentationen.<sup>379</sup> Rättssociologen Reza Banakar har angående detta påpekat att om rätten verkligen kännetecknades av kognitiv öppenhet hade den haft förmåga att lösa exempelvis etnokulturella konflikter. Detta är dock omöjligt enligt Banakar eftersom det svenska rättssystemet är operationellt slutet kring monokultur och det är därmed inte mottagligt för kognitiv öppenhet gentemot multikultur.<sup>380</sup> Samma typ av kognitiva slutenhet kan sägas prägla genusrelaterade frågor, eftersom rättskulturen skulle kunna påstås vara operationellt slutet i förhållande till differentierade subjekt.<sup>381</sup>

Teubner framhåller att rättens legitimitet inte kan vara avhängig en total anpassning till samhällets förväntningar genom att de rättsliga diskurserna skulle integreras med den samhälleliga. Detta beror huvudsakligen på att den rättsliga metodologin då skulle bli alltför komplex och svårhanterbar.<sup>382</sup> Först när det rättsliga definieras genom självbeskrivning och självkonstitution blir det fråga om ett *rätts-system*, vilket enligt Teubner är en grundläggande förutsättning för legitimitet.<sup>383</sup>

---

sig. Först när rättssystemet skapat en skillnad mellan fysiska och juridiska personer har den motsvarande skillnaden mellan individer och organisationer kunnat behandlas av rätten, och först när juridiska personer utvecklats från fiktioner till avancerade konstruktioner enligt exempelvis 'organläran', har den moderna associationsrätten effektivt kunnat hantera konflikter kopplade till organisationer. Torpman menar att rättens övriga grundbegrepp på samma sätt ständigt måste vara föremål för topologisk avbildning för att inte rättsutvecklingen ska stagnera. Jfr även Teubner, Gunther, "The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism", *Cardozo Law Review*, 13/5 (1992), 1443-1462 s. 1453.

<sup>378</sup> Searle, John R. (1999) s. 108ff, Searle, John R., *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2015 kap. 8 s. 4.

<sup>379</sup> Gustafsson, Håkan (2002) s. 86-87.

<sup>380</sup> Banakar, Reza, *Rättens dilemma: Om konflikthantering i ett mångkulturellt samhälle*. Lund: Bokbox, 1994 s. 291.

<sup>381</sup> Angående den rättsliga tankeramsinläsningen i förhållande till genus och makt se Svensson, Eva-Maria (1997) s. 308. Angående subjektets enhet och splittring, se kapitel 5.

<sup>382</sup> Teubner, Gunther (1987) s. 28-29.

<sup>383</sup> Teubner, Gunther (1993) s. 38-39. Jfr även Turois formulering om rättsvetenskapens ändamål: "[L]egal science, together with adjudication, bears the responsibility for the interpretation and systematisation of the legal order, safeguards the internal rationality of the law in terms of its

Han menar vidare att diskursen, för att representera ett rättssystem, måste uppfylla två kriterier. Det måste existera en konflikt, vilken är definierad som en *skillnad i förväntningar som kräver ett beslut*, samt ett sätt att lösa konflikten, vilket innebär att *rättsligt skiljs från icke-rättsligt*. I det sistnämnda, att det rättsliga ska skiljas från det icke-rättsliga, ligger också att det normativa innehållet i det rättsliga inte kan vara identiskt med generella sociala (icke-rättsliga) normer. Först när 'det rättsliga' definieras genom självbeskrivning och självkonstitution blir det fråga om ett rättssystem.<sup>384</sup> Teubner nämner vidare att rättsliga diskurser i domstolsmiljö oundvikligen måste förhålla sig till följande:

- 1) Constraints of decision: the conflict cannot possibly be suspended, one party has to be right, the other wrong.
- 2) Constraint of rational justification: the decision must be founded on reasons which pretend to combine consistency and responsiveness.
- 3) Constraint of rule-making: the decision reduces the complexity of the conflict to an over-simplified rule.<sup>385</sup>

Diskursiva tillrättslägganden, i exempelvis domskäl, skulle enligt Teubner klassas som icke-rättsliga om de inte förhåller sig till dessa karaktärsdrag. Med andra ord kan detta uttryckas som att det inte är möjligt att uttala sig rättsligt (i rättspraktiskt hänseende) utan att anpassa sig till dessa kriterier.<sup>386</sup> Även om domaren efter en lång process av anpassning till 'rättens ekologier'<sup>387</sup> kommer fram till att dennes beslut, oavsett utgång, kommer att innebära en orättvisa mot en av parterna, måste domaren ändå besluta sig i den ena eller andra riktningen. Likaså kan 'irrationella' segment av människans kognition inte beaktas på ett tillfredställande sätt inom en diskurs för rationalitet, tekniska argument och en konsekvent doktrin. Eftersom domstolen inte har några vidsträckta möjligheter att få full information avseende den situation vilken behandlas, kan inte heller den överväldigande erfarenheten av 'den andre' hanteras med hjälp av en komplexitetsreducerad och generell rättsregel.<sup>388</sup> Det är bland annat argument som dessa vilka medför att den semi-autonoma metodologin bör upprätthållas, trots de teoretiska komplikationer den för med sig. Detta är också

---

consistency and coherence, and contributes to the self-limitation of the law." Tuori, Kaarlo (2002) s. 283.

<sup>384</sup> Teubner, Gunther (1993) s. 38-39.

<sup>385</sup> Teubner, Gunther, "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", *Law & Society Review*, 17/2 (1983), 239-286 s. 21.

<sup>386</sup> Jfr Gutwirth, Serge, 'Providing the Missing Link: Law after Latour's Passage', i Mcgee, Kyle (red.), *Latour and the passage of law* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2015), 122-159 s. 149-150.

<sup>387</sup> Engelska: "law's ecologies", se Teubner, Gunther, "Self-subversive Justice: Contingency or Transcendence Formula of Law?", *Modern Law Review*, 72 (2009), 1-23 s. 9.

<sup>388</sup> Teubner, Gunther (2009) s. 22.

en diskussion jag återkommer till löpande i kapitel 4-7 i relation till den etablerade svenska processrättsliga terminologin kretsande kring rättsfakta, vilken enligt min mening kan betecknas som just semi-autonom.

### 3.2.3. Kritisk metodologi om rättslig argumentation

Den semi-autonoma metodologin innehåller visserligen kritiska moment och förespråkar nya rättsliga öppningar, nya rättskällor samt nya perspektiv. Men den medför inte ett ifrågasättande av representationsdiskursen i dess grundvalar. Tvärtom visar den systemteoretiska förståelsen av rättstillämpande praktiker att rätten är mycket anpassningsbar i förhållande till metodologiska inflöden (samtidigt som den kan uppvisa blinda fläckar i förhållande till de överväganden som inte rymms inom ramen för de övergripande representationerna).

I det förevarande avsnittet kommer kritiska metodologiska teorier avseende rättslig argumentation att introduceras. Det är inom en kritisk metodologisk ansats avhandlingens narratologiska forskning som placeras. I kapitel 4-7 kommer jag att utveckla, och testa, en typ av narratologisk metodologi vilken förmår bryta sig loss från etablerade diskursiva föreställningar om rätten.

Redan 1929 argumenterade Joseph Hutcheson, en teoretiker inom den amerikanska rättsrealismen, för att domaren, vid avgörandet av ett mål, måste förlita sig på sin intuition, känsla och fantasi. Den reaktion domaren tar med sig från sin 'hunch' är det mest centrala för rättslig argumentation och den kan inte låta sig fångas inom en rättsvetenskaplig teori.<sup>389</sup> Minna Gräns har, 84 år senare, med hjälp av kognitionspsykologi argumenterat för att normativa rättsvetenskapliga teorier om rättslig metodologi inte är möjliga att upprätthålla i praktiken. Istället använder rättsliga praktiker, såsom domstolar, betydligt enklare kognitiva processer, tumregler och heuristiker för att komma fram till rättsliga beslut.<sup>390</sup> Rättstillämpning är alltså inte fullständigt godtyckligt, såsom Hutcheson kan förstås, men inte heller helt analytisk. Gräns påpekar att kognitionsforskningen tyder på att beslutsprocesserna präglas av både intuitivt och analytiskt tänkande och att särskiljande mellan auktoritativa rättskällor och andra källor till argumentation inte upprätthålls i praktiken. Det är därmed inte särskilt märkligt att rättstillämpning i domstol ofta fram-

---

<sup>389</sup> Hutcheson Jr., Joseph C, "Judgment Intuitive The Function of the Hunch in Judicial Decision", *Cornell Law Review*, 14/3 (1929), 274-288. Jfr även Ekelöf som lägger stor vikt vid 'intuitionen'. Ekelöf var starkt influerad av den skandinaviska rättsrealismen, se avsnitt 4.1.ff, Ekelöf, Per Olof & Boman, Robert (1992) s. 132. Hänvisningen till "intuitionen" har emellertid tagits bort i senare upplagor av Ekelöf-serien sedan Heuman blivit ansvarig för avsnittet om bevisvärdering, se Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Heuman, Lars (2009).

<sup>390</sup> Gräns, Minna (2013b) s. 201.

står som *ad hoc*.<sup>391</sup> Exempelvis framhåller Gräns, att frågan om likheter mellan olika rättsfall, inte så mycket är en fråga om likheter mellan enskilda omständigheter, eller logiska relationer mellan dem. Istället är det strukturella likheter, och beslutsfattarens syfte med jämförelsen, som har betydelse.<sup>392</sup>

Kritiska förhållningssätt till den rättsliga metodologins möjligheter att förstå och hantera rättstillämpningen är idag mycket utvecklade och förekommer i många varianter, på olika nivåer och utifrån olika typer av utgångspunkter. Det kan bland annat handla om att studera exkluderande samt förtryckande mekanismer vilka rättstillämpningsteorier saknar 'interna' begrepp för. Dessa aspekter av den rättsliga verkligheten är därmed onåbara, obeskrivbara och kanske till och med otränkbara för den rättsliga praktiken, och så kan även vara fallet för rättsvetenskapen.<sup>393</sup>

Inom det kritiska fältet kan det sägas vara öppna portar för vilken typ av metodologi som används för att skapa ny förståelse för rättstillämpning och rättstillämpningens diskursiva tillrättaläggande. Detta eftersom målsättningen att legitimeras och konstituera rätten som legitimt system, inte längre utgör en grundpremiss för den kritiska rättsliga metodologin, såsom för den autonoma och den semi-autonoma.<sup>394</sup> Det senare är emellertid inte uteslutet. Kritisk metodologi kan bland annat användas för att förstå och kritisera representationsdiskursens skenbara enhet samt för att förespråka pluralistiska, polycentriska eller polyvalenta perspektiv. Kritisk metodologi kan vidare användas för att förstå och kritisera den etablerade rättstillämpande diskursens ideologiska, kunskapsteoretiska eller ontologiska utgångspunkter och även förespråka alternativa diskursiva sammanhang, vilka på ett annat sätt hanterar den problematik som identifierats.<sup>395</sup>

Vissa av de kritiska metodologiska perspektiven bryter på ett fundamentalt sätt ner gränslinjen mellan rättsligt vetande och annat vetande. Rätt blir inte avgränsbar i förhållande till exempelvis politik. Vid en första anblick kan det då framstå som att

---

<sup>391</sup> Gräns, Minna (2013b) s. 201.

<sup>392</sup> Gräns, Minna (2013b) s. 201-204.

<sup>393</sup> Svensson, Eva-Maria (1997) s. 242-243. För en självvranssakande inblick i det rättsliga vetandets blinda fläckar se Gustafsson, Håkan, "Cyklorens öga: en betraktelse av rättsvetenskapens könsblindhet", *Retfærd*, 29/113 (2006), 3-26. Se även Svensson, Eva-Maria (2013a).

<sup>394</sup> Jfr här även tillvägagångssätt inom den praktiserande juridiken som undergräver etablerade institutionella processordningar, se exempelvis Baaz, Mikael & Lilja, Mona, "Using International Criminal Law to Resist Transitional Justice: Legal Rupture in the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia", *Conflict and Society: Advances in Research*, 2 (2016), 142-159.

<sup>395</sup> Här kommer ett axplock av kritiska rättsvetenskapliga studier. För nordiska exempel på kritiska perspektiv avseende könsrelaterade förtryckande mekanismer se Andersson, Ulrika (2004), Burman, Monica (2007), Svensson, Eva-Maria (1997). Avseende rättens begränsade möjligheter att se bortom koherens och etablerade rättskällor se Gustafsson, Håkan (2002), Bruncevic, Merima (2014). Avseende objektivitetsideal inom ramen för domstolsprövning se Bladini, Moa (2013). Avseende lagstiftningens förrättsligande effekter se Brännström, Leila (2009) och Svedberg, Wanna, *Ett (o)jämnt transportsystem i gränslandet mellan politik och rätt*. Malmö: Bokbox Förlag, 2013.



rättslig metod inte heller skulle vara möjlig, eftersom rätten därmed saknar gränser gentemot andra discipliner.<sup>396</sup> Samtidigt behöver inte sönderfallet av gränsdragningen mellan rättens in- och utsida medföra att rättsliga diskurser upphör till förmån för någon annan diskurs. Det är, enligt kritiska perspektiv, fullt möjligt att låta den rättsliga diskursen omfatta det som, inom andra perspektiv kännetecknas som rättens utsida, och därmed inkludera hela den komplexitet av maktrelationer som konstituerar den rättsliga diskursen som en del av rätten.<sup>397</sup> Ett sådant kritiskt förhållningssätt vänder således upp och ner på traditionella föreställningar och låter det kritiska (åter) bli det allmänna.<sup>398</sup> Det här synsättet är etablerat bland annat inom genusrättsvetenskapen och inom critical race-teori.<sup>399</sup>

Om vi åter närmar oss frågan om hur epistemologiska och metodologiska perspektiv påverkar rättsliga diskurser, har det framhållits att kritiska perspektiv kan få svårt att skapa kontaktytor gentemot etablerade rättsliga diskurser, vilket jag i föregående avsnitt försökt påvisa med ett systemteoretiskt perspektiv.<sup>400</sup> Kritiska perspektiv står inför risken att å ena sidan fortsätta att befinna sig inom de etablerade diskurserna och därmed vara fångna i den etablerade rättens språkvärld och å andra sidan bryta sig loss från den etablerade diskursen för att då istället bli ignorerade.<sup>401</sup> Samtidigt innebär det rörliga diskursbegrepp, vilket presenterats tidigare, en ständig potentialitet mot förnyelse och alternativa sätt att förstå omvärlden. Mouffe framhåller detta genom att påpeka att exkluderande diskursiva effekter utgör uttryck för maktrelationer och inte uttryck för någon djupare objektivitet. Varje diskurs är

---

<sup>396</sup> Stelmach, Jerzy & Brozek, Bartosz (2006) s. 2.

<sup>397</sup> Sådana projekt har följt från bland annat Deleuze och Latours teoribildningar. Föreställningar om rätten som följer från dekonstruktionen av rättens insida och utsida kan rent av betecknas som rättspositiva i betydelsen att den positiva rätten expanderar bortom den traditionella gränsdragningen. Den här typen av positivism har emellertid väldigt få metodologiska beröringspunkter med den rättspositivism som presenterats i avsnitt 3.2.1. Se Saunders, David, 'Cases Against Transcendence: Gilles Deleuze and Bruno Latour in Defence of Law', i De Stutter, Laurent & Mcgee, Kyle (red.), *Deleuze and Law* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2012), 185-203 s. 185ff. För ett exempel på deleuziansk och 'rhizomatisk' argumentation i ett konkret fall som rör sig bortom föreställningar om rättens 'insida' och 'utsida' se Bruncevic, Merima, "We Need to Talk About the Cultural Commons: Some Musings on Rhizomatic Jurisprudence and Access to Art", *Nordic Journal of Law & Social Research*, 2/6 (2015), 115-130.

<sup>398</sup> Douzinas, Costas & Gearey, Adam, *Critical Jurisprudence*. Oxford: Hart Publishing, 2005 s. 10-11. Se även De Stutter, Laurent & Mcgee, Kyle, 'Postscript: A Brief Reflection on the Universality of Jurisprudence', i De Stutter, Laurent & Mcgee, Kyle (red.), *Deleuze and Law* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2012), 204-212 s. 204ff.

<sup>399</sup> Svensson, Eva-Maria, 'Genusrättsvetenskap och juridiska metoder', i Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära* (Lund: Studentlitteratur, 2013b), 273-312 s. 29, Carlson, Laura, 'Critical race-teori', i Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära* (Lund: Studentlitteratur, 2013), 313-342 s. 320.

<sup>400</sup> Se avsnitt 3.2.2.

<sup>401</sup> Jfr Dolphijn, Rick & Van Der Tuin, Iris (2011).

därmed ständigt möjlig att kritisera och förstå på nya sätt.<sup>402</sup> Kritiska perspektiv måste därmed inte innebära ett fullständigt brott eller en total dekonstruktion av redan etablerade rättsliga diskurser.

Det följer av den här avhandlingens syfte att jag menar att ett kritiskt litterärt och språkteoretiskt förhållningssätt, i förhållande till den rättsliga praktiken, kan tillföra rättslig kunskap som inte redan är nåbar med autonoma eller semi-autonoma metoder. Svårplacerad i sammanhanget är Joel Samuelssons språkteoretiska förhållningssätt, vilket han benämner 'deskriptiv kritik'.<sup>403</sup> Den deskriptiva kritiken, vilken påstås stå i motsats till en normativ kritik, har ambitionen att vara "ett medel mot överdrivna anspråk" i syfte att undvika att hamna i positionen att endast föreslå 'det senaste' i formen av en reaktion på det tidigare.<sup>404</sup> Uttrycket deskriptiv kritik kan framstå som en självmotsägelse och det verkar inte heller vara Samuelssons föresats att vara deskriptiv i betydelsen 'neutral'.<sup>405</sup> Den deskriptiva kritiken utgör snarast en typ av rättsvetenskaplig stil, vilken betecknas som 'deskriptiv', och vilken handlar om att lämna utrymme till läsaren att fatta beslut om avhandlingens fortsatta betydelse.<sup>406</sup> Frågan är emellertid om deskriptiv kritik inte oundvikligen även innehåller en normativ dimension, särskilt eftersom den betecknas "emancipatorisk".<sup>407</sup> Samuelssons anslag ligger på många sätt i linje med annan forskning vilken kan placeras som kritisk, bland annat genom att den rör sig bortom förståelsen av (avtals)rätten som ett objekt. Istället betraktas avtalsrätten som ett "virrvarr av skillnader, som vanan och tiden ordnat i vissa bestämda mönster".<sup>408</sup> Samuelsson ifrågasätter vidare hur särskiljandet inom avtalsrätten mellan 'tolkning' och 'utfyllnad' (av avtal) kan upprätthållas från en språkfilosofisk horisont. Till grund för resonemanget ligger språkteoretiska utgångspunkter liknande de jag själv redogjort för i avsnitt 2.2.1, bland annat med grund i Wittgensteins *Filosofiska undersökningar*.<sup>409</sup>

Språkteoretiska ansatser utifrån Wittgenstein har även använts av Wennström som i sin avhandling riktar kritik mot de tolkningsmetoder vilka förespråkats av

---

<sup>402</sup> Mouffe, Chantal, 'Democracy, human rights and cosmopolitanism: an agonistic approach', i Douzinas, Costas & Gearty, Conor (red.), *The Meaning of Rights* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 181-192 s. 181. Se även Hanafin, Patrick, 'A Cosmopolitics of singularities', i Braidotti, Rosi, Hanafin, Patrick & Blaagard, Bolette B (red.), *After Cosmopolitanism* (London: Routledge, 2013), 90-123 s. 112.

<sup>403</sup> Samuelsson, Joel (2008) s. 35ff.

<sup>404</sup> Samuelsson, Joel (2008) s. 129, 151, 155.

<sup>405</sup> Jfr Samuelsson, Joel (2008) s. 157: "[S]pråkkritiken är inte repressiv, utan emancipatorisk. Som moderna rättsvetare är vi alla slavar under den normativa kritikens agenda: vi är underkastade kravet att tänka nytt, och såtillvida mot rätten/traditionen."

<sup>406</sup> Jfr Samuelsson, Joel (2008) s. 158-159. s. 593.

<sup>407</sup> Samuelsson, Joel (2008) s. 160.

<sup>408</sup> Samuelsson, Joel (2008) s. 153. Här bygger Samuelsson på Wittgenstein, se Wittgenstein, Ludwig (2012) s. 17.

<sup>409</sup> Samuelsson, Joel (2008) s. 588-589.

bland annat Ekelöf och Ross.<sup>410</sup> Wennström framhåller att Wittgensteins grundantaganden om att "ett ords betydelse är dess användning i språket"<sup>411</sup> oundvikligen medför ett brott mot representationsdiskursen (även om Wennström inte använder uttrycket representationsdiskurs).<sup>412</sup> Wennström använder Wittgensteins filosofi för språkets användning för att påvisa hur etablerade rättstillämpande teoribildningar, såsom hos Ross, Ekelöf samt MacCormick och Weinberger, bygger på språkfilosofiskt ohållbara utgångspunkter.<sup>413</sup>

Vilka diskursiva effekter för metoder för rättstillämpning skulle då ett skifte från rättstillämpning till rättsliga narrativ, från en diskurs kretsande kring representationer av rätten till en diskurs som kretsar kring rättens uttryck, kunna medföra? En omedelbar effekt är att uttrycksdiskursen duckar för många av de grundläggande rättsvetenskapliga epistemologiska frågorna om rättens natur, dess enhet, dess egenskaper och dess gränser. *Vad*-frågorna förvandlas istället till *hur*-frågor.<sup>414</sup> I en syn på rätten som ett ständigt pågående uttryck, en användning, kommer *de lege lata* och *de lege ferenda* att flyta samman.<sup>415</sup> Merima Bruncevic, som i sin avhandling hämtar stöd i deleuziansk teoribildning, formulerar detta på följande sätt:

In a Deleuzian and Deleuze-guattarian matrix where we do not speak of a body of law but rather about a law without organs, and the becomings of law – the two, prescription and description, are constantly intertwined.<sup>416</sup>

Att rättens enhetliga objekt, 'the body of law', inte längre kan upprätthållas innebär även att den rättsliga diskursen, de rättsliga diskurserna, kommer att präglas av pluralism. Trots att den monocentriska förstälsten ifrågasatts även i många semi-autonoma metodologiska ansatser har enhetssynen fortsatt att vara tongivande. John Griffiths påpekar att rättscentralismen bygger på en politisk uppfattning om att monocentrism är något eftersträfvansvärt.<sup>417</sup> Den pluralistiska ansatsen har därmed kritiserats för att leda till värderativism och ett rättsligt tillstånd där 'anything goes'. Pluralistiska inslag har därför aktivt motarbetats. Gustafsson har mot detta invänt att rättens pluralism är ett faktum och att målsättningen om enhet därmed inte kan förverkligas. Griffiths har på samma tema framhållit att bilden av en evolutionär

---

<sup>410</sup> Wennström, Bo (1996).

<sup>411</sup> Wittgenstein, Ludwig (2012) s. 31.

<sup>412</sup> Wennström, Bo (1996) s. 85.

<sup>413</sup> Wennström, Bo (1996) s. 225-226.

<sup>414</sup> Jfr Gustafsson, Håkan (2011) s. 65.

<sup>415</sup> Jfr Svensson, Eva-Maria, "De lege interpretata - om behovet av metodologisk reflektion", *Juridisk publikation*, /Jubileumsnummer 2014 (2014), 211-226.

<sup>416</sup> Bruncevic, Merima (2014) s. 363.

<sup>417</sup> Griffiths, John, "What is legal pluralism?", *Journal of Legal Pluralism*, 24 (1986), 1-55 s. 4, se även Aarnio, Aulis (1998).

utveckling mot ett mer och mer enhetligt system endast är en chimär.<sup>418</sup> Rätten är istället oundvikligen ständigt pluralistisk och har alltid influerats av olika normerande system.<sup>419</sup> Rättspluralism är en nödvändig följd av kulturell, social och strukturell pluralism i samhället. Utifrån en enskild individs agerande är det exempelvis svårt att avgöra om det primärt är det rättsliga systemet, eller något annat normerande system, politiskt, religiöst, kulturellt etcetera, som styr. Detta förstärks av att lagstiftaren i ett mångkulturellt och pluralistiskt samhälle också kommer att generera rättspluralistiska värden och normer.<sup>420</sup> Surya Prakash Sinha lyfter fram att en monistisk "single-value approach" är missvisande av flera olika anledningar. Dels för att mänskliga värden är mångfaldiga, dels för att individen inte är fri att på ett rationellt sätt välja mellan olika alternativ för att landa i det korrekta svaret.<sup>421</sup> Det har därför framhållits att det därmed inte finns någon mening att hålla fast vid idealet om en enhetlig rättsordning. "Pluralism as norm is best for pluralism in fact", som Michael Rosenfeld uttalat, det vill säga att eftersom samhället och rätten är pluralistiskt är en monistiskt orienterad rätt dömd att misslyckas.<sup>422</sup>

Den pluralistiska synen på rätten beskrivs ibland som rättslig polycentri, vilket i sig inte är någon enhetlig teoribildning. En skillnad kan göras mellan de pluralistiska perspektiv vilka riktar kritik främst mot rättskälleläran och de som har ett vidare perspektiv och menar att rätten, på ett mer generellt plan, inte kan definieras som ett enhetligt normerande system. De förstnämnda visar således på att rättskälleläror ser olika ut beroende på vilken rättsordning, vilket rättsområde och vilken beslutsnivå som studeras. De sistnämnda fokuserar istället på det lapptäcke av regelkomplex och olika normerande fält som vuxit fram i olika tider och med olika förutsättningar.<sup>423</sup>

Vidare innebär en ontologi, vilken bygger på uttryck snarare än representation, att det dikotomatiska förhållningssättet, i linje med vad som lyfts fram i tidigare avsnitt, mellan rätt och icke-rätt avseende rättstillämpning, förstås på ett nytt sätt. Istället för att handla om att upprätthålla en etablerad gränsdragning mellan rätt och icke-rätt, och att retrospektivt fastställa vissa fakta, fokuserar den rättsliga metod-

---

<sup>418</sup> Griffiths, John (1986) s. 4.

<sup>419</sup> För en delvis motsatt åsikt se Dalberg-Larsen, Jørgen, 'Nogle bemærkninger om begrebet retlig pluralisme', i Clausen, Nis Jul et al. (red.), *Ikke kun retsfilosofi* (Köpenhamn: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2016), 157-170.

<sup>420</sup> Gustafsson, Håkan (2002) s. 133-135.

<sup>421</sup> Sinha, Surya Prakash, 'Legal polycentricity', i Petersen, Hanne & Zahle, Henrik (red.), *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law* (Dartmouth: Aldershot, 1995), 31-55 s. 44-45.

<sup>422</sup> Rosenfeld, Michel, *Just interpretations: Law between ethics and politics*. Santa Monica: University of California Press, 1998 s. 200. Se även Petersen, Hanne, 'Ægte eller uægte orden? Om informelle normers legitimationsgrundlag', i Blume, Peter & Petersen, Hanne (red.), *Retlig polycentri* (Köpenhamn: Akademisk Forlag, 1993), 93-114 s. 111.

<sup>423</sup> Svensson, Eva-Maria (1997) s. 272-273.

ologin på att producera något. "Law becomes something that *acts, does, creates, fosters, produces* rather than something that forbids, restricts, encloses and raises fences."<sup>424</sup>

En läsning av Hansamålet, vilken inte söker efter representationer av vilka normer som ska anses gälla, öppnar upp för ett sökande efter andra typer av linjer i texten. Exempelvis kan en intrig som bygger på outtalade grundpremissor om att åstadkomma ekonomiskt effektiva lösningar för skuldebrevsinstitutet lyftas fram. Då framträder bland annat effekten att MD:s subjektpositioner är underordnade det övergripande rättsliga narrativet. För att det rättsliga narrativet ska nå sin upplösning, i linje med en modell vilken är ekonomiskt effektiv, måste MD bland annat gestaltas som okunnig och icke-insatt avseende den typen av ekonomisk verksamhet han stämts till domstol för. Vidare kan parternas kontradiktion genom instanserna framträda som ett spel för gallerian, eftersom ingen av dem fått tillfälle att diskutera betydelsen av huruvida AK Hansa frågat MD och IK om de betalat i samband med överlåtelsen. Dessa aspekter av den rättsliga argumentation blir enligt min mening synliggjorda först med ett förhållningssätt som påvisar rättens pluralism och dess öppenhet för ständiga förändringar.

---

<sup>424</sup> Bruncevic, Merima (2014) s. 29.

### 3.3. Rätten som ständigt blivande

In this normative world, law and narrative are inseparably related. Every prescription is insisted in its demand to be located in discourse – to be supplied with history and destiny, beginning and end, explanation and purpose. And every narrative is insistent in its demand for its prescriptive point, its moral. History and literature cannot escape their location in a normative universe, nor can prescription, even when embodied in a legal text, escape its origin and its end in experience, in the narratives that are the trajectories plotted upon material reality by our imaginations.<sup>425</sup>

I förevarande kapitel har jag behandlat rättstillämpningsbegreppets teoretiska och metodologiska förutsättningar. Genom att spåra rättstillämpningsbegreppet till dess grundvalar med hjälp av representationsdiskursen har jag även kunnat sätta det i relation till alternativa ontologiska och epistemologiska utgångspunkter genom uttrycksdiskursen. På så sätt har även ytterligare ett kliv tagits för att skissera den fusion mellan narratologiska utgångspunkter och rättsteoretiska utgångspunkter som analysen i kapitel 4-6 består av. Jag har även visat exempel på metodologiska ansatser för att förstå och hantera rättstillämpning, vilket kommer att fungera som bakgrund för det civilprocessrättsliga metodologiska perspektiv vilket jag sätter det narratologiska perspektivet i relation till i den resterande delen av avhandlingen. De metodologiska förhållningssätt, vilka jag presenterat, sorterades som *autonoma*, *semi-autonoma* respektive *kritiska*.

Det *autonoma* förhållningssättet kännetecknas av en överensstämmelse mellan metodologi och diskursivt uttryck. Den *autonoma* rättsliga metodologin kan med hjälp av rättsligt 'interna' kriterier avgöra vad som utgör rättslig argumentation. Som en följd av detta kännetecknas det *autonoma* förhållningssättet därmed även av en (teoretisk) överensstämmelse mellan metodologi och diskursivt uttryck.

Till skillnad från det *autonoma* förhållningssättet värnas inom det *semi-autonoma* perspektivet å ena sidan den rättsliga kunskapen, men samtidigt görs försök, å andra sidan, att öppna upp den rättsliga argumentationen för en dynamisk och utvecklande interaktion med andra discipliner, såsom exempelvis ekonomi, sociologi eller psykologi.<sup>426</sup> Det *semi-autonoma* förhållningssättet präglas emellertid av ett

---

<sup>425</sup> Cover, Robert, "The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative", *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, 97/4 (1983), 4-68 s. 4.

<sup>426</sup> Stelmach, Jerzy & Brozek, Bartosz (2006) s. 2.

glapp mellan epistemologi och diskursivt uttryck, vilket jag kommer att återkomma till i kapitel 4 och kapitel 7.

Det kritiska förhållningssättet kännetecknas av att det försöker undvika den diskursiva inläsningen samtidigt som det påvisar glappet mellan kritiska teoretiska utgångspunkter och det rättsliga vetandets bristande förmåga att ta hänsyn till dessa utgångspunkter. Det är i det sistnämnda perspektivet, det kritiska, min egen narratologiska ansats befinner sig.

De skiftande metodologiska perspektiven kan härledas till skiftande ontologiska och epistemologiska föreställningar. Jag har här lyft fram skiljelinjen mellan förhållningssätt vilka betonar möjlighet till att representera den 'egentliga' verkligheten, och förhållningssätt, vilka istället betonar vikten av de relationer som åstadkommer skillnad, det vill säga som har en förändrande verkan.

I det förvarande kapitlet har jag även framhållit rättstillämpningsbegreppets inneboende svårighet. Att förena abstrakta normer med konkreta situationer innebär ett jämförande av olika typer av representationer vars sammankoppling, åtminstone för det mesta, är allt annat än logisk eller deduktiv.<sup>427</sup> Samtidigt visar den systemteoretiska förståelsen av rättsliga praktiker att de diskursiva uttryck vilka framstår som rättstillämpande kan reproduceras som enhetliga och rättframma trots att den underliggande epistemologin uppvisar en stor komplexitet och variation.

Att epistemologiska strömningar kan skifta utan att det medför förändringar i den rättsliga diskursen visar även på diskursbegreppets betydelse. De sammanhållande och exkluderande mekanismerna blir utifrån en uttrycksdiskurs synliggjorda som diskursiva och inte som systeminterna. De diskursiva uttrycken är dessutom under ständig förändring. Den kringliggande diskursordningen erbjuder en ständig förändringspotentialitet, det går alltid att uttrycka något på andra sätt.<sup>428</sup> Inom en representationsdiskurs däremot, bygger den rättsliga argumentation på påståenden vilka representerar rätten, det vill säga påståenden som substituerar den 'egentliga' rätten. Inom en representationsdiskurs kan alltså olika uttryck i domskålen eller i partsinlagor förvanska eller förfela representationen av rätten men inte förändra den. Inom en uttrycksdiskurs kan en sådan åtskillnad inte längre göras. Om rätten inte

---

<sup>427</sup> Jfr Maccormick, Neil, *Legal reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon, 1994 s. 19ff.

<sup>428</sup> Om begreppet *diskursordning* anses överlappande med begreppet *narrative genre* kan jag inte annat än att hålla med Amsterdam & Bruner om följande: ["A] shift in "genre addiction", as one might call it, a new addiction related to a new conception of the world. We suspect that shifts of this kind are constantly in progress and that one of the ways of spotting them is by looking at how we deploy our narrative gifts not only in fiction, but in the conduct of the law. If we are to rescue consciousness from its slavish attraction to banality, "to make the familiar strange again" in Viktor Shlovsky's renowned motto for the poet, then perhaps we can do the same for the law by considering it in its narrative guise", Amsterdam, Anthony G. & Bruner, Jerome (2000) s. 134. Att jämföra *narrative genre* med *diskursordning* är vidare rättfram med hänsyn till definitionen av den tidigare som "Narrative genres are mental models representing possible ways in which events in the human world can go". Amsterdam, Anthony G. & Bruner, Jerome (2000) s. 133.

förstås som något annat än dess uttryck kommer även de narratologiska aspekterna av rätten att *vara* rätten. Det finns då inte någon rätt bortom dess uttryck och den rättsliga diskursen *är* rättens uttryck.

I rättslig argumentation, vilken är under ständigt blivande, skiftar fokus från föreställningen om representationen av (den egentliga) rätten till ett fokus som betonar vilken typ av metodologi som bidrar till det konkreta uttrycket och skapar associationer och möjligheter till analogier och metaforer.<sup>429</sup> För att åstadkomma en rättslig epistemologi, vilken förmår förstå det rättsliga uttrycket, behövs således en metodologi som kan hantera rättens medium, tekniker, performativitet och artikulering.<sup>430</sup>

I rättslig bemärkelse erbjuder uttrycksdiskursen, konkretiserad med hjälp av narratologisk terminologi, nya typer av associationer och nya typer av rättsliga analyser.<sup>431</sup> I de fall där skript sätts på prov eller hotas erbjuder narrativet en typ av rättstillämpningsförståelse där subjekspositioner, hinder (problem), fakta och norm hanteras i ett integrerat sammanhang. Eftersom narrativets upplösning inte vinner sin legitimitet genom att vara på förhand uppgjort, utan istället genom berättelsens egen legitimering, finns en ständigt närvarande potentialitet i det rättsliga narrativet. Ett narratologiskt perspektiv på rätten är därmed i grunden pluralistiskt.<sup>432</sup> Vidare utgör ett narratologiskt perspektiv ett i grunden icke-representande perspektiv. Narrativet innebär berättande, blivande och utveckling snarare än deskription och tillrättaläggande.<sup>433</sup> Rättsliga fakta (oavsett om dessa utgör påståenden om rättsregler eller om den konkreta situationen) blir oundvikligen en del av sin berättelse snarare än fristående premisser. Vidare utgör sambanden i den rättsliga konstruktionen en retrospektivt konstruerad intrig snarare än ett påstående om ontologisk kausalitet. Narrativet utgör här ett begripligt verktyg för att genomföra den, från en

---

<sup>429</sup> Mussawir, Edward (2011) s. 144.

<sup>430</sup> Mussawir, Edward (2011) s. 10-11. En metodologi som förmår hantera sitt eget uttryck, jfr Latour, Bruno (2010) s. 260.

<sup>431</sup> Detta innebär inte att jag menar att det skulle saknas rättsteoretiska modeller som betonar det rättsliga görandet eller att rätten utgörs av dessa aktörer/aktiviteter. Detta utgör exempelvis en av utgångspunkterna för systemteoretiska ansatser. Se Stendahl, Sara, *Communicating Justice Providing Legitimacy*. Uppsala: Iustus, 2003 s. 76-77, Doublet, David, *Rett vitenskap og fornuft: et systemteoretisk perspektiv på den rettslige argumentasjons verdimesseige forutsetninger*. Bergen: Alma Mater, 1995 s. 23-25 och Teubner, Gunther (1993) s. 45-46.

<sup>432</sup> Amsterdam, Anthony G. & Bruner, Jerome (2000) s. 141.

<sup>433</sup> Detta innebär även att traditionella legitimeringsfrasers representationer såsom 'lagstiftarens vilja' behöver omarbetas i grunden. Eller som Gustafsson uttrycker det: "Blade Lawyer. - Nietzsche proclaimed the *death of God*. I Proclaim the *death of the Legislator*. I am the wrath of the Legislator (der zorn des Gesetzgebers) and we are all alone now. And moments will *not* be lost in time." Gustafsson, Håkan, 'Abstract: Recovered Paragraphs of the Lost Manuscript 'Legal Fennomenology'', i Porttikiv, Janne & Tiuhonen, Jussi (red.), *Mies Väärästä Tiedekunnasta: Ari Hirvonen 50-vuotisjuhlakirja* (Helsinki: Loki-Kirjat, 2010a), 75-96.



representationsdiskurs, obegripliga kopplingen mellan abstrakt och konkret, mellan inkludering och exkludering och mellan nutid och dåtid.<sup>434</sup>

---

<sup>434</sup> Amsterdam, Anthony G. & Bruner, Jerome (2000) s. 141. Angående dessa motsatspars betydelse för den rättsliga argumentationen se även Björling, Erik, "The expression of legal argumentation: Towards a methodology for narrative studies of 'discourses of subsumption'", *International Journal of Legal Discourse*, 1/1 (2016), 117-132.





# Del II - Analys

But whatever law's *primum mobile* may be, law could not operate without a means of going from its generalities to the particularities of individual cases. For however grand and majestic is the law in general, *law must also be in the small*.<sup>435</sup>

---

<sup>435</sup> Amsterdam, Anthony G. & Bruner, Jerome (2000) s. 140. Apropå att avhandlingen nu kommer att fokusera på minimala detaljer i rättslig argumentation i civilmål i allmän domstol.



## 4. Rättsliga entymem:

### Synliggörandet av uttalade premisser

I avhandlingens andra del kommer de, i del I, teoretiskt utvecklade koncepten att möta ett konkret rättsligt material. Från och med avsnitt 4.2 kommer texten därmed att bli konkret och närgången snarare än abstrakt och övergripande. Detta kommer till uttryck genom konkreta frågor till rättsfallsmaterialet som undersöks såsom 'hur förs den rättsliga berättelsen framåt?' snarare än frågor likt 'vad är rätt?' eller 'vilken representation av rätten är den korrekta, den legitima, den funktionella, den effektiva, den rättvisa?' och så vidare.

Det kommer i det följande visa sig att de rättsliga narrativens drivande komponenter inte behöver vara uttalade och öppet redovisade i det rättsliga materialet. För att sätta fingret på sådana uttalade, men ändå drivande komponenter i den rättsliga argumentationen, har jag använt begreppet *entymem*. Begreppet *entymem* härstammar från Aristoteles som använde begreppet för att beskriva en retorisk modell där texten blir begriplig endast när läsaren (auditoriet) lägger till de uttalade premisser vilka behövs för att argumentationen ska fullbordas och begripliggöras.<sup>436</sup> Inom retoriken är poängen med ett *entymem* att auditoriets aktiva handling, det vill säga att fylla i de uttalade premisserna, för dem närmare talaren till en position där de är mer villiga att acceptera argumentationen.

Detta förutsätter emellertid att auditoriet är intresserat av att granska argumentets premisser. I den mån slutsatsen accepteras, på grund av talarens auktoritet snarare än på basis av argumentens innehåll, förblir *entymemen* utforskade. Ideologikritisk teoribildning har lyft fram att grundantaganden inom dominerande etablerade diskurser tenderar att normaliseras och osynliggöras som förgivettagna och självklara, vilket också det leder till att *entymem* förblir utforskade.<sup>437</sup> Det finns därmed anledning att aktivt använda *entymembegreppet* för att leta efter uttalade premisser som för den rättsliga argumentationen framåt och i det tysta bidrar till produktionen av rättsliga diskurser.

Det handlar inte om att kartlägga samtliga uttalade premisser som texten vilar på. Detta eftersom varje premiss kan sägas vila på ytterligare underliggande antaganden i en oändlig regress.<sup>438</sup> Det centrala utgör att påvisa hur rättsliga *entymem* kan

---

<sup>436</sup> Sherwin, K. Richard (2009) s. 106.

<sup>437</sup> Se exempelvis Fairclough, Norman (2010).

<sup>438</sup> Jfr Kolflaath, Eivind (2004b) s. 192-193.

avvändas som ett *metodologiskt begrepp* för att studera det rättsliga uttryckets underliggande, och ofta pluralistiska, antaganden, samt hur dessa är direkt avgörande för att föra det rättsliga narrativet framåt.

I rättsfallsmaterialet har jag försökt att sätta fingret på de delar av den rättsliga argumentationen, vilka har betydelse i det rättsliga narrativet utan att detta uttryckligen påtalas. I materialet har jag bland annat funnit rättsliga entymem om rättens koherens, om autonom rättslig metodologi, om rättens funktion samt om subjektens intressen och egenskaper. Dessa entymem driver rättsliga berättelser om obetalda medlemsavgifter, villareparationer, dörrleveranser och gymkortsavtal med mera framåt.

De entymem som undersöks i förevarande kapitel är kopplade till subsumtionsmomentet i rättslig argumentationen. Jag har valt att rama in det rättsliga narrativet på så sätt att upplösningen av narrativet sammanfaller med ett påstående om en rättsföljd eller någon annan rättslig slutledning. De rättsliga entymemen kan i detta sammanhang förstås som de premisser vilka behöver adderas till materialet för att det ska kunna bli begripligt som ett rättsligt narrativ. Det kan då handla om att fylla i luckor i narrativets intrig eller att addera skript eller subjekspositioner vilka behövs för att det rättsliga materialet ska kunna förstås som en rättslig berättelse snarare än som en representation av en auktoritativ slutsats.<sup>439</sup>

För att kunna sätta entymemen i relation till en rättstillämpande diskurs kring representationer av rätten kommer jag, innan rättsfallsstudierna presenteras, att behandla den svenska processrättsliga terminologin och epistemologin kopplade till rättstillämpning, subsumtion och därtill tillhörande begrepp. Jag har här valt att framförallt lyfta fram, i syfte att kritiskt granska, den civilprocessrättsliga terminologin vilken berör teoretisk och praktisk förståelse av rättstillämpning inom en svensk processrättslig praktik för civilmål i allmän domstol.<sup>440</sup>

---

<sup>439</sup> Givetvis går det även att leta efter andra entymem än sådana som leder fram till ett subsumerande rättsligt narrativ. Kritisk rättsteori kan på ett mer allmänt plan sägas handla just om att identifiera och lyfta fram underliggande förgivettagna grundantaganden inom rättslig praktik och rättsvetenskap. Kanske kan detsamma även sägas gälla (eller borde sägas gälla) för allmän rättslära, jfr Douzinas, Costas & Gearey, Adam (2005).

<sup>440</sup> Teoretiska förutsättningar för rättstillämpning har på senare år framförallt behandlats av Bengt Lindell och en ganska stor del av förevarande kapitel är därför skrivet i relation till hans publikationer.

## 4.1. Subsumtionsbegreppet i svensk civilprocessrätt

I det följande avsnittet kommer svensk processrättslig terminologi som kretsar kring rättstillämpning och subsumtion att presenteras samt i viss mån sättas i relation till de teoretiska utgångspunkter vilka behandlats i framförallt kapitel 3.<sup>441</sup>

Termen subsumtion har sitt ursprung i tysk rättstradition och används för att förklara hur omständigheter i det enskilda fallet (bevisfakta och konkreta rättsfakta) sätts i relation till normer i en rättsregel (abstrakta rättsfakta).<sup>442</sup> Sammankopplingen i subsumtionen liknar den aristoteliska syllogismen där två premisser logiskt leder till en slutsats:

Premiss 1: Alla A är B

Premiss 2: Alla B är C

Slutsats: Alla A är C

Omsatt till rättslig argumentation skulle en subsumtion kunna se ut enligt följande:

Premiss 1: En person som ingår ett avtal ska hålla avtalet

Premiss 2: Person X har ingått ett avtal

Slutsats: Person X ska hålla avtalet

Inom civilprocessrätten inbegriper subsumtionen flera steg.<sup>443</sup> Ordet subsumtion indikerar i ett rättsligt sammanhang alltså att det skulle vara möjligt för ett konkret faktum, det vill säga något som har hänt i verkligheten (i det andra exemplet premiss 2) att insorteras, subsumeras, under en abstrakt norm (premiss 1) genom en logisk deduktion vilken antingen kan vara korrekt eller inte korrekt.<sup>444</sup> Subsumtionen handlar här om att representationer av fakta 'lyfts' från en konfliktsituation och oförändrat förs in i rättsprocessen. Eller mer precist: vissa delar av en konflikt, vilka är rättsligt relevanta, formuleras som rättsfakta och åberopas, för att sedan (tillsammans med bevisningen till stöd för rättsfaktumet) utgöra underlag för domstolens prövning där en rättsnorm, vilken logiskt passar ihop med det bevisade rättsfaktumet, berättar vilken rättsföljd som är aktuell. Att detta skulle vara möjligt förutsätter idén om att en norm inom sig innehåller den information som behövs för

---

<sup>441</sup> Se även avsnitt 3.1.2 där rättstillämpningsbegreppet presenteras från ett mer allmänrättsligt perspektiv som en del av *representationsdiskursen*.

<sup>442</sup> Se Lindell, Bengt (1987) s. 377. Angående termerna bevisfakta och rättsfakta se avsnitt 4.2.2.3.

<sup>443</sup> Se avsnitt 4.1.1.2.

<sup>444</sup> Eller som Aarnio, Alexy och Peczenik uttrycker det. Den logiska deduktionen förväntas vara exakt på samma sätt som i exemplet "If Jack is a bachelor, then he is not married", Aarnio, Aulis, Alexy, Robert & Peczenik, Aleksander (1981) s. 36 ff.



alla potentiella tillämpningar av normen.<sup>445</sup> Vidare krävs att den språkliga inramningen av verkligheten är neutral i betydelsen att beteckningen av en händelse (representationen av händelsen) och det som betecknas (händelsen) förhåller sig till varandra i ett 'ett till ett'-förhållande.<sup>446</sup>

Påståenden om att subsumtion i rättslig bemärkelse faktiskt skulle bestå av en logisk operation med hjälp av teoretiska satser, likt den jag just beskrivit, finns det emellertid, enligt min kännedom, inte någon som hävdar inom svensk eller nordisk processrätt på mycket länge. Det bör alltså redan inledningsvis nämnas att subsumtionsbegreppet, sett som en logisk operation, har alltsedan Hägerström utsatts för en mängd olika typer av kritik, kanske främst från teoretiska ingångar vilka följt ur den rättsrealistiska traditionen.<sup>447</sup> Inte desto mindre har begreppet sitt ursprung i en logisk-positivistisk tradition av rättslig argumentation vilken visat sig långlivad inom den etablerade rättstillämpande diskursen, även om det inte längre är kontroversiellt att påstå att subsumtionen innebär normativa och transformerande inslag eller att praktiska satser (normer) inte kan utgöra ett relevant underlag för logisk deduktion.<sup>448</sup> Trots att metodologin kopplad till subsumtionsbegreppet problematiserats i dess grundvalar är emellertid, enligt min mening, de diskursiva effekterna endast marginella.<sup>449</sup> Den rättstillämpande begreppsapparaten kan i stor utsträckning alltjämt sägas vara präglad av försök att åstadkomma representationer, vilka passar in i en slutledning som tillrättaläggs likt en (tillsynes) logisk subsumtion.<sup>450</sup> Allt detta ska jag emellertid snart redogöra för i detalj. De variationer av subsumtion, vilka kommer att beskrivas i det följande, består alla i olika grad av problematiseringar av subsumtionen sedd som en logisk syllogism.<sup>451</sup>

---

<sup>445</sup> Björkholm, Thérèse 'To Reach Bedrock - Wittgenstein on Rules and Rule-Following Behaviour', i Jareborg, Nils (red.), *Elsa Eschelsson: ad studium et ad laborem incitavit* (Uppsala: Iustus, 1997), 185-204 s. 189.

<sup>446</sup> Se Binder, Guyora & Weisberg, Robert (2000) s. 120-121. Se avsnitt 2.2.1.

<sup>447</sup> Vilket följer av Hägerströms åtskillnad mellan kunskapsteoretisk objektivism och värdeteoretisk subjektivism, se Samuelsson, Joel (2008) s. 566.

<sup>448</sup> Angående det logisk-positiva ursprunget se Lindell, Bengt (1987) s. 377f. Angående deduktiva resonemang, se McCormick, Neil (1994) kap. 2. Kritiken mot subsumtion som logiska operationer har sin grund i Hägerström och senare Ekelöf, se Ekelöf, Per Olof, "Juridisk slutledning och terminologi", *Tidskrift för rettsvetenskap*, (1945), 211-272 s. 213 och Samuelsson, Joel (2008) s. 568-569.

<sup>449</sup> För förklaringar till detta se avsnitt 3.2.2. om 'semi-autonom' metodologi.

<sup>450</sup> Jfr 'objektivitetsideal' i Bladini, Moa (2013) s. 362ff.

<sup>451</sup> Men ämnet är samtidigt ganska sparsamt hanterat i ett nordiskt perspektiv. Samuelsson har uttryckt följande angående den processrättsliga hanteringen och skiljelinjen mellan 'sakfrågor' och 'rättsfrågor', vilka utgör nödvändiga processrättsliga begrepp för att genomföra en subsumtion: "Vad angår denna distinktions ställning och anseende kan följande noteras. För det första synes själva terminologin vara satt på undantag i nutida svensk processrätt. För det andra nämns distinktionen typiskt sett blott i förbigående, och, för det tredje, gärna med anmärkningen att det rör sig om ett "invecklat spörsmål"." Samuelsson, Joel (2008) s. 552.

#### 4.1.1. Rättstillämpning med eller utan bestämning av fakta

Innan vi går vidare ska jag även säga något kort om förhållandet mellan rättstillämpning och bevisvärdering i svensk processrätt. Uppdelningen mellan rättstillämpning och bevisvärdering har varit ett viktigt inslag i den rättsrealistiska traditionen.<sup>452</sup> Särskiljandet mellan bestämningen av fakta (bevisvärdering) och bestämningen av normens betydelse i förhållande till fakta (rättstillämpning) kan härledas till Hägerströms åtskillnad mellan utsagor om verklighetens beskaffenhet och värdeomdömen.<sup>453</sup> Bevisvärdering består, likt Searles 'råa fakta', av påståenden som är oberoende av subjektet medan värdeomdömen är beroende av subjektiva uppfattningar. Uttalanden om rättsfrågor kan alltså inte vara sanna eller falska på det sätt uttalanden om sakfrågor, det vill säga 'verkligheten', kan vara. Detta utgjorde en mycket viktig grundläggande princip för den skandinaviska rättsrealismen. Gränsdragningen mellan sakfrågor och rättsfrågor har emellertid sedan dess problematiserats i stor utsträckning.<sup>454</sup> Exempelvis uppstår omedelbart svårigheter i att förhålla sig till det ena (bevisning) utan att i någon mån även förhålla sig till det andra (rätten). Henrik Zahle uttrycker rätt och slätt att "[d]en judicielle erkendelse af virkeligheden er forbundet med anvendelsen af de materielle regler".<sup>455</sup> Zahle har utvecklat den "normativa bevisvärderingsteorin" just för att göra upp med gränsdragningen mellan fakta och normer.<sup>456</sup> Men detta står alltså i kontrast till tendenser inom rättsrealismen vilka betonat särskiljandet mellan fakta och norm. Karl Olivecrona uttryckte bland annat att:

---

<sup>452</sup> Samuelsson, Joel (2008) s. 565.

<sup>453</sup> Se Lyles, Max (2006) s. 57f och Samuelsson, Joel (2008) s. 566.

<sup>454</sup> Samuelsson, Joel (2008) s. 552ff. Se även Zahle, Henrik, *Om det juridiske bevis*. Köpenhamn: Juristförbundets forlag, 1976, s. 138ff, Jareborg, Nils, *Värderingar*. Stockholm: Nordstedts, 1975 s. 234 och Allen, Ronald J. & Pardo, Michael S., "The Myth of Law-Fact Distinction", *Northwestern University Law Review*, 97/4 (2003), 1769-1808.

<sup>455</sup> Zahle, Henrik (1976) s. 29.

<sup>456</sup> Diskussionen om bevisvärdering är rik och det finns flera modeller vilka inte på samma tydliga sätt utgår från särskiljandet mellan fakta och norm. Se exempelvis Strandberg, Magne (2012), Lainpelto, Katrin, *Stödbevisning i brottmål*. Stockholm: Jure, 2012, Nygaard, Nils, Hagen, Ole & Nome, Siri, *Årsak og bevis ved ansvar for skade*. Bergen: Universitetsforlaget, 1986. Här kan även nämnas berättelsemodellen som har tydliga narratologiska inslag, se Granhag, Pär Anders & Ask, Karl, 'Psykologiska perspektiv på bevisvärdering', i Granhag, Pär Anders & Christianson, Sven Å. (red.), *Handbok i rättspsykologi* (Stockholm: Liber, 2008), 407-422 s. 409ff, Kolflaath, Eivind, "Bevisbedömmelse: Sannsyldighet eller fortellinger", *Jussens Venner*, 39/05/06 (2004a), 279-304 s. 291ff och Lainpelto, Katrin (2012) s. 123ff. För en översikt avseende bevisteori i tvistemål se Diesen, Christian & Strandberg, Magne (2012).

Fakta är vad som verkligen kan konstateras beträffande vad som talats eller skrivits och vad som verkligen avsetts av parterna eller endera av dem. En annan fråga är hur detta material skall rättsligen bedömas och hur avtalet skall utfyllas genom föreskrifter på punkter där det företer oklarheter eller luckor.<sup>457</sup>

Skiljelinjen mellan fakta och norm har även inneburit att bestämningen av fakta inte räknats till 'rättstillämpning' eftersom bestämningen av fakta utgör 'bevisvärdering'. Jämför här med Per Olof Ekelöf:

Av vikt är också att det framgår i vilken utsträckning *det är fråga om bevisvärdering och om rättstillämpning*. När tvisten rör sig om ett avtals "innehåll" eller om "tolkningen" härav, måste rätten ange om den grundat sin uppfattning på *bevisningen* om vad parterna avsåg då de slöt avtalet, eller om det strängt taget är fråga om en *utfyllnad* av detta.<sup>458</sup>

Eftersom sakfrågan bör hållas isär från rättsfrågan är det alltså inte en del av 'rättstillämpningen' att bestämma sakfrågan. Från mitt eget perspektiv är det emellertid inte relevant att upprätthålla en skarp gräns mellan bevisvärdering och rättstillämpning på det sätt både Olivecrona och Ekelöf ger uttryck för. Rättstillämpningsbegreppet, såsom det används i den här avhandlingen, omfattar även aspekter av det som i andra sammanhang skulle beskrivas som bevisvärdering.<sup>459</sup> I den efterföljande redogörelsen för hur 'rättstillämpning' hanteras enligt etablerad svensk processrättslig terminologi har jag inte heller lagt någon vikt vid om min redogörelse för rättstillämpning av någon annan i vissa hänseenden skulle betraktas som bevisvärderingsterminologi snarare än rättstillämpningsterminologi.

För domstolspraktikens del finns det emellertid inte någon möjlighet att helt undvika en skiljelinje (eller konstruktionen av en skiljelinje) mellan sakfrågor och rättsfrågor. För dispositiva mål är särskiljandet mellan sakfrågor något som följer av dispositionsprincipen vilken återfinns i RB 17 kap. 3 §. Enligt bestämmelsen måste en part åberopa de omständigheter vilka ska ligga till grund för talan. Detta, i sin tur, är ett utslag av de sedan mycket lång tid etablerade grundsatserna inom civilprocessen; *nemo iudex sine actore* (ingen är domare utan att det finns en käreande), *ne eat iudex ultra petita partium* (domaren får inte gå utöver parternas yrkanden) och *iudex iudicare debet secundum allegata et probata a partibus et non secundum conscientiam suam*

---

<sup>457</sup> Olivecrona, Karl, *Rätt och dom* (2 uppl.). Stockholm, 1966 s. 220.

<sup>458</sup> Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Pauli, Mikael, *Rättegång, femte häftet* (8 uppl.). Stockholm: Nordstedts Juridik, 2011 s. 274.

<sup>459</sup> Jfr här Samuelsson, som enligt min tolkning kommer fram till en slutsats men avseende gränsdragningen mellan tolkning och utfyllnad, Samuelsson, Joel (2008) s. 606ff.

(domaren ska inte grunda domen på sin egen vetenskap utan på vad parterna åberopat och bevisat).<sup>460</sup>

Distinktioner mellan yrkande och grunder, rättsfakta och rättsföljd, bevisvärdering och bevisbördeproblematik samt mellan dispositionsprincipen och principen om *jura novit curia*, måste alltså alla oundvikligen på något sätt hanteras av aktörerna i en domstolsprocess.<sup>461</sup>

I det följande kommer jag att beskriva hur gränsdragningsproblem mellan fakta och rätt, samt föreställningar om rättstillämpning, hanteras inom den etablerade svenska processrättsterminologin vilken kretsar kring nodalpunkten rättsfakta. Diskussionen pendlar mellan å ena sidan ifrågasättanden av särskiljande ideal och å andra sidan behovet av att upprätthålla en gränsdragnings för att kunna möjliggöra rättstillämpning.<sup>462</sup>

#### 4.1.2. Civilprocessrättslig terminologi avseende rättstillämpning

De senaste trettio åren har ett antal tongivande texter inom svensk processrätt hanterat och problematiserat rättstillämpning inom ramen för svensk civilprocess. De olika författare, vilka här kommer att presenteras, kan ses som artikuleringar inom en svensk processrättslig etablerad diskurs om rättstillämpning. En central fråga har handlat om i vilken mån subsumtionen kan betraktas som ett verktyg för att sammankoppla den bakomliggande 'verkliga' konflikten, det så kallade förprocessuella läget, med rättsnormer eller om det handlar om att sammankoppla det mer avgränsade processmaterialet med rättsnormerna.

Torbjörn Andersson är i sin avhandling tydlig med att subsumtion är en grundläggande förutsättning för rättstillämpning, även om det finns fler än en möjlig subsumtion i varje givet fall. Andersson påpekar dock att "allt rättsligt beslutsfattande förutsätter att man kan dra slutsatser om hur y bör bete sig gentemot x genom att jämföra fakta och normer. I konsekvensens namn borde vissa slutsatser kunna vara riktiga och andra felaktiga".<sup>463</sup> Andersson framhåller dock att detta innebär svårig-

---

<sup>460</sup> Ekelöf, Per Olof & Edelstam, Henrik, *Rättegång, första häftet* (8 uppl.). Stockholm: Norstedts juridik, 2002 s. 59.

<sup>461</sup> Samuelsson, Joel (2008) s. 553.

<sup>462</sup> Se Samuelsson, Joel (2008) s. 557: "[D]en skarpa åtskillnaden mellan fakta och värderingar har i sig blivit en dogm som nästa generation måste ifrågasätta." Se härom även Glavå och Petrusson där de rättsrealistiska idealen används för att åstadkomma just ett sådant ifrågasättande av det särskiljande mellan norm och fakta som ironiskt nog kan sägas ha uppstått som en följd av just rättsrealismen, Glavå, Mats & Petrusson, Ulf (2002).

<sup>463</sup> Andersson, Torbjörn (1997) s. 158. Andersson bygger här på Aarnio i Aarnio, Aulis, 'Kan ett påstående om en rättsregels innehåll vara riktigt', i Strömholm, Stig (red.), *Uppsalaskolan - och efteråt: rättsfilosofiskt symposium, Uppsala 23-26 maj 1977* (Uppsala: Juridiska fakulteten i Uppsala, 1977), 143-159 s. 147ff.

heter eftersom en korrekt subsumtion förutsätter att tillämparen känner till alla relevanta omständigheter, innehållet i alla relevanta rättsregler samt kan genomföra en 'korrekt' värderande jämförelse (subsumtion) av dessa.<sup>464</sup> Han påpekar att den korrekta subsumtionen kan falla på grund av en mängd förhållanden. Parterna kan missta sig eller medvetet inte åberopa alla relevanta omständigheter, antingen på grund av att de inte känner till de materiella reglerna eller på grund av att de har en annan uppfattning om de materiella reglerna. Det kan även hända att omständigheterna åberopas men inte bevisas. I alla dessa fall kommer domstolen att genomföra sin subsumtion gentemot ett 'ofullständigt' material. Både parterna och domstolen kan föranleda att en sådan situation uppstår.<sup>465</sup> Oavsett hur fullständigt material som ligger till grund för domen kommer rättsföljden hursomhelst att få konsekvenser gentemot den bakomliggande konflikten. På grund av domens rättskraft kommer de omständigheter, vilka inte fördes in i processen, att bli rättsligt betydelselösa eftersom de ersätts av domen.<sup>466</sup> Detta innebär, enligt Andersson, att rättsfaktumen kommer att förändras i de fall domen inte stämmer överens (överlappar) med de ursprungliga materiella rättsfaktumen och att domen kommer att förändra det 'ursprungliga' rättsförhållandets materiella innebörd.

För att åstadkomma en materiellt riktigt dom i den bemärkelse som här avses måste det finnas en autonom metodologi för att ta reda på det materiella rättsförhållandet samt subsumera det under rättsregler. Avseende detta noterar Andersson att det är skillnad mellan det 'verkliga' materiella rättsförhållandets innehåll och den materiellrättsliga fråga domstolen tar ställning till inom ramen för den konkreta tvisten. Det materiella rättsförhållandets innehåll går det inte med säkerhet att bestämma, det är omöjligt att veta om alla omständigheter lyfts fram till beaktande. Alla omdömen om rättsliga relationer, oavsett om de avges av domstol, advokater, eller den juridiska doktrinen, är enligt Andersson begränsade till de givna förutsättningar som har beaktats. Domen skiljer sig dock från andra omdömen genom att träda in istället för det 'verkliga' rättsförhållandets innehåll, det vill säga den förprocessuella materiella rättigheten.<sup>467</sup> Anderssons förhållningssätt till representationen av det materiella rättsförhållandet innebär här ett avsteg från den mer traditionella synen gällande att civilprocessdomen verkligen skulle kunna överensstämma med det materiella rättsläget, såsom det 'verkliga' är.

Den mer traditionella synen att processen verkligen skulle representera det materiella rättsförhållandet har framförts av *rättsskyddsskolan*, vilken inom svensk processrätt har företrätts av exempelvis Ernst Kallenberg.<sup>468</sup> Det bör här även påpekas att Kallenberg varit inflytelserik vid 1942 års processreform, vilken alltjämt är

---

<sup>464</sup> Andersson, Torbjörn (1997) s. 158.

<sup>465</sup> Andersson, Torbjörn (1997) s. 158-159.

<sup>466</sup> Andersson, Torbjörn (1997) s. 160.

<sup>467</sup> Andersson, Torbjörn (1997) s. 160.

<sup>468</sup> Se Kallenberg, Ernst, *Svensk civilprocess, första bandet*. Lund: Lunds Universitet, 1917-1926 s. 19. Kallenberg, Ernst, *Svensk civilprocess, andra bandet*. Lund: Lunds Universitet, 1927-1939 s. 1231.

betydelsefull för hur rättegångsbalken är utformad.<sup>469</sup> Föreställningen om att en dom kan förhålla sig till det 'ursprungliga' eller 'verkliga' materiella rättsförhållandet utsattes tidigt av kritik från bland annat Olivecrona och Ekelöf som påpekade Kallenbergs motsägelsefullhet när han påstod att civilprocessen syftade till att fastställa den materiella rättigheten samtidigt som processen var begränsad av det relativa processmaterialet. Ekelöf menade att det är omöjligt att åstadkomma en rättstillämpning, vilken korrelerar med den materiella rättigheten (den objektivt korrekta rättigheten), om processen utgår från ett material som är begränsat till de omständigheter parterna själva fört in i processen.<sup>470</sup>

Det bör här även betonas att målsättningen om ett materiellt rättsskydd även bygger på idén om att rättighetsbegreppet skulle vara substantiellt och att rättigheter därmed även finns bakom rättens uttryck, som en existerande realitet i antingen rättspositivistisk eller naturrättslig mening.<sup>471</sup> Det var just kritiken gentemot detta förhållande som gav den rättsrealistiska traditionen anledning att hålla isär sakfrågor och rättsfrågor för att på så sätt visa hur begrepp som äganderätt, tolkning, vilja, culpa med mera, om de förstods såsom realiteter, dolde bakomliggande värderingar.<sup>472</sup>

Även för den rättsrealistiska traditionen lever dock representationen av rättskonflikten bortom rättsprocessen kvar, som en viktig tankekonstruktion, om än som en teoretisk idé snarare än en faktisk referenspunkt. Domen är för både Olivecrona och Ekelöf ett omdöme, vilken inte kommer i reell kontakt med det förprocessuella materiella rättsläget. Likväl lever det kvar en diskursiv förhoppning om överensstämmelse mellan processföremålet och den bakomliggande situationen också inom den rättsrealistiska skolan. Olivecrona uttrycker det till exempel som att domaren "konkretiserar lagens imperativ med avseende på den föreliggande situationen".<sup>473</sup> Även Ekelöf lyfter fram att parternas dispositioner och ofullständiga utredning kan leda till att domen blir materiellt oriktig och att det därmed ändå är relevant att tala om ett slags rättsförhållandenas idealtillstånd.<sup>474</sup> Ekelöf påpekar dock att det för rättens funktions skull inte spelar någon roll om de bakomliggande omständig-

---

<sup>469</sup> Björne, Lars (2007) s. 187.

<sup>470</sup> Ekelöf, Per Olof, *Om interventionsgrunden*. Uppsala: Uppsala Universitet, 1937 s. 42, Ekelöf, Per Olof, *Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper: några problem inom den allmänna processrättsläran*. Stockholm: Norstedt, 1956 s. 72, Olivecrona, Karl, "Civildomens innebörd", *Svensk Juristtidning*, (1944), 721-741 s. 722, 737.

<sup>471</sup> Jacobsson, Ulla, 'Något om rättighetsidéns uppgift i processen - Särskilt vad gäller RB13:2 om fastställsetalan', i Lindblom, Per Henrik (red.), *Process och exekution, Vänbok till Robert Boman* (Uppsala: Juridiska fakulteten i Uppsala, 1990), 211-224 s. 212f.

<sup>472</sup> Samuelsson, Joel (2008) s. 556. Se även kapitel 2: "Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremöver", i Graver, Hans Petter (2010).

<sup>473</sup> Andersson, Torbjörn (1997) s. 162, Olivecrona, Karl, *Domen i tvistemål*. Lund: Gleerup, 1943 s. 87.

<sup>474</sup> Ekelöf, Per Olof (1956) s. 75.

heterna stämmer överens med de som förts in i processen, eftersom det är de införda omständigheterna som sätts i relation till den gällande civilrätten.<sup>475</sup>

Bengt Lindell behandlar diskussionen om vad rättstillämpning inom civilprocessrätten representerar genom uttrycken 'juridisk sanning - verklig sanning'. Inom dispositiva tvistemål har parterna möjlighet att begränsa processmaterialet på ett sådant sätt att en 'verklig' sanning inte kan komma fram. Lindell tänker sig här en yttre ram med det objektivt verkliga händelseförloppet som sedan kan begränsas, eller reduceras, genom åberopanden, medgivanden och erkännanden. Det processmaterial som tillslut prövas kan därmed skilja sig ganska markant från det ursprungliga och bakomliggande 'verkliga' händelseförloppet. Lindell kommenterar i en fotnot att vad som är 'verkligt' är öppet för diskussion, men detta gör han utan att närmare ge sig in i just den diskussionen. Uttrycken 'formellt riktig dom' och 'materiellt riktig dom' handlar därmed inte heller om hur nära den 'verkliga sanningen' som domen befinner sig. Det handlar snarare om att "[b]eteckna den slags sanning som eftersträvas med olika processprinciper".<sup>476</sup>

Detta leder också till att Lindell förstår den traditionella indelningen mellan materiellt riktig och formellt riktig dom på ett annat sätt. Domar i dispositiva mål är alltid 'bara' formellt riktiga medan det krävs indispositiva krav på fullständighet för att man ska kunna tala om materiellt riktiga domar. Men eftersom vi inte heller i indispositiva mål vet vilken information vi inte har tillgång till blir en sådan klassificering, enligt Lindell, uddlös. En skillnad ligger dock ändå i att det i indispositiva mål *eftersträvas* en mer fullständig utredning än i de dispositiva målen. Detta får Lindell att fokusera just på processreglernas funktion i förhållande till bevisningen och därför lyfta fram begreppet *funktionell* sanning.<sup>477</sup> Funktionaliteten bejakar intresset att domen ska vara kommensurabel i förhållande till de omständigheter den är tänkt att döma över. Kommensurabiliteten måste dock vägas mot de kostnader det innebär att skaffa fram ytterligare bevis och de negativa effekter en sådan ökad kostnad skulle innebära för processens legitimitet.<sup>478</sup> Men Lindell tycks samtidigt mena att indispositiva mål, vilka handläggs enligt officialprincipen, tycks ha just materiell sanning som målsättning. Enligt Lindell kan dispositions- och officialprincipen ses som resultatet av ett funktionellt sanningsbegrepp.<sup>479</sup> Bevisvärdering har som övergripande syfte att klarlägga vad som verkligen inträffat. I dispositiva mål är detta dock på ett omedelbart sätt inskränkt till att värderingen endast får utgå från den information som förekommit i målet (RB 17 kap. 2 §). Detta gäller, enligt Lindell, därför även för RB 35 kap. 1 § i dispositiva mål, det vill säga att domstolen

---

<sup>475</sup> Ekelöf, Per Olof (1956) s. 105.

<sup>476</sup> Lindell, Bengt, *Civilprocessen: rättegång samt skiljeförfarande och medling* (3 uppl.). Uppsala: Iustus, 2012 s. 45-46.

<sup>477</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 360.

<sup>478</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 360-361.

<sup>479</sup> Lindell, Bengt (2012) s. 46-47. Angående dispositionsprincipen och officialprincipen se avsnitt 6.1.4 respektive 6.1.5.

ska beakta allt som förekommit vid huvudförhandlingen. Bevisvärdereglerna ska alltså dels förhålla sig till en större målsättning om 'sanning' eller fullständig utredning, dels förhålla sig till det begränsade material vilket förebringats vid huvudförhandlingen. Det är också detta förhållande som brukar ligga bakom distinktionen mellan formellt och materiellt riktig dom.<sup>480</sup> Frågan är om det, med en sådan definition, någonsin har förekommit en materiellt riktig dom? Lindell tolkar RB 35 kap. 1 § (i dispositiva mål) som att rätten alltid ska söka sannolikheten för temat på det material vilket presenterats i rättegången. Regeln ska tolkas så att, det vid varje tillfälle presenterade materialet, utgör det fullständiga materialet. Annars skulle domstolen gå utöver dispositionsprincipen. Begreppet sannolikhet i dispositiv civilprocess är därför alltid kopplat till vad som framstår sannolikt i förhållande till det presenterade materialet och inte i förhållande till 'sanning'.<sup>481</sup> Lindells idé om materiell sanning kan sammanfattas som att ju mer omfattande en utredning görs, desto större möjligheter att närma sig den materiella sanningen. Omvänt innebär även en mer korthuggen utredning lägre överensstämmelse med den 'verkliga' sanningen.<sup>482</sup>

Sammantaget framträder här, enligt min mening, ett förhållningssätt, hos såväl Olivecrona, Ekelöf, Lindell och Andersson, till det materiella rättsförhållandet, vilket bygger på en ontologisk utgångspunkt, om att det finns ett 'givet' antal omständigheter i varje materiellt rättsförhållande (låt vara att det inte går att få tillförlitlig kunskap om vilka dessa omständigheter är). Detta är således ytterst sett en vertikal ontologisk grundsyn vilken korrelerar med att den rättsliga prövningen, åtminstone teoretiskt sett, går att härleda till *råa fakta* i searliansk mening.<sup>483</sup> Denna grundläggande ontologiska föreställning är emellertid problematisk i förhållande till den ontologiska föreställning som ligger till grund för uttrycksdiskursen, det vill säga att det materiella rättsförhållandet *blir* snarare än *är*. Det materiella rättsförhållandet kan inte på ett ontologiskt teoretiskt plan skiljas från subjektet och rättsförhållandet vilar inte på ett antal givna omständigheter, utan uppstår i efterhand genom rättsliga skillnadsgöranden, vilka åstadkoms inom ramen för en rättslig diskurs.

Andersson undviker dock, åtminstone delvis, denna ontologiska invändning genom ett resonemang om rättens effektivitet som förhåller sig till just skillnadsgörande snarare än till teoretisk förankring. Åtminstone när det gäller föreställningen om en objektiv representation av rättens effekt i samhället. Han påpekar bland annat att det kan vara praktiskt ogenomförbart att undersöka huruvida processrätten påverkar människors agerande på ett visst sätt, i objektiv bemärkelse, men att grund-

---

<sup>480</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 333.

<sup>481</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 170.

<sup>482</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 358.

<sup>483</sup> Se avsnitt 3.1.2.1.



antaganden om rättens effekt ändå kan ha ett legitimt normativt värde för den rättsliga argumentationen.<sup>484</sup> Han sammanfattar detta på följande sätt:

Den poäng jag vill nå fram till är att krav på empiriskt underlag och logisk korrekthet kan undertrycka rimliga och rationella idéer om olika rättsreglers och rättsliga instituts verkan och innebörd. Juridikens vetenskaplighet kan betvivlas, vilket inte hindrar att den fyller en praktisk funktion genom att tillhandahålla idéer och förslag dels om hur det är rimligt att tänka sig att rätten påverkar medborgarna och dels förslag på hur människor bör förhålla sig till varandra.<sup>485</sup>

Idén om rättstillämpningen har därmed även skiftat fokus från att utgöra påståenden om objektiva representationer i rättskyddsskolan över till att utgöra en rättsrealistisk representation om rättssystemets samhälleliga effekter och slutligen vidare mot att utgöra en normativ representation, en tolkning.<sup>486</sup> Detta kan även sättas i relation till förståelsen av subsumtionsbegreppet. Subsumtionen får, med det här synsättet, inte längre funktionen att inordna den förprocessuella situationen, i objektiv mening, under rätten. Subsumtionen är istället tänkt att inordna en viss typ av processmaterial under rätten, ett processmaterial vilket bygger på föreställningar om bland annat civilprocessrättens funktion. Detta föranleder oss att gå vidare till den i civilprocessrätten omdebatterade frågan om hur civilprocessens funktion ska förstås.

#### 4.1.2.1. Civilprocessens funktion

I det här avsnittet kommer jag att redogöra för civilprocessrättens funktion så som den redogjorts för av Per Olof Ekelöf, Per Henrik Lindblom, Bengt Lindell och Torbjörn Andersson. Samtliga har varit, eller är, verksamma i Uppsala och de kan alla sägas vara grundade i den rättsrealistiska traditionen. Att civilprocessrätten skulle ha en självständig funktion, frikopplad från civilrätten, kan även sägas vara en följd av den skandinaviska rättsrealistiska traditionen.<sup>487</sup> Före rättsrealismens genomslag

---

<sup>484</sup> Andersson, Torbjörn (1997) s. 165.

<sup>485</sup> Andersson, Torbjörn (1997) s. 165.

<sup>486</sup> Detta har även påpekats av en annan Andersson från Uppsala. Se not 10 i Andersson, Håkan, 'Barthesianska meditationer', i Iversen, Torsten, Kristensen, Lars Hedegaard & Werlauff, Erik (red.), *Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard* (Köpenhamn: Jurist- og Økonomforbundet, 2003), 71-97.

<sup>487</sup> Angående likheter och skillnader inom processrätt i Norden, se Petersen, Clement Salung, 'A Comparative Perspective on Recent Nordic Reforms of Civil Justice', i Ervo, Laura & Nylund, Anna (red.), *The Future of Civil Litigation* (Online: Springer International Publishing, 2014), 22-55 och Nylund, Anna, 'European Integration and Nordic Civil Procedure', i Ervo, Laura & Nylund, Anna (red.), *The Future of Civil Litigation* (Online: Springer International Publishing, 2014), 56-89.

var utgångspunkten snarast att processuella regler bildar ramen och att de materiella civillagarna bestämmer innehållet i rättens avgöranden. Endast bevisbörderegler och reglerna om *res judicata* samt ändring av talan har beskrivits ha en funktion såsom civillagarna. Övriga regler har betecknats som kompetens- eller förfaranderegler.<sup>488</sup> Det tydliga särskiljandet mellan materiella rättsfrågor (såsom civilrätt) och formella rättsfrågor (såsom processrätt) förekommer i många rättsordningar men är för svensk del framförallt en import från tysk rätt i slutet av 1800-talet.<sup>489</sup> Under 1900-talet har sedan bland annat Olivecrona och Ekelöf lyft fram möjligheterna att även låta processreglerna samverka med civillagarna. Bevisregler och civilregler har beskrivits som att de borde främja samma *ändamål*.<sup>490</sup> Olivecrona uttalade bland annat att ”i realiteten äro rättsreglerna de handlingsregler vilka framgå av materiella och processrättsliga regler i förening”.<sup>491</sup>

Förändringen kan kanske beskrivas som en process vilken vandrat från ett mer positivistiskt synsätt på materiell rätt, i förhållande till vilken processrätten ses som ett slags icke-transformerande maskineri, mot ett rättsrealistiskt synsätt där både den materiella rätten och processrätten i något större utsträckning förstås och används utifrån sin samhällsfunktion:

Då riksdagen antar en ny lag eller ändrar en redan gällande sådan, är meningen med detta att påverka människornas beteende ute i samhällslivet.<sup>492</sup>

Civilrättsliga regler är enligt Ekelöf huvudsakligen formulerade som handlingsregler för medborgarna och rättskipningens funktion är att medverka till att dessa handlingsregler får genomslag. Med funktion avser Ekelöf ”dess betydelse för viktiga mänskliga behov”.<sup>493</sup> Genomslaget Ekelöf tänkt sig är på en generell nivå, rätt-

---

Johanna Niemi-Kiesiläinen har i en kvantitativ undersökning jämfört svenska och finska domskäl från respektive högsta instanser och kommit fram till att svenska domskäl i högre utsträckning använder sig av funktionella argument jämfört med finska domskäl, se Niemi-Kiesiläinen, Johanna, 'Comparing Finland and Sweden: The Structure of Legal Argument', i Husa, Jaakko, Nuotio, Kimmo & Pihlajamäki, Heikki (red.), *Nordic Law - Between Tradition and Dynamism* (Antwerpen: intersentia, 2007), 89-108 s. 107.

<sup>488</sup> Jacobsson, Ulla, 'Argumentation i civilprocessen', i Höglund, Olle & Welamson, Lars (red.), *Festskrift till Lars Welamson* (Stockholm: Norstedt, 1988) s. 349.

<sup>489</sup> Det mest inflytelserika verket är Bülow's "Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen", se Lindblom, Per Henrik, *Studier i processrätt*. Stockholm: Nordstedts Juridik, 1993 s. 18-19.

<sup>490</sup> Jacobsson, Ulla (1988) s. 349.

<sup>491</sup> Olivecrona, Karl, *Beviskyldigheten och den materiella rätten*. Uppsala: A&W, 1930 s. 158.

<sup>492</sup> Ekelöf, Per Olof et al. (2016) s. 13.

<sup>493</sup> Ekelöf, Per Olof et al. (2016), Ekelöf, Per Olof & Edelstam, Henrik (2002) s. 13 fotnot 1. Ekelöf knyter därmed även tydligt an, redan i inledningen till rättegångsserien, till den skandinaviska rättsrealismen.

skipningen bör alltså medverka till att lagen får en *allmänt handlingsdirigerande effekt*.<sup>494</sup> Vidare förankrar Ekelöf sin idé om handlingsdirigering i en härledning till primitiva samhällens behov av social kontroll. I primitiva samhällen behövs, enligt de antropologiska undersökningar Ekelöf hänvisar till, en gemensam sedvänja eller moral och en ordning som tydligt visar när någon bryter mot de rådande normerna. Ett behov av en gemensam moral tycks Ekelöf lyfta fram som något naturgivet eller genetiskt, vilket framgår av följande passage:

I detta sammanhang är det dock inte fråga om en skillnad i kunskaper utan om hur det förhåller sig med den del av vårt känsloliv, som hänför sig till vår existens som samhällsvarelser. Har människornas genetiska kod alls förändrats genom några mutationer under de sista 10 000 åren? Är detta inte fallet, kan det väl inte föreligga några grundläggande socialpsykologiska skillnader mellan oss och våra förfäder, stenåldersmänniskorna. Vi skulle vara lika beroende som de av att ha en gemensam moral. Och liksom hos våra förfäder skulle en sådan förutsätta att denna stöddes av en sanktionsmekanism.<sup>495</sup>

Ekelöfs resonemang bygger alltså på logiken att om stenåldersmänniskan ordnade sig i grupper med en gemensam moral, är detta 'naturligt' inneboende hos människan, alltså ska även moderna samhällen göra på samma sätt. Av detta följer att "[e]n modern rättsordning är ingenting annat än en institutionaliserad form av sådan social kontroll som förekommer i primitiva samhällen".<sup>496</sup> Vidare innebär detta att Ekelöf inte delar Lindells uppfattning om att civilprocessens huvuduppgift skulle vara *konfliktlösning*.<sup>497</sup> Han påpekar även att dessa grundläggande frågor om civilrättens funktion inte är utan betydelse för den konkreta utformningen av regler, exempelvis avseende bevisbördans placering och beviskravets styrka. Ekelöf lyfter även fram att det dispositiva elementet av civilprocessen inte utgör ett hinder mot den generella handlingsdirigeringen eftersom den "[m]ateriella lagstiftningen ger vägledning även vid förfarande av förlikningsförhandlingar och vad dessa leder fram till bidrar också till den sociala kontrollen".<sup>498</sup> Det är dock inte de enskilda parterna

---

<sup>494</sup> Ekelöf, Per Olof et al. (2016) s. 13-14.

<sup>495</sup> Ekelöf, Per Olof et al. (2016) s. 16.

<sup>496</sup> Ekelöf, Per Olof et al. (2016) s. 17. Ekelöf tycks alltså mena att grunderna för den moderna rättsordningen är närmast naturliga, ungefär i samma anda som Hart tänker sig att samhället alltid kommer att formas kring vissa värden, för att detta helt enkelt fungerar bäst, se Wacks, Raymond (2015) s. 93.

<sup>497</sup> Ekelöf, Per Olof et al. (2016) s. 20.

<sup>498</sup> Ekelöf, Per Olof et al. (2016) s. 21, se även Lindblom, Per Henrik, *Grupptalan i Sverige: bakgrund och kommentarer till lagen om gruppprättegång*. Stockholm: Nordstedts Juridik, 2008 s. 3.

eller domstolen som behöver förhålla sig till dessa övergripande idéer utan det är tillräckligt att den handlingsdirigerande funktionen ligger till grund för rättskipningens 'struktur'.<sup>499</sup>

När det gäller frågan om hur rättens funktion ska förhålla sig till samhällets pluralism är Ekelöf svävande. Ekelöf påpekar dock att det privatkapitalistiska samhällets pluralism och dynamik kan medföra särskilda svårigheter för lagstiftningen att få genomslag. "Det råder inte bara konkurrens inom näringslivet utan också mellan olika åsikter och värderingar", konstaterar Ekelöf.<sup>500</sup> Han påpekar även att ett samhällssystem med privatkapitalism, individualism, pluralism, konkurrens och dynamik innebär stora fördelar, men att lagstiftning och rättskipning kan få svårigheter att skapa en gemensam moral:

Staten har förlorat något av den legitimitet och auktoritet, som den hade tidigare. Uttryck för detta kan vara att de rättsliga sanktionerna mindre uppfattas som moraliskt klander än som avskräckande tvångsmedel och att man inte längre räknar med att en sanktion nödvändigtvis förutsätter skuld hos inculpan-  
ten.<sup>501</sup>

Detta leder till att Ekelöf varnar för en rättsordning vilken upplevs som ett naket tvång från statens sida, något som bör uppmärksammas av både lagstiftaren och vid tillämpningen i konkreta fall. Den allmänna laglydnaden tillgodoses bäst genom att medborgarna upplever det som sin plikt att följa de materiella reglerna.<sup>502</sup> Detta kan tolkas som att Ekelöf menar att faktisk samhällelig pluralism omöjliggör en legitim rättsordning vilken har funktionen av institutionaliserad social kontroll.<sup>503</sup> Men det kan möjligen även uppfattas som att föreställningen om rättens enhet är central för att skapa förutsättningar för social kontroll.

Lindell lyfter, i polemik med Ekelöf, fram *rättsskyddsfunktionen* och *konfliktlösning* som de grundläggande funktionerna för civilprocessen. Det handlar då om den enskildes möjlighet att realisera sitt rättsanspråk. Vid sidan av rättsskydd och konfliktlösning är även rättsfrid, rättvishet och enhetlig rättsutveckling viktiga målsättningar.<sup>504</sup> Lindell ställer sig dock frågande till om det är möjligt, att med rättsskydd, tala om att den materiella rätten ska kunna bli förverkligad genom

---

<sup>499</sup> Ekelöf, Per Olof et al. (2016) s. 21.

<sup>500</sup> Ekelöf, Per Olof et al. (2016) s. 24.

<sup>501</sup> Ekelöf, Per Olof & Edelstam, Henrik (2002) s. 26-27. Denna passage har emellertid tagit bort i senare upplagor av rättegångsserien, jfr Ekelöf, Per Olof et al. (2016) s. 24-26.

<sup>502</sup> Ekelöf, Per Olof et al. (2016) s. 26.

<sup>503</sup> Ekelöf, Per Olof et al. (2016) s. 17.

<sup>504</sup> Lindell, Bengt (2012) s. 21-22.

processen. Som redan påpekats är de möjliga utgångarna i en process exempelvis starkt beroende av det processmaterial vilket tagits fram av parterna.<sup>505</sup>

Även Lindblom påpekar att förhållandet att domen bara avser ett begränsat processmaterial gör det omöjligt att svara på frågan om huruvida en dom är materiellt riktig i förhållande till den underliggande konflikten. Parterna kan exempelvis medvetet välja att inte föra in alla omständigheter vilka skulle kunna vara av intresse i tvisten. En part, tillika köpare, som i en talan om fel menar att det är tveksamt om hans meddelande till säljaren ska anses utgöra en reklamation, kommer knappast självmant föra in omständigheter gällande reklamation i processen så länge inte säljaren gjort en invändning om att köparen inte reklamerat i tid. Vidare kan en konflikt innehålla överordnade dolda moment, vilka inte blir synliga i tvisten. A stämmer B för att B inte betalat för utförda tjänster enligt ett entreprenadavtal. B hotar då med att genstämma A för fel i entreprenaden, om inte A återkallar sin ansökan. Bakom agerandet för A eller B, eller båda, kan den verkliga orsaken utgöras av till exempel bristande likviditet.<sup>506</sup> Det bör även påpekas att Lindell inte håller med Lindblom när denne påstår att handlingsdirigering skulle vara framåtblickande medan konfliktlösning bakåtblickande. Käranden och svaranden kan vara måna om sina framtida affärsrelationer och de kommer därmed, tack vara dispositionsprincipen, inte föra in omständigheter i processen vilka negativt påverkar deras framtida relationer, de lägger bara fram precis så mycket material de tror behövs för att vinna processen.<sup>507</sup> Enligt min mening visar dock detta enbart att konfliktlösning, generellt sett, kan vara framåtblickande, inte att rättegångsbalkens ramverk ger goda möjligheter för detta. Konfliktlösningens främste talesperson, Lindell, verkar dessutom snarast vara inne på att det framåtblickande perspektivet främst betjänas genom att *inte* lyfta in omständigheter i processen.<sup>508</sup>

Lindell är, som redan antytts, kritisk mot Ekelöfs sätt att beskriva civilprocessrättens funktion som handlingsdirigering:

Rättskipningens handlingsdirigerande verkan betyder alltså enligt Ekelöf att människor på grund av det (ytterst) exekutiva tvånget inrättar sig och handlar i enlighet med de materiella reglerna. Rättskipningen som institution fungerar därvid som ett stoppljus, en varning, som gör att människor handlar i enlighet med de materiella reglerna. Samma sak kan uttryckas utan att ordet handlingsdirigering används genom påståendet att rättskipning-

---

<sup>505</sup> Lindell, Bengt (2012) s. 22.

<sup>506</sup> Lindblom, Per Henrik *Progressiv process: Spridda uppsatser om domstolsprocessen och samhällsutvecklingen*. Uppsala: Iustus, 2000 s. 64.

<sup>507</sup> Lindell, Bengt (2012) s. 27.

<sup>508</sup> Lindell, Bengt (2012) s. 28-29.

ens funktion är att ge de materiella reglerna genomslagskraft, vilket i sin tur är likvärdigt med rättsskydd.<sup>509</sup>

Lindell menar vidare att dikotomin *handlingsdirigering* – *konfliktlösning* inte är väl lämpad för att beskriva den politiska motsättningen mellan handlingsdirigering och konfliktlösning. Tanken är att den förstnämnda ska stå för en samhällsnyttosyn som medför att individuella hänsyn ibland får stå tillbaka för det gemensamma goda. Lindell menar emellertid att det, även bakom konfliktlösningsbegreppet, ligger en politisk idé om vad som bidrar till samhällsnyttan. Skiljelinjen mellan Ekelöf och Lindell handlar därmed om vilken tilltro de sätter till domstolarna att styra samhällsmedborgarnas handlingsvanor. Här menar Lindell att Ekelöf har en överdriven tro på domstolens roll. Dessutom vore det av maktindelningsskäl olämpligt att ge domstolarna den roll Ekelöf vill ge dem, menar Lindell.<sup>510</sup> Till Ekelöfs försvar kan framföras att det handlingsdirigerande perspektivet ska ligga i rättsstrukturen snarare än i den enskilda domarens medvetna övervägande i varje enskilt fall. Lindell menar dock att *anpassningsfunktionen* är överordnad styrfunktionen såtillvida att domstolen snarare bör leta efter en rättvis lösning i det enskilda fallet än att tänka på den generella samhällsliga styrningen. Undantaget för detta är Högsta domstolens verksamhet vilken enligt Lindell har huvuduppgift att leda rättsutvecklingen.

Frågan är emellertid hur stora skillnader det till slut blir mellan Ekelöfs och Lindells syn eftersom båda är överens om att processrätten bör förstås i förhållande till dess faktiska funktion i samhället. Inte heller Lindblom skiljer sig här på något markant sätt. Det övergripande målet handlar enligt Lindblom om att civilprocessen bör bidra till maximalt genomslag för värderingarna bakom den materiella lagstiftningen. Detta får gentemot parterna i målet genomslag på det individuella planet och processen är därmed alltså dessutom reparativ och konfliktlösnings. Processen ska vidare, enligt Lindblom, verka moralbildande och *preventivt* gentemot andra potentiella parter i andra tvister.<sup>511</sup> Utöver dessa övergripande målsättningar har domar, i egenskap av uttryck för judiciellt rättsskapande, en *självständig politisk funktion*. De utgör navet för rättsutvecklingen. Utan avgörandeanalys skulle den rättsliga doktrinen på många sätt stagnera. Domstolsavgöranden utgör även en kontrollfunktion gentemot den lagstiftande verksamheten genom att kontrollera hur reglerna förhåller sig till varandra och till överordnade normer. Civilprocessen ska därutöver tillfredsställa ett antal, som Lindblom beskriver dem, *kommunikativa funktioner*. Dessa handlar bland annat om att låta medborgare delta i handläggning av för dem viktiga frågor. Medverkandet har ett högt demokratiskt värde och skapar

---

<sup>509</sup> Lindell, Bengt (2012) s. 28.

<sup>510</sup> Lindell, Bengt (2012) s. 28-29.

<sup>511</sup> Lindblom, Per Henrik (2006a) s. 7.

även en möjlighet att få personlig upprättelse eller rent av nå *försoning*.<sup>512</sup> Domstolen kan även utgöra en *arena för politiska aktioner* genom legalstrategiska övervägande och strategier. Civilprocessen utgör slutligen *navet för en samhällelig diskussion* inom en etisk-moralisk diskurs. Detta kan gälla frågor, vilka utan rättsfall inte skulle få tillräcklig genomlysning, exempelvis frågor om miljö, korruption, ansvarslöshet inom näringsliv och förvaltning etcetera.<sup>513</sup>

Lindell framhåller att processens realiserande ändamål utgör resultatet av de krav vilka ställts på processen och vilka den förmår uppfylla, samtidigt som ändamålen i sig ställer vissa grundläggande krav på förfarandet. Det är alltså frågan om en växelverkan.<sup>514</sup> Funktionerna skapas och görs möjliga genom en växelverkan mellan processen som institution (domstolen), de processuella reglernas utformning samt resultat av dessa, det vill säga avgörandet. Lindell menar vidare att domen å ena sidan, i de enskilda fallen, leder till konsekvenser som kan ses som processens *faktiska funktioner*, vilka kan behöva betraktas för sig jämfört med, å andra sidan, de *uppfattade funktionerna*.

Här närmar vi oss således diskussionen avseende förhållandet mellan rätts konstruktion och funktion jämfört med den normativa föreställningen om dess konstruktion och funktion. Lindell påpekar att de faktiska funktionerna inte har undersökts särskilt ingående och att det därför i hög grad är de förväntade funktionerna som processens övergripande funktion refererar till. Förväntningarna på vad rätten kan åstadkomma har dessutom faktiska återverkningar. Enbart existensen av institutet betalningsföreläggande bidrar till att gäldenärer betalar sina skulder. Här behövs dock ändå ett ständigt jämförande med faktiska verkningar för att inte diskrepansen gentemot det förväntade ska blir alltför stort.<sup>515</sup>

När det gäller förväntningarna på processen som institution måste den enskilde partens förväntningar, och de förväntningar som finns på ett mer generellt plan, hållas isär menar Lindell. Den enskilde är intresserad av att vinna målet, medan det på en mer generell nivå handlar om att säkerställa domstolarnas opartiskhet, självständighet och kvalitet. Förfarandet ska även i sig vara tillfredsställande i förhållande till processmaterialet, vara snabbt och vara billigt. Lindell poängterar även vikten av dispositionsprincipen som ett verktyg för att parterna ska *uppfatta* processen som deras, genom att parterna har kontroll över processen, och därmed även får tillfälle att tala till punkt. Detta har enligt Lindell en viktig psykologisk betydelse. Ju mindre kontroll parterna har desto större chans att de uppfattar rättskipningen som orättvis. Detta måste dock givetvis ständigt vägas mot statens möjligheter att finansiera

---

<sup>512</sup> Angående rätts terapeutiska funktion gentemot parterna, se Diesen, Christian, *Terapeutisk juridik* (1. uppl. uppl.). Malmö: Liber, 2011.

<sup>513</sup> Lindblom, Per Henrik (2006a) s. 8-9.

<sup>514</sup> Lindell, Bengt (2012) s. 22.

<sup>515</sup> Lindell, Bengt (2012) s. 22-24.

rättskipningen.<sup>516</sup> Lindell påpekar vidare, vilket redan nämnts, att rättskipningens funktioner skiljer sig åt mellan olika instanser:

Något förenklat kan man säga att Högsta domstolen ska stå för rättsutvecklingen, hovrätterna för kontroll av tingsrättens avgörande, medan tyngdpunkten av rättskipningen ska ligga i tingsrätterna.<sup>517</sup>

Lindell betonar vikten av att domstolen måste vara både adaptiv och ge möjlighet till stabilitet och förutsebarhet.<sup>518</sup> Här framkommer således ytterligare en möjlig processrättslig funktion. Domstolssystemets förmåga att fånga upp och behandla konflikter i samhället, vilka annars skulle sakna ett auktoritativt forum, kan beskrivas som processens *fredsbevarande* funktion.<sup>519</sup>

Anderssons uttalanden avseende civilprocessrättens funktion ligger närmare en typ av rättskydd och konfliktlösning än handlingsdirigering, och han menar att civilprocessen, åtminstone delvis, handlar om att upprätthålla ett förprocessuellt rättskydd.<sup>520</sup> Han påpekar att "den konkreta civilprocessens viktigaste uppgift är att korrekt besvara frågan om det föreliggande rättsförhållandets innehåll, utifrån de förutsättningar som tillhandahålls av parter och i enlighet med de beviskravsregler etcetera som tillämpas".<sup>521</sup> Detta är inte individuellt rättskydd, i den mening den traditionella rättskyddsskolan använder uttrycket, utan snarare ett skydd av individuella rättigheter i den mening "den unge Olivecrona tänkte sig att använda begreppet".<sup>522</sup> Poängen med detta är att kunna betona vikten av att hålla fast vid begreppet rättskydd trots att det förlorat förbindelsen med det 'verkliga' rättsförhållandet genom att lägga vikt vid att "civilprocessen är till för de enskilda parterna som är inblandade i tvisten och inte bara för samhällets fortbestånd och utveckling".<sup>523</sup> På så sätt betonar Andersson idén om att civilprocessuella representationer bör fokusera på konfliktlösning snarare än att de bör fokusera på handlingsdirigering.

Föreställningarna om processrättens funktion kommer i rättsfallsanalyserna (avsnitt 4.2) att utgöra en bakgrund för att sätta fingret på rättsliga entymem, vilka bidrar till att föra det rättsliga narrativet mot sin upplösning.

---

<sup>516</sup> Lindell, Bengt (2012) s. 24-25.

<sup>517</sup> Lindell, Bengt (2012) s. 27-28.

<sup>518</sup> Lindell, Bengt (2012) s. 31-32.

<sup>519</sup> Lindell, Bengt (2012) s. 32. Lindell redogör även för hur rättsprocessen har förrättsligande inslag vilka kan liknas vid en *diagnos*, det vill säga "[f]aktiska omständigheter samlas och kläs i begrepp som passar institutionens föreställningsramar", Lindell, Bengt (2012) s. 30.

<sup>520</sup> Andersson, Torbjörn (1997) s. 165.

<sup>521</sup> Andersson, Torbjörn (1997) s. 165-166.

<sup>522</sup> Andersson, Torbjörn (1997) s. 165-166.

<sup>523</sup> Andersson, Torbjörn (1997) s. 165-166.



#### 4.1.2.2. Subsumtion

Avseende frågan hur norm och fakta ska kopplas samman, det vill säga avseende subsumtion, framträder följande bilder inom den processrättsliga terminologin, framförallt motiverade utifrån Ekelöfs och Lindells texter.

Ekelöfs ansats är på många sätt präglad av den logiskt deduktiva tankemodellen och rättstillämpning beskrivs som slutledning enligt praktiska satser. Praktiska satser skiljer sig från de teoretiska, vilket jag redogjort för i avsnitt 3.1.1.1, genom att de teoretiska satserna gör anspråk på att kunna vara sanna eller falska medan de praktiska istället utgörs av normer som påbjuder, tillåter eller förbjuder.<sup>524</sup>

Enligt Ekelöf genomförs subsumtionen med utgångspunkt i praktiska satser, vilka fungerar som handlingsregler för rätten.<sup>525</sup> Översatsen jämförs sedan med undersatsen, vilken utgörs av ett påstående om existensen av konkreta sakförhållanden. Ett annat sätt att uttrycka detta är att undersatsen *subsumeras* under översatsen. I *Rättegång, fjärde häftet* ges följande exempel:

Till penningböter döms en förare av ett motordrivet fordon som uppsåtligen eller av oaktsamhet bryter mot en regel om att fordon inte får föras med högre hastighet än 70 km/tim.

På en vägsträcka där högsta tillåtna hastighet är 70 km/tim har den tilltalade överskridit denna hastighet.

Alltså skall den tilltalade dömas till penningböter.<sup>526</sup>

En viktig poäng för Ekelöf är här emellertid att slutledningen, om att rättsföljden ska bestämmas till böter, inte utgör en logisk nödvändighet i betydelsen att slutledningen är sann. Slutledningen kan dock med grund i subsumtionen betraktas som 'rationell'.<sup>527</sup>

---

<sup>524</sup> Peczenik, Aleksander (1995) s. 159.

<sup>525</sup> Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Heuman, Lars (2009) s. 13, fotnot 3.

<sup>526</sup> Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Heuman, Lars (2009) s. 13.

<sup>527</sup> Se Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Heuman, Lars (2009) s. 13 fotnot 3: "En slutledning av detta slag kan kallas för *praktisk*. Anledningen härtill är att översatsen och slutsatsen inte är några påståenden (teoretiska satser) utan normer, praktiska satser. Sådana satser har inte som de teoretiska något sanningsvärde och att fråga sig om de är sanna eller falska har ingen förnuftig innebörd. Mellan premisserna och slutsatsen i en praktisk slutledning råder det sålunda inte något konsekvensförhållande i den speciella meningen att om de förra är sanna, detta även är fallet med den senare. Även i en dylik slutledning utgör premisserna emellertid *rationella skäl* för att bilisten skall dömas till böter." Jfr även Lindell, Bengt (2007) s. 40-41.

Påståenden om fakta däremot, det vill säga undersatsen i subsumtionen, ska enligt Ekelöf utgöras av *erfarenhetssatser*. Erfarenhetssatserna ska helst vara grundande på induktiv empirisk forskning.<sup>528</sup> Ekelöf definierar erfarenhetssatser som generella utsagor om verkligheten vilka tagits fram med kvantitativa empiriska metoder. Här är det alltså som utgångspunkt fråga om teoretiska satser, vilka kan vara sanna eller falska. Eftersom dessa inte är anpassade efter bevis temat i enskilda mål behöver erfarenhetssatserna dock ofta kompletteras med uppgifter från det konkreta fallet för att de ska kunna anses stämma överens med händelseförloppet. Som illustrativt exempel nämner Ekelöf att en generell erfarenhetssats kan vara att forskning "[g]enom upprepade experiment funnit att det behövs 80 meter för att inbromsa personbilar, som har en hastighet av 100 km/tim". En uppgift om en bromssträcka på 80 meter kan därmed utgöra ett bevisfaktum, vilket sedan värderas med hjälp av erfarenhetssatsen. Bevisvärderingen är dock inte färdig därmed, det räcker inte att bevisfaktumet stämmer med premisserna för erfarenhetssatsen, det måste också förankras i det faktiska händelseförloppet. Erfarenhetssatsen kanske är grundad på mätningar med en ny bil på nyligen asfalterad och torr väg, medan det finns uppgifter om att det i det aktuella fallet rör sig om en bil med slitna däck som kört på en moddig väg.

Ekelöf påpekar att de kompletterande uppgifterna (så kallade hjälpfakta) ska bygga på erfarenhetssatser, men han anser här inte att man måste kräva att dessa grundar sig på systematiska undersökningar. Här får det ofta anses tillräckligt med erfarenheter baserade på 'livserfarenhet'. Det kan vara fråga om uppskattningar och osystematiska induktioner rörande verklighetssammanhang. Detta trots att sådana satser ofta är ungefärliga och vaga. "Vi vet att det i regel behövs längre sträcka att bromsa en bil, då väglaget är moddigt, men vi vet inte exakt hur mycket längre."<sup>529</sup> Ekelöf påpekar även att det är vanligt att förhållandet mellan erfarenhetssatsen och det som påstås ha inträffat (bevis temat), baseras på livserfarenhet.<sup>530</sup> När det gäller den rationellt resonerande genomgången av olika typer av erfarenhetssatser för den aktuella situationen, kan enligt Ekelöf, en slutledning göras i förhållande till den bästa erfarenhetssats som domstolen har tillgång till, helst grundad på upprepad empiri, i annat fall på livserfarenhet. Till slut landar emellertid slutledningen i en bedömning av den unika situationen, där övergripande erfarenhetssatser omöjligt kan ge all information som behövs. Från en generell erfarenhetssats om att det krävs en 80 meter lång bromssträcka för att stanna en bil som färdas i 100 km/tim kan aldrig en säker slutsats dras om att så var fallet just i den, i målet, aktuella

---

<sup>528</sup> Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Heuman, Lars (2009) s. 18-19. Även Lindell nämner *erfarenhetssatser* som ett sätt att sätta namn på vad som förekommer i undersatsen av subsumtionen. Erfarenhetssatser är grundande på induktion och säger hur vanligt förekommande något är. De kan användas både vid bevisvärdering och avseende rättstillämpning, exempelvis för att bestämma vad som utgör sedvana, Lindell, Bengt (2012) s. 107.

<sup>529</sup> Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Heuman, Lars (2009) s. 19-20.

<sup>530</sup> Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Heuman, Lars (2009) s. 20.

situationen. Detta leder Ekelöf till slutsatsen att bedömningen av bevisningen som helhet måste göras *intuitivt*.<sup>531</sup>

Lindell utgår också, likt Ekelöf, från en uppställning av subsumtionen, vilken bygger på den logiska uppställningen för syllogismer. Med hänvisning till Engisch tecknar han subsumtionen enligt följande tankemodell:

- 1) Föreställningen av det konkreta sakförhållandet.
- 2) Fastställandet av detta sakförhållande.
- 3) Värderingen av sakförhållandet som ett sådant som motsvarar försatsen i rättsregeln.<sup>532</sup>

Lindell framhåller att det först är det tredje momentet som motsvarar den egentliga subsumtionen.<sup>533</sup> Lindell har även en kortare definition: "[I]nförandet av en beskrivning av ett händelseförlopp under en rättsats."<sup>534</sup> Lindell konstaterar dock att det i subsumtionsmodellens genealogi finns en föreställning om ett "naturligt objektivt språk och att ifall man använder detta sak- och rättsfråga kan särskiljas". Bakom särskiljandet av rättsfråga och sakfråga ligger således i grunden en idé om det objektiva språket. I vissa fall anser Lindell att detta är fungerande, exempelvis kan sakfrågan om det rörde sig om 'fem flaskor vin' särskiljas från rättsfrågan om det var en 'ringa mängd'.<sup>535</sup> För andra typer av situationer blir det emellertid mer problematiskt:

I andra fall är särskiljandet inte möjligt. Kan det inte bestämmas att det rörde sig om exakt fem flaskor vin, utan det sägs t.ex. att "det inte var så mycket" eller rent av att det var "ringa", flyter fastställande och subsumtion ihop, och sägs det att en person varit "störande" t.ex. därför att han spelat väldigt högt, kan sak- och rättsfråga inte särskiljas. Vidare kan fastställandet av om någon i trängsel stött eller knuffat till någon [...] inte särhållas från subsumtionen under rättsbegreppet "misshandel". [...] Anledning till att sak- och rättsfråga här flyter ihop är att begreppen "stöt" och "knuff" är oprecisa.<sup>536</sup>

---

<sup>531</sup> Ekelöf, Per Olof & Boman, Robert (1992) s. 132. Hänvisningen till "intuitionen" har emellertid tagit bort i senare upplagor av Ekelöf-serien, se Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Heuman, Lars (2009).

<sup>532</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 365. Från Engisch, Karl, *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*. Heidelberg: C. Winter, 1963 s. 19.

<sup>533</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 365.

<sup>534</sup> Lindell, Bengt (1987) 24.

<sup>535</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 377.

<sup>536</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 377-378. Frågan är i vilken mån subsumtionens underdel, sakfrågan, från ett kunskaps- och språkteoretiskt angreppssätt, är möjlig att försvara ens i de mer rättframma

Lindell menar därmed att detta *logisk-begreppsliga* angreppssätt för att närmas sig rätten innebär vissa problem. Subsumtion förutsätter bland annat att det underordnade begreppet (fakta) ska vara av mindre omfång än det begrepp (rekvisitet) som det subsumeras under. Dessutom måste fakta omvandlas till ett begrepp för att kunna subsumeras.<sup>537</sup>

Trots att både Ekelöf och Lindell ifrågasätter att subsumtion kan genomföras som en logisk operation framhåller de, med grund i tysk rättsteoretisk litteratur, att den logiska deduktionen likväl kan utgöra grunden för rättstillämpning.<sup>538</sup> Detta oavsett om kopplingen mellan fakta och norm inte utgör en logisk kausalitet mellan den praktiska premissen (normen) och den teoretiska premissen (fakta):

Det krävs en logisk förbindelse mellan det "gap" eller den klyfta som finns mellan sakförhållandet och normpremisserna. Denna förbindelse kan endast skapas genom att uppställa ytterligare premisser, som förbinder beskrivningen av sakförhållandet med de förutsättningar som finns i normen. I allmänhet sker detta genom *tolkning* av de begrepp som finns i normens försats (omsats), en tolkning som sker mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet och de begrepp som används för att beskriva dessa.<sup>539</sup>

Det mest avgörande momentet i subsumtionen genomförs således "i allmänhet" genom tolkning. De möjliga 'tilläggspremissor', vilka kan användas för att underlätta tolkningen kan dessutom, påpekar Lindell (i likhet med Peczenik), alltid preciseras ytterligare.<sup>540</sup> Det uppstår då en oändlig regress där slutledningen, som följer av sammanlänkningen mellan norm och fakta (subsumtionen), alltid kan kompliceras genom frågan *varför?* En fråga vilken aldrig kommer att kunna besvaras med; 'eftersom slutledningen följer logiskt av premisserna'. Detta trots att uppställningen av subsumtionen placerats i en form vilken ger sken av just detta. Vidare passar även begreppet subsumtion dåligt för den typen av tillämpning (vilket Lindell också påpekar) där nya omständigheter leder till en helt ny typ av rättstillämpning. Något

---

och 'klara' fallen, såsom 'fem flaskor vin'. Lindell nämner här även alternativ som helt förnekar möjligheten att dra en gräns mellan fastställandet av fakta och subsumtion, exempelvis de som bygger på ett *teleologiskt gränsdragningskriterium* eller på *prestationsteorin*, se Lindell, Bengt (1987) s. 379.

<sup>537</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 368.

<sup>538</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 42-46. Lindell bygger här bland annat på Schneider, Egon & Schnapp, Friedrich, *Logik für juristen*. München: Verlag Vahlen, 2006 s. 85f.

<sup>539</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 47.

<sup>540</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 48. Se även Aarnio, Aulis, Alexy, Robert & Peczenik, Aleksander (1981).

underordnande kan det då inte betraktas som eftersom rättsnormen skapas i och med subsumtionen.<sup>541</sup>

Det kritiska förhållningssättet till subsumtionen, från Lindells sida, gäller även möjligheterna att hålla isär representationer av fakta från representationer av normer. I den mån fakta ska bestämmas utan normativa inslag krävs enligt Lindell en rent induktiv metod där påståendet om fakta (bevistemat) måste vara exakt fixerat och objektivt konstaterbart.<sup>542</sup> Lindell menar dock att detta endast är ett ideal. Inte desto mindre vilar enligt Lindell rättegångsbalken på detta ideal, på verifikationsprincipen. "Även om denna ju inte längre är förhärskande inom övrig vetenskaplig empiri", som Lindell sedan påpekar.<sup>543</sup> Han är även kritisk till de språkliga möjligheterna att förhålla sig rent deskriptiv och kausal i förhållande till fakta. Enligt Lindell finns det inte någon skarp skiljelinje mellan begrepp som utgör fakta och begrepp som utgör värderingar eftersom många begrepp och uttryck ger uttryck för både fakta och värderingar.<sup>544</sup>

Lindell landar dock i att det, de kunskapsteoretiska hindren till trots, ändå finns en normativ funktion för verifikationsmodellen och att bevisteman, vilka i större utsträckning är deskriptiva (såsom 'A befann sig på platsen B?' eller 'A och B träffade varandra?'), fungerar bättre än bevisteman med större värderande inslag (såsom 'hyresgästen har varit störande' eller 'A har genomfört ett kvalificerat arbete').<sup>545</sup> Att bevisteman med nödvändighet måste innehålla inslag av värderande utsagor för att vara meningsfulla innebär också att förståelsen av bevistemat kommer att innehålla grader av förförståelse och presumtioner kring komplexa rekvisit och vaga begrepp. Vidare är det inte säkert att texterna eller vittnena förhåller sig till den ideala bilden av ett bevistema. Vittnet kanske uttrycker sig med begrepp såsom 'störande' (vittnet hade kanske inte vid tillfället för sina observationer med sig mätutrustning för att kunna uttrycka sig i fakta såsom 'grannen spelade gitarr i 112 decibel') eller 'värdslös'. På så sätt ger vittnets utsaga, enligt Lindell, inte bara uttryck för värderingar utan även för att inrama sin berättelse i en rättslig förståelse.<sup>546</sup> Samtidigt vilar dikotomin *sakfråga - rättsfråga* på att fakta och värdering, eller åtminstone fakta och rättsliga värden, kan hållas isär. Om ett vittne säger att 'någon spelat väldigt högt' är det då ett bevisfaktum för att personen varit störande eller är det ett rättsfaktum som konstituerar rekvisitet 'störande'? Samma sak kan man fråga

---

<sup>541</sup> Lindell hanterar emellertid den här problematiken med hjälp av begreppet *preciserande normfakta*, vilket enligt min mening är problematiskt, se avsnitt 4.1.1.3.

<sup>542</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 171-172.

<sup>543</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 174-175.

<sup>544</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 178-179.

<sup>545</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 181.

<sup>546</sup> Eftersom därmed en mängd information inte kommer att kunna utvärderas i termer av sant eller falskt blir därmed 'sanning' ett ohållbart sätt att förhålla sig till RB 35 kap. 1 §, Lindell, Bengt (1987) s. 190-191.

sig om någon uttalar sig om exempelvis 'barnets bästa'.<sup>547</sup> Lindell framhåller vidare att om det accepteras att någon är störande, för att ett trovärdigt vittne tillförlitligt rapporterat om detta, flyter fastställandet av fakta samman med subsumtionen, och sakfrågan har konsumerat rättsfrågan.<sup>548</sup>

Även andra svårigheter, vilka kan medföra att representationer för fakta som presenteras i domstolen inte fyller sin funktion, lyfts fram av Lindell. Han pekar bland annat på olika sätt som 'visat' kan användas, både som ett uttryck för resultatet av empiriska undersökningar och som en sorts subsumtion av sinnesintryck. Ett vittne kan exempelvis ha berättat att hon har sett ett träd när hon i själva verket sett en sten om vittnet har förväxlat innebörden av orden träd respektive sten. Detta innebär inte att utsagan är felaktig. Det är endast den semantiska etiketteringen som är felaktig.<sup>549</sup> Det finns enligt Lindell många sådana begrepp, vilka kan hamna i antingen en begreppslig eller empirisk bana. Han tar upp 'föra' som ett exempel. Ibland tar inte domstolen tag i de begreppsliga frågorna utan hänvisar svepande till att det 'inte är visat att person A fört bilen'. Bakom en sådan bedömning ligger dock ibland en begreppslig fråga, och inte en empirisk, det vill säga en fråga om vad som räknas till att 'föra' en bil. Men enligt Lindell måste det dock finnas någon mätta på hur ingående domstolen ska bemöta de omständigheter som presenteras. Om en part menar att person A fört bilen genom att sitta i baksätet och inte röra ratten, eller något annat redskap, behöver knappast domstolen pröva om de angivna omständigheterna konstituerar rekvisetet föra, då räcker det för domstolen att konstatera att A inte visat att han fört bilen, trots att 'visa' i det fallet egentligen inte är kopplat till en bevisvärdering avseende fakta utan snarare rekvisetet 'föra', det vill säga en rättsfråga.<sup>550</sup> Detta kan sammanfattas med att visat/styrkt kan förstås antingen som brist på rättsligt relevanta fakta eller som ett konstaterande att de åberopade fakta inte har tillräckligt stor rättslig betydelse. Men Lindell menar att det även förekommer att termen styrkt/visat helt enkelt används för att påstå att parterna inte presenterat argument med tillräcklig rättslig tyngd. Lindell ställer sig på grund av språkförbistringen positiv till att domstolarna ska hålla isär sina skäl så att en avdelning berör bevisvärdering och en avdelning berör rättstillämpning.<sup>551</sup>

---

<sup>547</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 195.

<sup>548</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 336-338.

<sup>549</sup> Jfr skillnaden mellan det betecknande och det betecknade, vilket redogjorts för i avsnitt 2.2.1.

<sup>550</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 339-340.

<sup>551</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 341-343. När det gäller termerna 'visat' och 'styrkt', som enligt Ekelöf är synonyma och kännetecknar normalgraden av beviskrav, så används de på ett skiftande sätt i domskälen. Stundtals används det för att koppla till sakfrågan, ibland till rättsfrågan. Inte sällan kopplas de till rättsföljden och ibland som ett förkortat sätt att hänga samman sakfrågan och rättsfrågan, men ibland helt frikopplat från sakfrågan. Detta är enligt Lindell anmärkningsvärt eftersom rättsfrågan är normativ och domstolen känner rätten. Vad är det som ska 'visas'? Ibland är även användningen av 'visat' (eller snarare 'inte visat') kopplat direkt till rättsföljden på det sätt att det helt enkelt inte presenterats 'tillräckliga skäl' för att rättsföljden ska inträda.

Sammanfattningsvis kan sägas att Lindell, i sitt resonemang avseende hur fakta fastställs, starkt betonar hur detta görs genom tolkning och växelverkan mellan fakta och norm och att någon tydlig gränsdragning mellan dem inte är möjlig att upprätthålla.<sup>552</sup> Jag menar att dessa uttalanden av Lindell, både att subsumtion är en språklig, begreppslig och normativ praktik och att normen skapas genom tillämpningen, gör att hans teoretiska utgångspunkter på många sätt fungerar väl tillsammans med de teoretiska utgångspunkter jag själv utgår ifrån, det vill säga en kritik mot representationsdiskursens möjligheter att beskriva rättstillämpning. Såväl Ekelöf som Lindell är av uppfattningen att de faktiska förhållandena i undersatsen kan påverka förståelsen av översatsen och tvärtom. Rättsfrågan och sakfrågan, det vill säga norm och fakta, framställs alltså av dem båda, vara intimt sammankopplade med varandra.<sup>553</sup> Men, samtidigt som gränsdragningen ifrågasätts inom den processrättsliga doktrinen framhålls även gränsdragningen mellan sakfråga och rättsfråga som fundamental inom processrättslig terminologi. Dessutom upprätthålls bilden av subsumtionen som logisk deduktion, trots att både Ekelöf och Lindell i grunden ifrågasätter att en sådan skulle vara möjlig. Detta riskerar, enligt min mening, att de diskursiva effekterna av ifrågasättandet blir minimala. Exempelvis visar den rätts-tillämpande terminologin, vilken presenteras i avsnitt 4.1.1.3, inte i någon betydande mån den problematik som framhållits av både Ekelöf och Lindell. Men detta återkommer jag till.

Efter att ha kritiserat möjligheten att hålla isär norm och fakta påbörjar Lindell därför arbetet med att särskilja dem.<sup>554</sup> Även försöket, att med praktiska verktyg hålla isär representationer för sakfrågor (fakta) och för rättsfrågor (norm), visar sig utmanande för Lindell. Han föreslår inledningsvis ett praktiskt kriterium för att avgöra gränsdragningen mellan rättsfrågan och sakfrågan genom att ställa frågan "behövs en bevisprövning för att göra en bedömning av målet eller en fråga i det?". Om svaret på frågan blir ja är det alltså fråga om en sakfråga.<sup>555</sup> Rättsfrågan hör till domstolens ex officio-prövning och parterna behöver därmed inte föra bevisning avseende vilka rättsregler som ska tillämpas. Lindell är emellertid tydlig med att parterna bör vara aktiva även avseende att ge rättsliga etiketter till de rättsfakta som åberopas, annars kan processen bli betungande för domstolen och medföra en

---

<sup>552</sup> Angående växelverkan på straffprocessrättens område, se Forsberg, Moa, "Rätt utan sanning? En reflektion över sanningens roll i straffprocessen idag", *Nordisk Tidskrift för Kriminalvetenskap*, 95/3 (2008), 243-258.

<sup>553</sup> Något som även bekräftas av praktiskt orienterade skrifter såsom Michelson, Staffan & Lundeborg, Åke (2011) s. 18.

<sup>554</sup> I den mån syftet med att diskutera särskiljandet mellan norm och fakta handlar om att ge praktiska råd om hur domstolen ska tolka rättegångsbalkens bestämmelser är väl detta kanske i och för sig inte särskilt märkligt. Exempelvis kan inte bevisbördans placering utgöra ett argument för huruvida en rättsfråga är utredd åt det ena eller andra hållet. Lindell, Bengt (2012) s. 50. Jfr även andra rättsordningar, i till exempel Tyskland får högsta instans enbart pröva rättsfrågor.

<sup>555</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 50-51.

långsammare handläggning. Det har även utvecklats en praxis kring hur införandet av rättsnormer i processen i viss utsträckning ligger inom ramen för dispositionsprincipen.<sup>556</sup> Frågan om gränsdragningen mellan rättsfråga och sakfråga kan emellertid inte alltid besvaras med Lindells praktiska kriterium.

Ett vanligt sätt att konkret definiera sakfrågan är enligt Lindell att beskriva den som "fastställandet av fakta".<sup>557</sup> Lindell ser dock brister i det sättet att hantera sakfrågan, dels på grund av de teoretiska implikationer jag just redogjort för, dels på grund av att fakta ibland fastställs med hjälp av rättsregler, exempelvis presumptionsregler vilka anger att ett faktum ska anses föreligga om ett annat faktum visats. Vidare är reglerna om medgivande sådana att de medför att vissa fakta ska anses föreligga, trots att användandet av dessa regler hör till rättsfrågan.

Lindells huvudsakliga definition av sakfrågan handlar om att koppla samman "fastställandet av fakta med hjälp av fri bevisvärdering", det vill säga att definiera fakta som resultatet av en viss typ av process. Syftet med den fria bevisvärderingen är att utsagor om verkligheten ska värderas och bedömas vara sanna eller falska (enligt de normativa premisser som ställs upp för att uttala sig om sanning, exempelvis *funktionell sanning*, vilken behandlats kortfattat i avsnitt 4.1.1.1). Vid en tillämpning av en rättsregel med rekvisitet vårdslöshet är det ett antal sådana utsagor som kan aktualiseras. Det kan vara påståenden såsom att en person (1) kört 80km/tim, (2) på en smal och slingrig väg, (3) i halt vinterväglag, (4) utan dubbdäck, (5) med skymd

---

<sup>556</sup> Lindell, Bengt (2012) s. 50-51. Se NJA 1993 s. 13, NJA 1983 s. 1, NJA 1994 s. 256 och NJA 1978 s. 334.

<sup>557</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 21, som i sin tur hänvisar till Engisch "berömda undersökning av gränsdragningsfrågorna", Engisch, Karl (1963) s. 85. Kunskap om relevanta fakta skaffas, enligt Ekelöf, i tre steg. "Under huvudförhandlingen *föreläggas bevisningen*, varvid rätten bereds tillfälle att höra på vittnesmål, iakta skriftliga handlingar osv. (43:8). Vad som på detta sätt framkommit, berör parterna i sin *plädering*, varvid de drar slutsatser härav rörande rättsfaktas existens (43:9). Slutligen fattar rätten ståndpunkt till dess frågor under *överbägningen* till dom samt redovisar sin uppfattning i domen (17:9 och 7 st. 1 mom. 5)." Ekelöf, Per Olof & Boman, Robert (1992) s. 12. Allt detta kallas enligt Ekelöf för bevisning. Han lägger inte någon tid på att beskriva huruvida processen som föregår huvudförhandlingen bidrar till förståelsen av hur rätten skaffar sig kunskap om de faktiska omständigheterna. Kanske har han här omedelbarhetsprincipen i åtanke. Det finns dock flera tillfällen under förberedelsen då domstolen bidrar till att målet tillförs information som i allra högsta grad påverkar förståelsen av vilket händelseförlopp som ägt rum. Domstolen ber parterna komplettera sina grunder och domstolen ställer klagörande frågor i sin plikt att se till att målet blir tillfredställande utrett etcetera. Den intellektuella verksamheten under plädering och överläggning kallar Ekelöf för *bevisvärdering*. "Denna består i att man från existensen av ett eller flera fakta (*factum probans*, bevisande faktum) drar den slutsats rörande *sannolikheten* för existensen av ett annat faktum (*factum probandum*, faktum som skall bevisas)", Ekelöf, Per Olof & Boman, Robert (1992) s. 12-13. Den första typen av fakta benämner Ekelöf *bevisfakta* och den senare *rättsfakta*. En angivelse om ett bevisfaktums *bevisvärde* i förhållande till ett rättsfaktum kallar Ekelöf för *bevistema*. Bevistema är ett sätt att beteckna bevisfaktum och bevisfaktumet kan sägas vara relevant om det har bevisvärde för eller emot bevistemats existens. Ekelöf, Per Olof & Boman, Robert (1992) s. 12-13.



sikt, etcetera. Det finns dock inte, som sagt, något kausalt förhållande på det sätt att ett antal av dessa omständigheter utgör bevis för vårdslöshet. Dessa omständigheter *utgör* istället vårdslösheten. Vårdslösheten har reducerats och bestämts till dessa fakta. Eftersom vårdslösheten utgör en norm kan den således inte vara föremål för bevisning enligt idéer om sanning. Det finns, vilket nämnts, enligt Lindell (och även Ekelöf), inte något kausalt samband mellan norm och sanning. Slutsatsen att en person varit vårdslös och ska betala skadestånd följer därmed inte av premisserna som visats. Man kan därför inte bevisa om någon är skadeståndsskyldig. Lindell avslutar: "[D]enna uppfattning, att man inte på ett bindande sätt kan sluta från vad som är till vad som *skall eller bör gälla* är av gammalt datum och torde än idag vara förhärskande."<sup>558</sup>

Lindell exemplifierar, med vad som med en representationsdiskurs framstår vara en motsägelse, genom att fråga sig hur en domare bör gå tillväga inför rättstillämpning och bevisvärdering när det gäller skadeståndslagen 2 kap 1 §. Handlar det om att först bestämma vilka omständigheter som är bevisade med erforderlig styrka för att sedan övergå till att ta reda på vilka rättsregler som kan vara tillämpliga, eller handlar det om att först precisera rättsregeln för att därefter välja relevanta delar vilka måste bli föremål för bevisning? Eller är det möjligen fråga om en växelverkan mellan dessa? Den första modellen avvisar Lindell bestämt. Dels för att det är en omöjlighet, dels för att det vore onödigt. Lindell landar i växelverkan, där det finns möjliga sakförhållanden i botten som bestämmer vilka regler som är tänkbara. Tolkning av rättsregler leder sedan till att vissa delar av sakförhållandena ges rättslig relevans. Vidare påverkar sakförhållandena även innehållet i den rättssats vilken till sist kommer till användning.<sup>559</sup> Lindell reflekterar också över hur subsumtion hanteras i praktiken:

Det är vanligt att man, som jag själv gjort, skiljer mellan rekvisit och rättsföljd, på så sätt att först bestäms om rekvisiten är uppfyllda, varefter rättsföljden automatiskt slås fast; den är ju betingad av de förutsättningar som finns angivna i rekvisiten. Det är emellertid mycket troligt att denna beskrivning av tillvägagångssätten vid rättstillämpning är missvisande, i vart fall som en generell beskrivning. Vid ett teleologiskt resonemang, där man således går från rättsföljd till rättsfaktum, får man säga; Han bör ersätta skadan - alltså är handlingen vårdslös. Går man däremot på det traditionella sättet från rättsfaktum till rättsföljd blir resonemanget: Handlingen är vårdslös - alltså bör skadan ersättas. Det senare resonemanget är inriktat på en tolkning och precisering av förutsättningarna, d.v.s. rekvisiten, för rättsföljdens

---

<sup>558</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 40.

<sup>559</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 36.

inträde, det förra blickar på rättsföljden och är konsekvensinriktat. Den nu angivna skillnaden blir särskilt tydlig om man ställde den teleologiska metoden mot en strikt bokstavstolkning.<sup>560</sup>

Eftersom ingen av modellerna, i sin ytterlighet, verkar rimlig att använda i praktiken tänker sig Lindell att det även här handlar om en växelverkan mellan förståelsen av rekvisiten och beslutet om *rättsföljd*, det vill säga att domaren blickar både på en tolkning av rekvisitens innebörd och mot konsekvenserna av olika tillämpningar i det enskilda fallet.<sup>561</sup> Juristen har en förförståelse för både den rättsliga världen och den verkliga världen. Genom en reflektion fortsätter sedan juristen genom en hermeneutisk spiral att välja de relevanta normerna och relevanta fakta.<sup>562</sup>

Lindell erbjuder även ett alternativ till att definiera sakfrågan som "fastställande av fakta med hjälp av fri bevisvärdering". Att ett alternativ behövs beror bland annat på att 'saken' i ett tvistemål kan ha fastställts på andra sätt än genom fri bevisvärdering. Om till exempel ett faktum fastställs med hjälp av en presumptionsregel och ett annat med hjälp av fri bevisvärdering vore det orimligt att inte hantera båda som del av saken. Lindell framhåller här istället att när det gäller frågan om gränsdragningen mellan faktum och rätt bör alla "faktiska omständigheter i målet, oavsett hur de fastställs", beteckna sakfrågan. Av detta följer också att gränsdragningsfrågor som rör bevisvärdering och rättstillämpning medför att hela subsumtionsmodellen tillhör rättsfrågan, och däri frågan om *vilka* fakta som ska fastställas och *till viss del* metodologi som används för att fastställa fakta. Till rättsfrågan hör då även frågor om rättsföljd och bevisbörda samt beviskrav.<sup>563</sup> Här är Lindell noga med att påpeka att särskiljandet mellan sakfråga och rättsfråga alltså inte är detsamma som särskiljandet mellan fakta och norm. Det handlar snarare om ett särskiljande mellan *fakta* och *rätt*.<sup>564</sup> Det är således fullt möjligt, i Lindells sätt att använda begreppen, att sakfrågan innehåller normer.

Om vi återigen knyter samman Lindells resonemang kan det konstateras att han visserligen ser många problem med att hålla isär fakta och rätt och att subsumtionsbegreppet därmed är ytterst problematiskt, men att dessa problem inte ska medföra att föreställningen om möjligheten att särskilja rena fakta och rättslig kvalifikation av fakta ska omkullkastas. Särskiljandet ska alltså utgöra basen för bilden av rättstillämpning genom subsumtion.<sup>565</sup> Samtidigt är det tydligt att Lindell inte vid något tillfälle är beredd att frikoppla fakta från dess rättsliga bestämning. Vad som utgör ett fakta inom ramen för en civilrättslig fråga är alltid ytterst en rättslig fråga.

---

<sup>560</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 40-41.

<sup>561</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 41.

<sup>562</sup> Jfr Niemi-Kiesiläinen, Johanna, Honkatukia, Päivi & Ruuskanen, Minna (2007) s. 74-75.

<sup>563</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 23-24.

<sup>564</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 24.

<sup>565</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 382-383.

Av de redogörelser som här framförts, med grund i framförallt Lindells avhandling, är det tydligt att subsumtionsmodellen inte utgör en faktisk eller praktisk modell för juridisk argumentation som består av logisk deduktion. Subsumtionen utgör snarare vad jag skulle beteckna en rättslig diskursiv nodalpunkt, vilken är av normativ karaktär. Den utgör navet i rättens självrefererande diskursiva tillblivande och kan, enligt min mening, bättre förstås som ett transformativt uttryck än som en länk mellan representationer för fakta och representationer för rätt. Subsumtionen fungerar då som ett skal, vilket åstadkommer diskursiv sammanhållning, trots att den kan genomföras med mycket skiftande metodologiska utgångspunkter.<sup>566</sup> Detta kommer också att illustreras i rättsfallsanalyserna längre fram i kapitlet.

#### 4.1.2.3. Processrättsliga representationer

I syfte att kunna göra noggranna analyser av processrättslig förståelse av rätts-tillämpning finns ett relativt stort antal begrepp att tillgå. Det mest centrala av dessa begrepp utgörs av, vilket redan nämnts vid åtskilliga tillfällen, *rättsfaktum*. Detta begrepp, tillsammans med dess ackompanjerande terminologi, kommer att behandlas i det följande.

Begreppet *rättsfaktum* har, historiskt sett, använts på olika sätt. Rättsregler är ofta utformande i villkorssatser, om x inträffar så inträder rättsföljden z. Rättsfakta har i dessa satser använts för att beteckna hela den *språkliga* om-satsen, inklusive de faktiska omständigheterna vilka konstituerar ett sådant moment. I äldre doktrin verkar rent av rättsfaktum inte alls ha använts för att beskriva faktiska omständigheter. Rättsfaktum användes i samma betydelse som *rekvisit*.<sup>567</sup> För att bringa klarhet i denna förvirring har *konkret rättsfaktum* och *abstrakt rättsfaktum* använts, där den tidigare syftar till att representera fakta medan det senare handlar om den språkliga om-satsen (försatsen x) i en rättsregel, det vill säga en norm.<sup>568</sup>

*Konkreta rättsfaktum* har definierats på olika sätt i olika sammanhang. Det handlar emellertid, till största del, om nyansskillnader där definitionerna i mer eller mindre grad konstrueras utefter föreställningar om deras inneboende egenskaper respektive funktion.<sup>569</sup>

Strömberg definierar (konkret) *rättsfakta* som ett faktum vilket "[e]nsamt eller i föreningen med andra rättsfakta leder fram till en rättsföljd".<sup>570</sup> Endast sådana

---

<sup>566</sup> Se avsnitt 3.2 och 3.3.

<sup>567</sup> Ekelöf använder i äldre texter uttryck som 'relevant faktum' eller 'relevanta omständigheter' för att beskriva faktiska händelseförlopp, se Ekelöf, Per Olof (1945) s. 226.

<sup>568</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 26.

<sup>569</sup> Det förekommer även att konkreta rättsfakta benämns som *subsumtionsfakta* eller *händelsefakta*, Lindell, Bengt (1987) s. 25-26.

<sup>570</sup> Lindell, Bengt (2012) s. 106, Strömberg, Tore, *Inledning till den allmänna rättsläran* (8 uppl.). Lund: Studentlitteratur, 1981 s. 78. Samma definition används även av Roberth Nordh; "faktiska

omständigheter, vilka konstituerar rekvisitet och gör en regel tillämplig, kan räknas som konkreta rättsfakta.<sup>571</sup> Mot detta har Lindell invänt att det vore märkligt att omständigheter, vilka presenteras som konkreta rättsfakta i en rättegång, plötsligt skulle upphöra att utgöra konkreta rättsfaktum i den stund parterna, som åberopat dem, tappat målet med följd att rättsfaktumen alltså inte ledde till någon rättsföljd.<sup>572</sup>

Nordh kategoriserar konkreta rättsfaktum utifrån vilken typ av rättsföljd de kopplas till. Konkreta rättsfaktum kan sägas vara *rättsgrundande*, *rättshindrande* eller *rättsupphävande*. Nordh tar som exempel på rättsgrundande rättsfakta upp att en person erbjudit en annan att köpa en vara på vissa villkor och att denne accepterat detta, med rättsföljden 'köpeavtal'. Att en person är underärig är ett rättshindrande rättsfaktum eftersom det leder till rättsföljden att inget bindande avtal uppstår. Att det förflutit viss tid kan vara ett rättsupphävande rättsfakta i den mån tiden innebär att gäldenärens betalningsskyldighet upphört på grund av preskription.<sup>573</sup>

De konkreta rättsfakta som åberopas i en stämningsansökan benämns ofta, både i den processrättsliga terminologin och i rättegångsbalken, för *grunden*.<sup>574</sup> Övriga materiella rättsfaktum benämns av Ekelöf för, det av Olivecrona lanserade begreppet, *motfaktum*. Dessa kan dessutom vara av olika 'grader'. Om grunden handlar om att svaranden inte betalat för en vara hon köpt kan svarande till exempel bestrida betalningsansvaret med hänsyn till att det är fel i varan. Detta skulle utgöra ett exempel på ett motfaktum av första graden. Käranden kanske i sin tur invänder att reklamation avseende felet gjorts för sent, vilket utgör ett motfaktum av andra graden, och så vidare. Benämningen motfaktum bygger alltså på att omständigheten får sin innebörd genom den tidigare i ledet åberopade omständigheten. En omständighet om för sen reklamation har inte någon mening om inte någon först gjort gällande att det föreligger ett fel.<sup>575</sup>

Motfakta utgör vidare en av de tre sorters invändningar en part, och här har Ekelöf hämtat sin terminologi från Kallenberg, kan göra i sak.<sup>576</sup> De andra två utgörs av att *förneka* att, den av motparten påstådda, omständigheten verkligen ägt rum, eller att *invända* att motpartens åberopade omständigheter inte leder till den yrkade rättsföljden, en så kallad rättsinvändning.<sup>577</sup> Konkreta rättsfaktum, vilka är kopplade till grunden eller till motfaktum, benämner Ekelöf *materiella*. Dessa ska således hållas isär från *processuella* rättsfakta. Exempel på de sistnämnda är yrkande och

---

omständigheter, som ensamma eller i förening med andra rättsfakta direkt kan leda till att en viss rättsföljd inträder", Nordh, Roberth, *Processens ram i tvistemål: om yrkande och grunder, ändring av talan m.m.* (2 uppl.). Uppsala: Lustus, 2006 s. 43.

<sup>571</sup> Strömberg, Tore (1981) s. 81.

<sup>572</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 28.

<sup>573</sup> Nordh, Roberth (2006) s. 43.

<sup>574</sup> RB 42 kap. 2 § 1 st. 2p.

<sup>575</sup> Ekelöf, Per Olof et al. (2016) s. 44.

<sup>576</sup> Kallenberg II s. 373 f. Och SvJT 1959 s. 27 f.

<sup>577</sup> Ekelöf, Per Olof et al. (2016) s. 45.

överklagande.<sup>578</sup> Enligt RB 42 kap. 7 § ska svaranden ange ”om kändens yrkande bestrids, grunden för detta med yttrande rörande de omständigheter, som kändens grundar sin talan på, och med angivande av de omständigheter som svaranden vill anföra”. Enligt 6 § ska förberedelsen i målet bland annat syfta till att klarlägga vilka omständigheter parterna ”åberopar”. Enligt Lindell måste åberopandet, för dispositiva mål, ”[ä]tminstone vid tvistighet, vara noga preciserat, vilket innebär att det inte är tillräckligt med ett allmänt åberopande av en grund (eller invändning) utan denna måste vara preciserad mot de konkreta omständigheter (konkreta rättsfakta) som den består av”.<sup>579</sup> Hur långt detta ska dras finns det dock ingen generell princip om. Enligt Lindell kan det inte vara fråga om att alla detaljer av rättslig betydelse ska anges. Detta görs istället i beskrivningen av bevisemat.<sup>580</sup> Det krävs vidare, enligt Lindell, att åberopandet görs i förhållande till en rättsföljd. Det måste även framgå om ”en omständighet åberopas som ett rättsfaktum eller bevisfaktum”.<sup>581</sup> I subsumtionsmodellen finns, som nämnts, en rättslig översats och en faktisk undersats. Översatsen kallas ibland för *rekvisit* och ibland för *abstrakta rättsfakta*.<sup>582</sup> I undersatsen återfinns *konkreta rättsfakta*.<sup>583</sup> Ett annat sätt att beskriva subsumtionen innebär att en typ av filter läggs över ’verklighetsplanet’ vilket sorterar ut relevanta omständigheter vilka aktualiserar vissa rättsregler som i sin tur aktualiserar en viss rättsföljd.<sup>584</sup>

Om vi blickar mot rättegångsbalken bör det påminnas om att termen *rättsfaktum* överhuvudtaget inte omnämns, där förekommer endast ordet *omständighet*. I förarbetena till rättegångsbalken skiljs mellan medelbart och omedelbart relevanta omständigheter. Med omedelbar omständighet avses att omständigheten har direkt betydelse för en *rättsföljd*. Det är dessa omständigheter som brukar kallas för *rättsfakta*. I rättegångsserien delas processhandlingar upp i sådana vilka är kopplade till domslut eller beslut, såsom yrkande, bestridande, begäran om uppskov etcetera och sådana vilka utgör motiveringar till domslut eller beslut.<sup>585</sup> Till det sista, det vill säga motiverande processhandlingar, hör åberopandet av *rättsfakta*. Yrkandet

---

<sup>578</sup> Ekelöf, Per Olof et al. (2016) s. 43.

<sup>579</sup> Lindell, Bengt (2012) s. 111. Detta har enligt Lindell upprätthållits strängt i praxis, se till exempel NJA 1980 s. 352.

<sup>580</sup> Lindell, Bengt (2012) s. 111-112.

<sup>581</sup> Lindell, Bengt (2012) s. 112, samt NJA 1992 s. 375.

<sup>582</sup> Lindell, Bengt (2012) s. 106.

<sup>583</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 26.

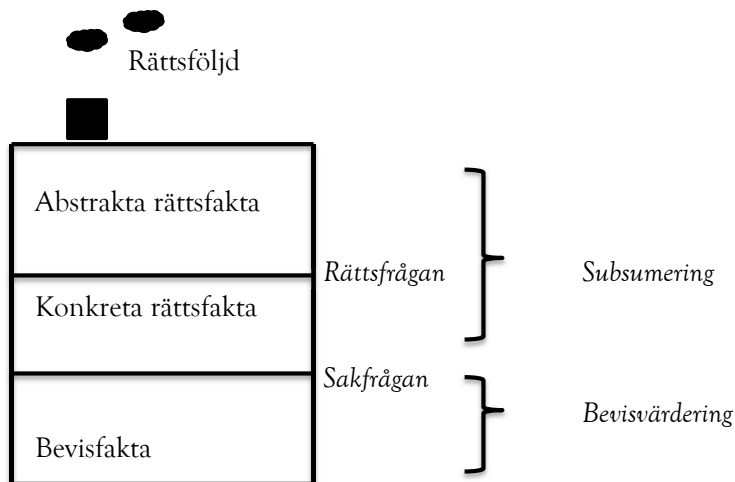
<sup>584</sup> Hydén, Håkan, *Rättsregler: en introduktion till juridiken*. Lund: Studentlitteratur, 1977.

<sup>585</sup> Ekelöf, Per Olof et al. (2016) s. 40-41. Enligt Lindblom utgörs processmaterial av något som 1. Rätten fått kunskap om under processens gång och 2. Något som rätten enligt tillämpliga regler (t.ex. 17:2, 30:2, 35:8 och 14) får lägga till grund för domen. Processmaterialet består alltså enbart av konkreta rättsfakta och bevisfakta, Lindblom, Per Henrik, *Sena uppsatser: om domstolsprocessen, processmaterialet och den alternativa tvistlösningen* (1 uppl.). Stockholm: Norstedts juridik, 2006b s. 172.

kan därför sägas relatera till *domslutet* medan rättsfakta relaterar till *domskälen*.<sup>586</sup> De omständigheter vilka endast har medelbar betydelse för en rättsföljd, oftast genom att de fungerar som bevis för att ett rättsfaktum föreligger, brukar kallas för *bevisfakta* eller *hjälpfakta*. Som exempel på distinktionen tar Ekelöf upp ett mål rörande betalning av en penningfordran som grundar sig på ett skuldebrev. Avtalet bakom fordran, försträckningen, utgör konkreta rättsfakta medan skuldebrevet, vilket är ett bevis för att det föreligger en försträckning, utgör bevisfakta.

Lindblom jämför förhållandet mellan de olika processrättsliga begreppen med en funkisvilla, vilket är en passande metafor för en sortering av begreppen enligt en rättsrealistisk tradition. I källaren (i marken, 'verkligheten') befinner sig bevisfakta. På markplanet befinner sig konkreta rättsfakta, på vinden abstrakta rättsfakta och ut ur skorstenen bolmar rättsföljden. Sakfrågan avgörs följaktligen i bjälklaget mellan källaren och första plan och rättsfrågan avgörs på samma sätt i bjälklaget mellan första plan och vinden.<sup>587</sup> Jag har i nästföljande figur (figur 4) kompletterat Lindbloms bild med Lindells parallella gränsdragningar mellan sakfråga och rättsfråga. Detta för att illustrera att sakfrågan definieras på olika sätt beroende på om den jämförs med 'källaren' eller 'vinden'.

Figur 4<sup>588</sup> Lindbloms funkisvilla



<sup>586</sup> Ekelöf, Per Olof et al. (2016) s. 43.

<sup>587</sup> Lindblom, Per Henrik (2006b) s. 171-172.

<sup>588</sup> Lindblom, Per Henrik (2006b) s. 171.

Ett rättsfaktum byggs, enligt Lindblom, upp av omständigheter vilka innehåller ett bevisvärde för att rättsfaktumet föreligger. Dessa omständigheter är således *bevisfakta*. Begreppen rättsföljd, rättsfakta och bevisfakta ligger alltså, såsom Lindbloms villa illustrerar, i en linje där det är rättsföljden som sätter ramarna för vad som ska beskrivas. Det bör här även påpekas att det, för att en rättsföljd ska inträffa, krävs att ett antal rekvisit (abstrakta rättsfakta) är uppfyllda. På samma våningsplan som bevisfakta kan vidare läggas *hjälpfakta*, vilka höjer eller sänker bevisvärdet av ett bevisfaktum. Utöver detta adderar Lindell, som stöd till rättsfaktum, *miljöfakta* och *kringomständigheter*, vilka alltså kan förstås som *hjälpfakta* till konkreta rättsfakta.<sup>589</sup> Vissa abstrakta rättsfakta är samlingsbegrepp, vilka i själva verket måste konstitueras av en mängd omständigheter. Dessa kallas ibland för *komplexa abstrakta rättsfakta*, och om de på ett undersatsplan fortsätter att utgöra samlingsbegrepp, *komplexa konkreta rättsfakta*. De konkreta rättsfaktumen utgör så kallade slutliga bevisteman. Lindblom beskriver bevisbedömningen som en process där domstolen, enligt principen om fri bevisvärdering och erfarenhetssatser, gör en bedömning av de bevisfakta och hjälpfakta vilka har införts i målet. Bevisfakta relaterar till faktiska omständigheter, inte till abstrakta rättsregler. Det som används för att konstituera bevisfakta kan vara allt möjligt, exempelvis intyg, vittnen, föremål etcetera. Bevisfakta kan, precis som

---

<sup>589</sup> Lindell, Bengt (2012) s. 107. Bestämmelserna avseende bevisbörda, beviskrav och bevislättnad är inte tänkta att tillämpas på varken bevisfakta, hjälpfakta eller abstrakta rättsfakta utan endast på konkreta rättsfakta. Lindblom, Per Henrik (2006b) s. 178. När det gäller konkreta rättsfakta ska ovisshet bortses ifrån så snart beviskravet är uppfyllt. När beviskravet sannolikt är uppfyllt ska bevisfaktum tas för givet i den fortsatta bedömningen. När något ska ses som ett bevisfaktum ska det dock, enligt Lindblom, fortsatt vara en del av källarplanet (i husmetaforen) och osäkerhetsmomenten, om omständigheten verkligen har inträffat, ska då fortsatt vara en del av bedömningen även vid de slutliga övervägandena i målet. Lindell och Lindblom menar samtidigt att en för stor viktning mot att räkna omständigheter som konkreta rättsfakta kommer att utarma bedömningsunderlaget och därmed rättsbildningen. Men det medför samtidigt fördelen att rättens och parternas möjligheter att bedöma processmaterialet ökar, se Lindblom, Per Henrik (2006b) s. 178-179 och Lindell, Bengt (1987) s. 415. Hur ska då detta behandlas när det rör sig om komplexa konkreta rättsfakta eller komplexa bevisfakta? Här skiljer sig Lindblom och Lindell åt. Lindblom menar att vid komplexa rättsfaktum ska varje delmoment behandlas som ett slutligt bevistema (i förlängningen ett konkret rättsfaktum), det vill säga antingen vara uppfyllt för subsumering mot abstrakta delmoment eller helt falla bort. Detta gäller om delmomenten är alternativa. Om de är kumulativa måste alla delmoment passera sina respektive beviskrav för att sedan subsumeras, men endast om *alla* delmoment passerat. Annars faller hela det komplexa rättsfaktumet. Om samma omständighetskomplex istället ska ses som ett komplext bevisfakta får detta stora konsekvenser. Om omständigheterna behandlas som bevisfakta kommer varje delmoment att leva kvar till den slutliga subsumtionen, eftersom rättsfaktumet inte är komplext utan bara understöds av ett antal bevisfakta vars sannolikhet kommer att leva kvar till den slutliga bedömningen. Lindell menar trots allt att det kan ske en sammanvägning av komplexa rättsfakta. Han verkar inte se delfrågorna som slutliga bevisteman på det sätt Lindblom gör, utan istället som delar av komplexa rättsfakta, vilka inte behöver formuleras som slutliga bevisteman. Lindell, Bengt (1987) s. 202 Lindblom, Per Henrik (2006b) s. 182.

rättsfakta, vara komplexa. Lindblom menar vidare att både bevisfakta och hjälpfakta kan vara bevisstema. Men endast konkreta rättsfakta kan vara slutliga bevissteman.<sup>590</sup>

Den redan komplicerade processrättsliga terminologin förenklas inte av att rättegångsbalken använder delvis annorlunda begrepp. I rättegångsbalken är som sagt begreppet *omständigheter* centralt och det avser både bevisfakta och konkreta rättsfakta. Dock vanligen inte abstrakta rättsfakta.<sup>591</sup> Det sistnämnda hade, som Lindblom påpekar, dock kunnat misstänkas med tanke på att de konkreta rättsfakta, vilka avses i RB 17 kap. 3 § benämns som ”rättsligt relevanta omständigheter”.

Som om inte detta redan vore nog lägger Ekelöf och Lindell till ytterligare begrepp såsom *tolkningsfakta*, *rättstillämpningsfakta*, och *rättskällefakta*.<sup>592</sup> Med dessa begrepp avses fakta som utgör hjälp för att fastställa den rättsliga innebörden av en regel, det vill säga översatsen i subsumtionen. Uppgifter om vad som förekommer i till exempel förarbeten kan utgöra ett rättstillämpningsfaktum. Begreppen tolkningsfakta, rättstillämpningsfakta och rättskällefakta verkar i huvudsak vara synonyma. Enligt principen om *jura novit curia* (domtolen känner lagen) behöver inte den här typen av fakta åberopas av parterna för att utgöra en del av processmaterialet.<sup>593</sup> Utöver detta kan även nämnas Lindells *preciserande normfakta*. Dessa behövs, enligt Lindell, när det är fråga om obestämda rättsbegrepp där det saknas en preciserad rättssats. Den rättsnorm, vilken ska tillämpas i målet, måste då preciseras med hjälp av information från de aktuella sakförhållandena. Vissa sakförhållanden ”lyfts upp på en normnivå, m.a.o. skapas en helt eller delvis preciserad rättssats”.<sup>594</sup> Inte heller preciserande normfakta behöver enligt Lindell åberopas av part:

Den preciserande rättssatsen existerar nämligen inte förrän den har skapats. Part kan inte vara skyldig att åberopa rättsfakta som motsvarar en rättssats som icke existerar.<sup>595</sup>

Detta uttalande, om att ett ’faktum’ som ligger till grund för rättstillämpning inte *existerar* innan det skapas vid rättstillämpningssituationen, är förstås något jag här anledning att återkomma till.<sup>596</sup>

Den noggranna kategoriseringen till trots föranleder ändå Lindell att (som vanligt) slänga in en brasklapp genom att påpeka att det kan förekomma gränsdragningsproblem, vilket beror på svårigheten att hålla isär kunskaps- och värderingsfrågor.<sup>597</sup> Lindell framhåller att samma omständigheter kan utgöra både ett konkret

---

<sup>590</sup> Lindblom, Per Henrik (2006b) s. 170.

<sup>591</sup> Lindblom, Per Henrik (2006b) s. 175.

<sup>592</sup> Lindell, Bengt (2012) s. 108, Lindell, Bengt (1987) s. 26.

<sup>593</sup> Lindell, Bengt (2012) s. 108, Lindell, Bengt (2007) s. 34.

<sup>594</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 244-245.

<sup>595</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 210.

<sup>596</sup> Se avsnitt 4.3.

<sup>597</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 34ff.



rättsfaktum, ett bevisfaktum och ett hjälpfaktum. Till exempel kan omständigheten att det varit dimmigt vid en händelse där en bilist kört på och skadat en person, utgöra ett konkret rättsfaktum för att konstituera det komplexa abstrakta rättsfaktumet värdslöshet. Omständigheten 'dimma' kan vidare utgöra ett bevisfaktum för att vägbanan var våt, eller ett hjälpfaktum för ett påstående om ett annat bevisfaktum som rör siktförhållandena på platsen. "En och samma omständighet kan alltså ha olika *funktioner* i rättsstrukturen."<sup>598</sup> Detta kan få intressanta effekter. Exempelvis gäller, enligt Ekelöf, inte något beviskrav för bevisfakta. Beviskraven gäller istället konkreta rättsfakta. Om dimman alltså inte bevisats i enlighet med beviskravet kan den inte ges någon betydelse för fastställandet av värdslösheten, men väl på 'bevissidan' som ett bevisfaktum eller hjälpfaktum. På samma sätt behöver endast konkreta rättsfakta åberopas, vilket innebär att om dimmigheten inte åberopats, men på annat sätt införts i processen, kan den således bara tillämpas på bevissidan.<sup>599</sup>

Svårigheterna att sortera de olika processrättsliga representationerna genom deras inneboende egenskaper föranleder både Lindell och Lindblom att finna mer funktionalistiska verktyg för att skilja olika typer av representation från varandra. Lindell landar i en slutsats där ett konkret rättsfaktum ska förstås som ett sådant faktum *som domstolen jämför med abstrakta rättsfakta i en regel, vare sig rättsföljden inträder eller inte*.<sup>600</sup> Med andra ord, rättsfaktum är det som används som rättsfaktum. Lindells resonemang, vilket alltså betonar *funktion*, skiljer sig från Ekelöfs indelning i omedelbart och medelbart relevanta fakta, vilka kan sägas fokusera på omständigheternas egenskaper.<sup>601</sup> Lindblom betonar också begreppens funktion och föreslår att det är konsekvenserna av placeringen av något som ska styra valet av placering inom 'funktisvillan'.<sup>602</sup> Termen *abstrakt rättsfakta* är dessutom enligt Lindblom olycklig eftersom den anknyter till begreppet faktum, trots att det är normer som avses. På samma sätt lider även *konkreta rättsfakta* av en brist eftersom de anknyter till ett normativt tänkande ('rätt'), trots att begreppet är avsett av beskriva icke normativa omständigheter.<sup>603</sup>

Lindblom tydliggör att det är begreppens funktion, snarare än dess inneboende egenskaper, som är det centrala i följande passage:

---

<sup>598</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 31.

<sup>599</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 31-32.

<sup>600</sup> Lindell, Bengt (1987) s. 31.

<sup>601</sup> Skillnaden är dock knappast avgörande eftersom även Ekelöf också betonar möjligheten att samma omständighet kan klassificeras på olika sätt, se Ekelöf, Per Olof et al. (2016) s.43, Lindell, Bengt (1987) s. 32-33. Vidare menar Lindell att alla bevis kan sägas vara indirekta. Även det som brukar anses vara ett direkt bevis, till exempel att ett vittne iakttagit ett visst fenomen, bygger på att vittnet gjort vissa slutledningar, Lindell, Bengt (1987) s. 34.

<sup>602</sup> Lindblom, Per Henrik (2006b) s. 176.

<sup>603</sup> Lindblom, Per Henrik (2006b) s. 172 och Lindell, Bengt (1987) s. 39 och 172ff.

Vi Uppsalajurister avgör i svåra lägen inte saken på så sätt att vi först lyfter upp en omständighet, vänder och vrider på den och tittar efter om den är ett rättsfaktum eller ej, ungefär som då man bestämmer könet på en kattunge – för att sedan utan vidare överväganden koppla på (eller inte koppla på) den rättsföljd lagtexten avisar för rättsfaktumen ifråga. Fakta har inte en sådan anatomi att något sådant vore möjligt; *att vara rättsfaktum är inte någon medfödd egenskap*. I ett funktionalistiskt försök att medverka till ett uppfyllande av regelns objektiva ändamål ser vi istället först till konsekvenserna av att rättsföljden skulle inträda när ett visst faktum föreligger. Finner vi att effekterna harmonierar med regelns ändamål - inklusive att omständigheten passar för att handläggas och avföras enligt det för rättsfakta gällande regelsystemet - accepterar vi omständigheten som ett rättsfaktum i den aktuella rättsregeln. Det är då rättsföljden (ofta ett komplex av rättsföljder) som pekar ut vad som är rättsfaktum, inte tvärt om.<sup>604</sup>

Definitionen av konkreta rättsfakta är i den här varianten, i teorin, inte långt från ett perspektiv vilket betraktar rätten som ständigt blivande, även om terminologin likväl är upphängd vid representationer som ger intryck av redan fixerade fakta.<sup>605</sup> Att konkreta rättsfaktum är det som *används* som konkreta rättsfaktum, det vill säga det som *blir* konkreta rättsfaktum, påminner om Wittgensteins utgångspunkter avseende hur språkets mening består i dess användning.<sup>606</sup> Detta innebär även att den relevanta frågan för att studera rättstillämpning borde skifta från ett *vad* till ett *hur*. Om processrättsliga representationer uppstår först genom dess användning borde fokus ligga på *hur* detta går till snarare än att enbart konstatera *vad som blev*. Det är ett sådant skifte från *vad* till *hur* som jag försöker ta på allvar i de rättsfallsstudier av rättsliga entymem vilka följer i det nästkommande avsnittet.<sup>607</sup>

---

<sup>604</sup> Lindblom, Per Henrik (2006b) s. 166, se dock Lindells kritik av den teleologiska metoden, Lindell, Bengt (1987) s. 40-41.

<sup>605</sup> Jfr Lainpelto, Katrin (2012) s. 300-301: Lainpelto skriver angående bevisvärderingsbegrepp följande: "Det är, trots bevisrättens motstånd mot definierade begrepp, svårt att beskriva och föreslå en bevisstrukturerings som inte arbetar med begrepp. [...] Skillnaden mot den historiska användningen är dock att begreppen inte längre är värdeladdade, det vill säga att de inte längre förknippas med fördefinierade beviskategorier och bevisvärden. Epiteterna uttrycker i stället en redan genomförd och strukturerad analys och därmed också ett resultat snarare än en förutbestämd utgångspunkt."

<sup>606</sup> Se avsnitt 2.2.1.1 samt avsnitt 7.2.1.

<sup>607</sup> Att utveckla verktyg för att förstå och analysera rättens tillblivelse snarare än dess 'fixering' är jag förstås inte ensam om inom processrätten, se exempelvis Zahle, Henrik (2003) och Bladini, Moa (2013).

## 4.2. Entymem i rättsliga narrativ

I de följande avsnitten kommer jag att undersöka och explicera entymem i rättsliga narrativ genom hänvisningar till det rättsfallsmaterial som analyserats. Rättsfallsmaterialet har analyserats med hjälp av de narratologiska begrepp som presenterats i avsnitt 2.2.3. Den övergripande frågan, som kännetecknat de narratologiska läsningarna, handlar om att leta efter de element vilka leder fram mot det rättsliga narrativets upplösning. Inom representationsdiskursen uttrycks detta som att konkreta och abstrakta rättsfakta via subsumtionsmomentet resulterar i en rättsföljd. Med hjälp av den narratologiska begreppsapparaten har jag ställt frågor till texten; 'vad för narrativet framåt?', 'enligt vilken typ av intrig byggs argumentationen?' och 'vilka skript är centrala för förståelsen av berättelsen som helhet?'. När svar på dessa frågor inte uttryckligen behandlas i texten har jag skrapat på ytan och försökt identifiera underliggande entymem som förmår förklara vilka typer av element som behöver adderas för att göra det rättsliga narrativet begripligt.

Särskilt betydelsefulla blir entymemen när de utgör navet för skiftande argumentationslinjer inom ramen för en och samma rättegång. I rättsfallsmaterialet tar detta sig, i flera fall, uttryck genom att parterna och, eller, domstolen försöker etablera rättsliga narrativ utefter motstridiga entymem vilka kan sorteras som dikotomier såsom *självständighet – skyddsbehov*, *avtalsfrihet – tvingande intressen*, *formalistisk (autonom) metodologi – funktionalistisk (semi-autonom) metodologi* och *privaträtt – offentlig rätt* och *näringsfrihet – myndighetsutveckling*.

### 4.2.1. NJA 2013 s. 700 - Preskriptionsmålet

Ingressen till referatet NJA 2013 s. 700 (Preskriptionsmålet) är mycket kortfattad:

Treårspreskriptionen enligt 2 § andra stycket preskriptionslagen har ansetts tillämplig på arbetslöshetskassas fordran avseende medlemsavgift.

Vägen fram till slutsatsen om att 2 § andra stycket preskriptionslagen ska tillämpas på arbetslöshetskassans fordran om medlemsavgift är dock betydligt längre. Målet inleddes med att Handelsanställdas arbetslöshetskassa (Arbetslöshetskassan) stämde A till tingsrätten och yrkade att hon till Arbetslöshetskassan skulle betala för två av de månader hon hade varit medlem i kassan men inte betalat för. Arbetslöshetskassans grund utgjordes kort och gott av påståendet att A varit medlem i kassan utan att betala medlemsavgift, vilket hon enligt lag är skyldig att göra. A

invände mot detta att hon visserligen varit betalningsskyldig men att den fordran som Arbetslöshetskassan riktat mot henne nu var preskriberad. A menade att en treårig preskriptionstid skulle gälla enligt 2 § andra stycket preskriptionslagen. Arbetslöshetskassan invände att det är den tioåriga preskriptionstiden enligt 2 § första stycket som ska gälla mellan parterna. Under målets handläggning från tingsrätten och uppåt var det ostridigt mellan parterna att det förflutit mer än tre år men mindre än tio år, innan preskriptionsavbrott gjordes av Arbetslöshetskassan.

#### 4.2.1.1. Privaträttens företräde

Efter att Högsta domstolen i preskriptionsmålet bestämt att fordran på medlemsavgift avser en sådan "nyttighet" som avses i 2 § andra stycket i preskriptionslagen, går de vidare och tar ställning till om Arbetslöshetskassan kan anses vara en näringsidkare eller inte.<sup>608</sup> Domstolen hanterar detta genom ett resonemang som förs mot satsvis:

Som framgått har HD tidigare uttalat att bestämmelsen om treårspreskription bör ges en vidsträckt tillämpning, att utgångspunkten för bedömningen bör vara hur rättsförhållandet uppfattas ur en konsuments perspektiv och att ett inslag av myndighetsutövning inte ska vara avgörande [...]. Det kan då konstateras att medlemskap i en arbetslöshetskassa är frivilligt. Ett krav på medlemsavgift kan alltså uppkomma endast när den enskilde har valt att vara medlem i kassan. Det står också den enskilde fritt att lämna kassan. Skyldigheten att betala medlemsavgift har härigenom stora likheter med en försäkringspremie eller en liknande avgift i ett privaträttsligt förhållande. Visserligen utgör arbetslöshetskassornas verksamhet som helhet betraktad myndighetsutövning, och kassornas verksamhet är starkt subventionerad av staten. Kravet på betalning av medlemsavgifter innefattar emellertid, med hänsyn till det sagda, inte så påtagliga moment av offentlig maktutövning som krävs för att Arbetslöshetskassans fordran på A ska vara underkastad tioårspreskription [...].

Bedömningen inleds här med påståendet om att treårspreskriptionen bör ges en *vidsträckt tillämpning* och att rättsförhållanden ska uppfattas *ur en konsuments perspektiv*. Vidare ska *myndighetsutövning inte vara avgörande*. Det betonas sedan att *medlemskap är frivilligt* och att det därmed finns *likheter med en försäkringspremie* eller en *liknande avgift*

---

<sup>608</sup> Analysen angående bedömningen, att medlemsavgift avser en nyttighet, behandlas i avsnitt 5.2.1.1.

i en *privaträttslig relation*. Efter detta presenteras de sekvenser vilka talar emot treårspreskriptionen; att arbetslöshetskassans verksamhet *som helhet utgör myndighetsutövning* samt att verksamheten är *starkt subventionerad av staten*. Dessa motargument innebär dock inte, enligt domstolens bedömning, så påtagliga moment av offentlig maktutövning som krävs för att tioårspreskription ska tillämpas. Istället ska treårspreskription tillämpas mellan parterna.

Det är enligt min mening inte den subsumerande sekvensen i sig som skapar begriplighet för domslutet i målet. Det hade exempelvis gått att komma fram till motsatt resultat utan att argumentationen framstod mindre trovärdig, det vill säga att domstolen påstod att kravet på medlemsavgifter *innehöll* så påtagliga moment av offentlig maktutövning att tioårspreskription skulle gälla.

Innan den här refererade subsumtionen skrivs ut, består emellertid även domskälen av en lång rad redogörelser för olika rättskällor. Domstolen beskriver utdrag ur förarbeten och praxis om hur bestämmelsen i 2 § andra stycket kan förstås avseende frågan om hur de abstrakta rättsfaktumen ”näringsidkare i sin yrkesmässiga verksamhet har tillhandahållit konsumenten” ska förstås. Dessa sekvenser har alla auktoritativ karaktär, det vill säga de legitimeras av att de har ett visst ursprung såsom förarbete och praxis.

Sekvenserna legitimerar sin plats i domskälen genom att placeras i olika typer av accepterade processrättsliga representationer såsom *rättstillämpningsfakta* och *kringomständigheter*. Det är emellertid inte alla representationer av rättskällor som återupprepas i den sekvens där subsumtionen i målet genomförs. Vid en första anblick framstår därmed redogörelsen av vissa rättskällor som fristående påståenden utan, vad det verkar, konkret koppling till rättstillämpningen i målet. Följande representationer av rättskällor förekommer i domskälen avseende förståelsen av de abstrakta rättsfaktumen ”näringsidkare i sin yrkesmässiga verksamhet har tillhandahållit konsumenten”:

- 1) ”Definitionen av näringsidkare är vidsträckt och omfattar varje fysisk eller juridisk person som yrkesmässigt bedriver verksamhet av ekonomisk natur.” (rättstillämpningsfakta, förarbete)
- 2) ”Det krävs inte att verksamheten bedrivs i vinstsyfte.” (rättstillämpningsfakta, förarbete)
- 3) Treårspreskriptionen är ”tillämplig även när en nytthet har tillhandahållits av ett offentligt organ. Det gäller dock bara om det offentliga organet kan anses ha handlat i egenskap av näringsidkare.” (rättstillämpningsfakta, förarbete, prop. 1979/80:119 s. 90 och 187)

4) Treårspreskriptionen är inte ”tillämplig om det är fråga om en fordran som härrör från ren myndighetsutövning”. (rätts-tillämpningsfakta, förarbete, NJA II 1990 s. 397)

5) ”Avgörande för frågan är om det offentliga organet som tillhandahåller tjänster kan anses ha gjort det i egenskap av näringsidkare, och frågan om en fordran härrör från myndighets-utövning är inte utslagsgivande i sammanhanget. Visserligen torde som regel en verksamhet som innebär myndighetsutövning inte samtidigt kunna betraktas som näringsverksamhet. Men det är inte säkert att det alltid går att dra en klar gräns och det kan förekomma att en verksamhet bör betraktas som näringsverk-samhet trots att den innehåller inslag myndighetsutövning.” (rättstillämpningsfakta, förarbete, lagrådet, prop. 1979/80:119 s. 92, 170 f. och 187 f.)

6) ”[B]estämmelsen om treårspreskription bör ges en vidsträckt tillämpning.” (rättstillämpningsfakta, praxis, NJA 1988 s. 503 I och II samt NJA 1993 s. 724)

7) ”[U]tgångspunkten för bedömningen bör vara hur rätts-förhållande uppfattas ur en konsuments perspektiv.” (rätts-tillämpningsfakta, praxis, NJA 1988 s. 503 I och II samt NJA 1993 s. 724)

8) ”[E]tt inslag av myndighetsutövning ska inte vara avgörande.” (rättstillämpningsfakta, praxis, NJA 1988 s. 503 I och II samt NJA 1993 s. 724)

9) ”Inte heller kan det sätt på vilket avgiften fastställs bli bestämmande för preskriptionstidens längd.” (rättstillämp-ningsfakta, praxis, NJA 1988 s. 503 I och II samt NJA 1993 s. 724)

10) ”[D]et är klart att den längre preskriptionstidens längd blir tillämplig när rättsförhållandet uppvisar så påtagliga moment av offentlig maktutövning att det helt skiljer sig från en privaträttslig relation.” (rättstillämpningsfakta, praxis, NJA 1988 s. 503 I och II samt NJA 1993 s. 724)

11) ”Enligt 1 § lagen (1997:239) om arbetslöshetskassor handhas arbetslöshetsförsäkringen av arbetslöshetskassor. Arbetslöshets-

försäkringen administreras idag av cirka 30 sådana kassor.”  
(kringomständighet)

12) ”Dessa är inte myndigheter utan privata organ och medlemskap är inte obligatoriskt.” (kringomständighet)

13) ”Kassorna finansieras till övervägande del med statliga bidrag och står under tillsyn av Inspektionen för arbetslöshetsförsäkringen.” (kringomständighet)

14) ”En arbetslöshetskassa ska enligt 41 § ta ut medlemsavgifter som i förening med andra inkomster får antas täcka kassans förvaltningskostnader, betalning av finansieringsavgift och arbetslöshetsavgift samt övriga utgifter.” (kringomständighet)

15) ”Kassornas beslut avseende ersättningsfrågor och medlemskap, liksom handläggningen inför beslutsfattandet, utgör myndighetsutövning.” (kringomständighet) (för 11-15, prop. 1996-/97:107 s. 126, 221 och 229, JO beslut 2002-12-20, dnr 4448-2000, JO beslut 2000-12-27, dnr 780-2000, RÅ 2000 not. 58 och RÅ 2003 ref. 45)

Flertalet av dessa rättskällor nämns som sagt inte i den avslutande subsumtionen. Jämfört med den tidigare redogörelsen av rättstillämpningsfakta och kringomständigheter är det endast rättspraxis som återupprepas vid bedömningssekvenserna. Förarbetena nämns inte. Förarbetena skapar på så sätt legitimitet utan att vara en del av det rättsliga blivandet, ett slags syntagmatiska<sup>609</sup> specialeffekter, vilka skänker skimmer åt helheten, men som inte motiverar slutsatsen. Argumentationens uppbyggnad ligger här i linje med ett underliggande entymem som handlar om rättskälleläran, processrättsliga representationer samt behovet av ett koherent system där domstolen på ett konsekvent sätt förhåller sig till tidigare domar. Narrativet är därmed inte heller enbart, eller kanske ens huvudsakligen, ägnat åt att hantera konflikten mellan A och Arbetslöshetskassan utan kanske snarast ägnat åt att finna en upplösning avseende principiella konflikter mellan privaträtten och offentligrätten, vilket jag återkommer till.

Vad händer då om vi blickar bortom, de i domskälen, uppräknade representationerna av rättskällor och istället försöker analysera *hur* domskälen, som ett uttryck för ett rättsligt narrativ, förs mot sin upplösning? Redogörelsen av rättskällor kan här, med hjälp av den narratologiska begreppsapparaten, begripliggöras genom

---

<sup>609</sup> Avseende begreppet syntagmatisk, se avsnitt 2.4.1.3.

sin paradigmatiska relation i förhållande till upplösningen av narrativet. Med paradigmatiska relation avses här enskilda sekvensers effekter för helheten.<sup>610</sup> Vissa påståenden i uppräkningsav rättskällor kan anses göra stor skillnad för det rättsliga narrativets uppbyggnad, rent av kunde de anses göra större skillnad än subsumtionssekvensen. Om läsningen av argumentationen fokuserar på vad som åstadkommer *skillnad* när domstolen ska bedöma vad som utgör ”i egenskap av näringsidkare”, framkommer ett spel mellan olika typer av dikotomiska relationer mellan termer såsom *konsument – näringsidkare, näringsverksamhet – myndighetsutövning, privat – offentligt, frivilligt – obligatoriskt* med mera.

Högsta domstolen påpekar inledningsvis, avseende den potentiella dikotomin *näringsverksamhet – myndighetsutövning*, att ”det inte är säkert att det alltid går att dra en klar gräns och det kan förekomma att en verksamhet bör betraktas som näringsverksamhet trots att den innehåller inslag av myndighetsutövning”. Vidare påpekar domstolen att det inte krävs ”att [närings]verksamheten bedrivs i vinstsyfte”, vilket därmed öppnar upp för möjligheten att myndighetsutövning också kan utgöra näringsverksamhet. Genom dessa sekvenser dekonstrueras därmed det potentiellt ömsesidigt uteslutande begreppsparat myndighetsutövning och näringsverksamhet. Det framhävs också att det inte är avgörande om verksamheten är statligt finansierad eller på vilket sätt avgiften fastställs (exempelvis lag eller marknad). Den redan inslagna riktningen där offentligt verksamhet kan ses som näringsverksamhet förstärks ytterligare av att 2 § andra stycket preskriptionslagen ”bör ges en vidsträckt tillämpning” och att ”utgångspunkten för bedömningen bör vara hur rättsförhållandet uppfattas ur en konsuments perspektiv”. Domskälen kan här ses som en artikulation där ett särskiljande mellan näringsverksamhet och myndighetsutövning ifrågasätts, vilket öppnar upp för andra dikotomier att fälla avgörandet för hur gränsdragningen mellan första och andra stycket i 2 § preskriptionslagen ska förstås i förhållande till arbetslöshetskassans medlemsavgifter.

Sådana ytterligare dikotomier kretsar kring relationen mellan *privata organ (privaträttslig relation) – offentligt organ (offentlig maktutövning)* och *mellan frivilligt – obligatoriskt*. Det är dessa dikotomier som blir avgörande för subsumtionen i målet och domstolen hanterar dem med hjälp av utgångspunkten att de ska förstås utifrån en konsuments perspektiv.

Från en konsuments perspektiv är det, enligt domstolen, stora likheter mellan att betala medlemsavgift i arbetslöshetskassa och att betala en ”försäkringspremie eller en liknande avgift i ett privaträttsligt förhållande”. Att verksamheten som helhet utgör myndighetsutövning eller är statligt finansierad framgår inte på ett påtagligt sätt för den enskilde. Avgörande för narrativets upplösning blir på så sätt domstolens ledamöters tankelek, där de föreställer sig om en enskild uppfattar en medlemskapsavgift i en arbetslöshetskassa som frivillig eller inte, och om kravet på betalning framstår som offentlig maktutövning eller inte. Fakta i målet utgör således ett

---

<sup>610</sup> Se avsnitt 2.4.1.3.



*blivande*, utifrån det perspektiv domstolen intar i processen. Det är först genom domstolens narrativ, där en konsuments perspektiv intas, som fakta i målet kan tillrättaläggas och begripliggöras i förhållande till rättsnormerna i målet. Här framgår alltså hur fakta i målet *blir* snarare än *är*, det vill säga att det med fördel bör förstås som ett rättsligt uttryck snarare än en representation av vad som hänt mellan parterna i en förprocessuell mening.

Från Högsta domstolens domskäl drar jag slutsatsen att den avgörande rationaliteten för subsumtionen utgörs av konsumentens upplevda skydd. Medlemskap i a-kassan handlar om att frivilligt skaffa sig tillträde till en nyttinghet från en motpart vilken kan betraktas som en näringsverksamhet. Narrativets upplösning kan på så sätt sägas ingå i en berättelse, vilken betonar subjekspositionernas frivilliga utbyte av resurser där förväntningar som kan associeras till näringsverksamhet ges företräde framför helhetsbedömningar där samhällets privata sfär fränkopplas den offentliga sfären. Vid överlappning mellan de två sfärerna är det den privaträttsliga logiken som ska ges företräde. Detta framgår än tydligare i föredragandens resonemang, vilket får avsluta det här avsnittet:

Utgångspunkten för om en fordran ska klassificeras som en konsumentfordran bör alltså vara hur rättsförhållandet uppfattas ur en konsuments perspektiv. När det gäller Arbetslöshetskassans krav på A för obetalda medlemsavgifter framstår inslaget av myndighetsutövning som mindre framträdande. Medlemskapet i Arbetslöshetskassan är inte heller obligatoriskt och A har troligtvis haft möjlighet att välja annan arbetslöshetskassa. Motprestation i form av ekonomisk ersättning vid arbetslöshet är även kopplad till medlemsavgiften. Detta sammantaget talar för att medlemskapet i Arbetslöshetskassan ur den enskildes perspektiv liknar en privaträttslig relation. Arbetslöshetskassans fordran på A bör därför betraktas som en konsumentfordran och vara underkastad treårspreskription.

I nästföljande avsnitt följer en analys av den skiljaktiga meningen i Högsta domstolen, vilken uppvisar en kontrast i förhållande till majoritetens gränsdragningar.

#### 4.2.1.2. Rättslig systematik

I kontrast till majoriteten i Högsta domstolen byggs den skiljaktiga meningen på ett alternativt rättsligt narrativ. De avgörande sekvenserna i den skiljaktiga meningen lyder enligt följande:

Vi anser att domen efter punkten 8 ska ha följande lydelse.

9. Vid bedömningen av om Arbetslöshetskassan har tillhandahållit nyttigheten i egenskap av näringsidkare är det kassans verksamhet som ska bedömas, dvs. huruvida verksamheten kan betraktas som en näringsverksamhet (se p. 5).

10. Det står klart att arbetslöshetskassornas huvudsakliga verksamhet, att handha arbetslöshetsersättningen, uteslutande utgör myndighetsutövning. Det betyder att en arbetslöshetskassas verksamhet inte kan betraktas som näringsverksamhet och att kassorna inte kan anses vara näringsidkare i den mening som avses i 2 § andra stycket preskriptionslagen. En arbetslöshetskassas fordran på medlemsavgift är alltså inte en konsumentfordran utan är underkastad tioårig preskription.

De skiljaktiga ledamöterna tar här utgångspunkt i en sekvens från punkten 5 i majoritetens domskäl vilken hänvisar till förarbetena och som lyder "[d]efinitionen av näringsidkare är vidsträckt och omfattar varje fysisk eller juridisk person som yrkesmässigt bedriver verksamhet av ekonomisk natur". Av de olika dikotomier som kan vara behjälpliga för att fatta beslut om arbetslöshetskassan tillhandahållit nyttigheten i egenskap av näringsidkare, tar den skiljaktiga meningen fasta på den dikotomi vilken majoriteten försökt dekonstruera, nämligen den mellan näringsverksamhet och myndighetsutövning. Eftersom arbetslöshetskassans verksamhet huvudsakligen utgör myndighetsutövning kan den inte *också* utgöra näringsverksamhet. Begreppsparat *myndighetsutövning* – *näringsverksamhet* blir på detta sätt ömsesidigt uteslutande i den skiljaktiga meningen. De begreppspar som varit avgörande för majoriteten, vilka kretsat kring den enskildes upplevelse av frivillighet och frånvaro av offentlig maktutövning, blir inte heller relevanta för minoriteten.

Minoritetens subsumtion bygger alltså inte på ett entymem, vilket är kopplat till parternas upplevelse av autonomi och ett funktionellt utbyte av resurser och där den privata logiken har företräde framför den offentliga. För minoritetens narrativ krävs istället en intrig, vilken bygger på ett entymem som betonar vikten av begreppsbestämning och där det är skillnad på den privata och den offentliga sfären.

Dikotomin *myndighetsutövning* – *näringsverksamhet* behöver definieras och förtydligas snarare än att brytas upp såsom i majoritetens domskäl.

I Preskriptionsmålet i övrigt finns fler exempel på rättsliga narrativ vilka skiljer sig från majoriteten i Högsta domstolen. Tingsrättens dom, som innebär att tioårs-preskription ska gälla, skiljer sig i mycket liten grad från Högsta domstolen när det gäller den processrättsliga systematiseringen och presentationen av fakta. Det är samma konkreta rättsfaktum som presenteras och även de generella kringomständigheterna avseende arbetslöshetskassorna är i princip desamma. Vissa skillnader förekommer avseende vilka rättstillämpningsfakta som presenteras. Tingsrätten inleder med att påpeka att ”Varken preskriptionslagen, lagen om arbetslöshetskassor eller dessa lagars förarbeten behandlar frågan om en fordran avseende medlemsavgift till en arbetslöshetskassa är att anse som en konsumentfordran eller näringslivsfordran”. Tingsrätten framför sedan tre rättstillämpningsfakta som Högsta domstolen inte tar upp, två rättsfallsrefererat från hovrätterna och en hänvisning till doktrin. I tingsrättens domskäl får ett hovrättsreferat särskild tyngd i subsumtionen:

Hovrätten för Västra Sverige har ansett att en fordran från en arbetslöshetskassa beträffande återkrav av arbetslöshetsersättning enligt 68 § lagen (1997:238) om arbetslöshetsförsäkring omfattas av tioårig preskriptionstid (Hovrättens för Västra Sverige dom 2011-08-26, mål nr FT 3071-10). Hovrätten uttalade bland annat att en fordran rörande återkrav av arbetslöshetsersättning inte avser en tjänst eller annan nyttighet, något som är en förutsättning enligt 2 § andra stycket preskriptionslagen, och ansåg att fordringsförhållandet i detta fall för den enskilde företer påtagliga moment av offentlig maktutövning. På så sätt skiljer det sig från en privaträttslig relation. Enligt hovrätten fanns det vidare starka skäl som talade för att arbetslöshetskassans fordran är att betrakta som en fordran som härrör från ren myndighetsutövning, i likhet med statens fordringar på återbetalning av studiemedel och bostadslån enligt förarbetena till preskriptionslagen. Av rättsfallet följer att fordran i målet inte omfattades av preskriptionslagens bestämmelse om konsumentfordran.<sup>611</sup>

---

<sup>611</sup> Utöver detta har tingsrätten även refererat till ytterligare ett hovrättsavgörande som avser fordran angående avgift för barnomsorg och där treårspreskription ansågs föreligga. Här återfinns även ett skrivfel vid refereringen av doktrin. Förmodligen, med tanke på sammanhanget, rör det sig om att *inte* försvunnit från tingsrättens domskäl. Refererat här hämtat från Lindskog (Lindskog, Stefan, *Preskription: Om civilrättsliga förpliktelsers upphörande efter viss tid*. Stockholm: Nodrstedts Juridik, 2002 s. 418) och i domskälen står det att ”[i] doktrin har Lindskog uttalat att fordring som följer av myndighetsutövning omfattas av treårspreskriptionen”. På den angivna sidan återfinns emellertid texten ”[a]tt verksamheten skall vara av ekonomisk natur innebär att den – typiskt sett – skall vara driven i vinstsyfte. Således omfattas *inte* [min kursivering] fordring som följer av

Hovrättsavgörandet från 2011 får avgörande betydelse för tingsrättens subsumtion avseende frågan om "arbetslöshetskassan i detta fall är att likställa med näringsidkare vid ärenden rörande medlemsavgift till Arbetslöshetskassan":

Vid en sammantagen bedömning anser tingsrätten att de skäl Hovrätten för Västra Sverige anfört beträffande återkrav av arbetslöshetsersättning på motsvarande sätt gör sig gällande vid fordran som avser krav på betalning för medlemsavgift till arbetslöshetskassan. Fordran avseende medlemsavgifter för Arbetslöshetskassan är därför att betrakta som en fordran som härrör från ren myndighetsutövning och därmed är Arbetslöshetskassan i detta sammanhang inte att likställa med en näringsidkare. Således gäller tioårspreskription på Arbetslöshetskassans fordran gentemot A som alltså inte preskriberad.

Det avgörande för den avslutande subsumtionen i målet består i en jämförelse mellan krav på återkrav av arbetslöshetsersättning och krav på betalning av medlemsavgift. Det framgår inte några ytterligare sekvenser i domskälen som förklarar varför en sådan jämförelse är relevant. I det citerade referatet, från hovrättsavgörandet från 2011, framgår att hovrätten svarat att just återkrav av arbetslöshetsersättning varken går att koppla till "annan nyttighet" eller till "näringsidkare i sin yrkesmässiga verksamhet". Av referatet framgår inte hur "nyttighet" ska förstås men det framgår att "fordringsförhållandet i detta fall för den enskilde företer påtagliga moment av offentlig maktutövning. På så sätt skiljer det sig från en privaträttslig relation". Vidare framfördes att fordran avseende återkrav var att betrakta som "ren myndighetsutövning". Det är detta sista steg som tingsrätten tar tillvara på i sin subsumtion när de påstår att "[f]ordran avseende medlemsavgifter för Arbetslöshetskassan är därför att betrakta som en fordran som härrör från ren myndighetsutövning och därmed är Arbetslöshetskassan i detta sammanhang inte att likställa med en näringsidkare".

Det rättsliga narrativet blir, enligt min mening, begripligt först om det förstås utifrån ett entymem där verksamheter ska förstås i sin helhet och där näringsverksamhet och myndighetsutövning blir ömsesidigt uteslutande. Detta med tanke på att tingsrättens domskäl tar fasta på en förståelse av en annan del av Arbetslöshetskassans verksamhet än den som är relevant i det aktuella målet. Referatet rör återkrav på utbetald arbetslöshetsersättning, medan konflikten mellan A och Arbetslöshetskassan rör krav på obetald medlemsavgift. Att tingsrätten använder det ena för att definiera det andra tyder på ett entymem där hela verksamheten ses som en helhet.

---

myndighetsutövning av treårspreskriptionen". Lindskog refererar i sin tur till "prop. 1979/80 s. 92, 169 ff (lagrådet) och 187 f (DepCh). Jfr Forström s. 36 f".

Texten bidrar därmed till ett narrativ vilket framhäver den dikotomi som Högsta domstolens skiljaktiga mening också bygger sin subsumtion på, det vill säga att *näringsverksamhet – myndighetsutövning* utgör en dikotomi som är ömsesidigt utslutande, åtminstone vid tillämpning av 2 § preskriptionslagen.

#### 4.2.1.3. Autonom metodologi

Hovrättens domskäl i preskriptionsmålet innehåller, i likhet med Högsta domstolens domskäl, två subsumtioner. Den första avser frågan om ersättning från Arbetslöshetskassan utgör en ”nyttighet” eller inte och den andra avser frågan om ”Arbetslöshetskassan tillhandahållit konsumenten A denna nyttighet i egenskap av näringsidkare”. Den första subsumtionen, där Högsta domstolens argumentation analyseras först i kapitel 5, genomför hovrätten i rask takt i följande sekvens:

Till en början anser hovrätten att fordran gäller en sådan nyttighet som avses i 2 § andra stycket preskriptionslagen.

Någon ytterligare sekvens, till hur kopplingen mellan nyttighet och fordran i målet görs, presenteras inte i texten. Det kan emellertid noteras att hovrätten, till skillnad från tingsrätten och Högsta domstolen, hänvisar till ”hovrätten” som en aktiv utförare av subsumtionen genom att skriva ”anser hovrätten”, vilket framhäver att subsumtionen innehåller värderande moment. Det underliggande rättsliga entymem, vilket här framträder för att nå till narrativets upplösning för den första subsumtionen, består helt enkelt av hovrättens beslut. Arbetslöshetskassans fordran avseende betalning av medlemsavgift till en a-kassa rör en ”nyttighet” eftersom hovrätten bestämmer det. Detta skulle kunna vinna legitimitet inom en autonom rättslig metodologi där hovrättens bedömning bygger på en tillämpning av en rättskällelära och rättslig metodologi som är självständig och där risken för domstolens godtycke, på grund av den autonoma metodologin, är så liten att närmare redogörelse för hur bedömning gjorts inte behövs. På så sätt kan även subsumtionen sägas vila på ett entymem som betonar att den rättsliga metodologin är självständig och att någon närmare redogörelse för hur överväganden sett ut inte behöver föras fram i domskälen.

#### 4.2.1.4. Individuell funktion mot systemkoherens

När de olika rättsliga narrativen i Preskriptionsmålet placeras bredvid varandra framträder två avgörande alternativa rättsliga entymem; den ömsesidigt uteslutande förståelsen av *privat – offentligt* och den överlappande förståelsen där den privaträttsliga logiken, genom användningen av konsumentperspektivet, får företräde framför den offentligrättsliga.

Dessa entymem blir avgörande för hur narrativet upplöses och också för hur rättsreglerna i preskriptionslagen ska förstås. Entymemen skulle kunna kopplas till skript, vilka inbegriper förväntningar om hur en viss subjeksposition (en konsument) agerar, snarare än inbegriper förväntningar om hur en viss subjeksposition (en objektiv betraktare) definierar en verksamhet som antingen offentlig verksamhet eller som näringsverksamhet. Jag skisserar här det rättsliga narrativet på följande sätt:

A förväntar sig att arbetslöshetskassan fungerar enligt ett skript där domstolen genom särskilda konsumentregler tar hänsyn till att A agerar utifrån en konsumentposition och är en svagare part jämfört med Arbetslöshetskassan vilken agerar utifrån en näringsidkarposition. Förväntningarna bygger på föreställningar om att förståelser utifrån privaträttsliga subjekspositioner (såsom konsumenter) har tolkningsföreträde för hur de rättsliga narrativets händelser ska hanteras.

A:s skript hotas genom att Arbetslöshetskassan kräver betalt enligt ett alternativt skript, vilket bygger på att parternas subjekspositioner inte utgörs av *konsument – näringsidkare* utan istället *enskild – myndighet*. I den senare relationen, *enskild – myndighet*, kan A inte räkna med särskilda konsumentregler som tar hänsyn till att A är en svagare part. Förväntningarna bygger då istället på föreställningar om att tolkningsföreträde ska lämnas till en objektiv subjeksposition, vilken sorterar in händelserna mellan parterna enligt en överordnad samhällelig systematisering.

Upplösning, alternativ 1. - Domstolen griper in och löser situationen genom att legitimera och besluta i enlighet med A:s skript (Hovrätten, majoriteten i Högsta domstolen).

Upplösning, alternativ 2. - Domstolen griper in och löser situationen genom att legitimera och besluta i enlighet med

Arbetslöshetskassans skript (Tingsrätten, minoriteten i Högsta domstolen).

En övergripande slutsats, som går att dra från preskriptionsmålet, är att alternativa rättsliga argumentationer i rättegången framförallt handlar om alternativa underliggande rättsliga entymem, vilka skapar olika typer av intriger för berättelsen i målet och därmed leder till olika subsumtioner. Det är argumentationen om dessa rättsliga entymem som är avgörande för målet snarare än argumentation kring konkreta eller abstrakta rättsfakta (vilka är desamma i båda alternativen). De avgörande spåren ligger i spänningen mellan å ena sidan ett funktionellt perspektiv som utifrån grundantaganden om resurser och autonomi ger anledning till en tankelek avseende hur situationen uppfattas för den skyddsbehövande. Här uppstår också en spänning i sig där bedömningen om behoven för den skyddsvärde A, utgår från resonemang vilka bygger på att den skyddsbehövande i grunden inte är skyddsbehövande utan kapabel att fatta beslut om vad som utgör en nytthet.<sup>612</sup> Som alternativ till den individualistiska funktionalistiska intrigen bygger, å andra sidan, den skiljaktiga meningen i Högsta domstolen samt tingsrättens domskäl på grundantaganden om systemrationell begreppsbestämning och koherens vilket ger anledning till att tydligt hålla isär näringsverksamheter och myndigheter. Den huvudsakliga outtalade spänningen i målet kan sammanfattas som individuell funktion mot systemkoherens.

#### 4.2.2. NJA 2013 s. 524 - Fel i dörr

NJA 2013 s. 524 (Fel i dörr-målet) refereras i ingressen på följande sätt:

Konsumentköp. En vecka efter att en köpt dörr hade avlämnats hos köparen uppdagade denne, i samband med att dörren bars till huset och monterades, att dörren var skadad. Bevisbörda och beviskrav för att felet fanns vid avlämnandet.

Domskälen i Högsta domstolen inleder med att berätta om de ostridiga omständigheterna i målet:

AS beställde två ytterdörrar av bolaget E. Sedan dörrarna förpackats av säljaren i var sitt emballage levererades de till köparen av transportören D den 5 oktober 2007. AS hade inför transporten gett sitt godkännande till D att dörrarna vid leverans kunde ställas på AS:s villatomt utan att hon kvitterade mot-

---

<sup>612</sup> Jag återkommer till detta i avsnitt 5.2.

tagandet. Vid leveransen placerades dörrarna på garageuppfarten utanför AS:s villa. Dörrarna låg då på varandra lastade på en EUR-pall. De fick ligga kvar på uppfarten under drygt en vecka, täckta av en presenning. Under helgen den 13-14 oktober 2007 bar AS och hennes make de förpackade dörrarna uppför trapporna till huset, varefter de packades upp och monterades. Den 14 oktober 2007 anmälde AS att den ena dörren var skadad på så sätt att det fanns ett hål i den nedre delen av dörrens insida med en diameter på 3-4 cm och ett djup på ca 1 cm. En motsvarande skada fanns på emballaget till den skadade dörren.

Den största delen av domskälen kretsar i Högsta domstolen kring frågan ”hur 20a § konsumentköplagen (1990:932) ska tolkas och tillämpas”. Bestämmelsens första stycke lyder enligt följande:

Ett fel som visar sig inom sex månader efter det att varan avlämnades skall anses ha funnits vid avlämnandet, om inte annat visas eller detta är oförenligt med varans eller felets art.

Den övergripande frågan hanteras i delfrågor, vilka var och en resulterar i subsumtionsmoment. Det är inte mindre än nio delfrågor i domskälen; ’vad utgör fel’, ’vem har bevisbörda för att fel föreligger’, ’vilket beviskrav gäller’, ’vid vilken tidpunkt ska fel föreligga’, ’vid vilken tidpunkt övergår risken från säljare till köpare’, ’när ska felet påtalas’, ’vem har bevisbördan för att felet förelåg vid riskövergången’, ’vilka typer av fel 20a § avser’ och slutligen ’vilket beviskrav gäller avseende om felet förelåg vid riskövergången’. Några av dessa rättsfrågor kommer att analyseras i det följande.

Det kan först påpekas att den narrativa uppbyggnaden för domskälens genomgång av de rättsliga underfrågorna, precis som i preskriptionsmålet, följer en ’rättsutredande’ intrig baserad på rättskälleläran. Huvudsakligen byggs då intrigen genom att texten först behandlar lagtext, därefter förarbete, därefter praxis och slutligen doktrin. Utöver detta förekommer även att domskälen hänvisar till argument vilka saknar auktoritativt stöd.<sup>613</sup>

---

<sup>613</sup> Avseende rättskälleläran, se avsnitt 3.1.



#### 4.2.2.1. Syftesambivalens

När det gäller frågan om vilka fel bestämmelsen i 20a § är tänkt att kunna hantera återfinns följande passage i Högsta domstolens domskäl:

Av förarbetena till 2002 års ändringar i konsumentköplagen framgår att lagstiftaren utgick ifrån att de fel som främst skulle kunna komma att träffas av 20a § var sådana som framträder efter en tids användning, främst s.k. funktionssviker av olika slag (se prop. 2001/02:134 s. 59 och 84; jfr uttalandena i den norska propositionen Ot.prp. nr. 44 (2001-2002) om lov om forbrukerkjøp, s. 259). Enligt bestämmelsens ordalydelse, liksom enligt ordalydelsen i artikel 5.3 konsumentköpsdirektivet, är tillämpningsområdet för bestämmelsen dock inte begränsat till sådana fel som kunnat märkas först en tid efter avlämnandet. Bestämmelsen är därför tillämplig också för fel som har uppkommit i produktionen och som är fullt synliga vid avlämnandet, liksom för fel som beror på att varan har skadats under transporten till konsumenten. I dessa fall har presumtionsregeln emellertid ofta en begränsad betydelse. En tillämpning av presumtionsregeln också för dessa fall stämmer dock väl överens med det förhållandet att konsumenten inte har en undersökningsplikt efter köpet och att det därför kan komma att gå en tid innan felet uppdagas.

Resonemanget inleds här med att konstatera att lagstiftaren utgått från att 20a § främst skulle kunna komma att träffas av fel som framträder efter en viss tids användning, vilket inte är fallet i det aktuella målet eftersom felet av svaranden påstås ha funnits redan vid avlämnandet. Den tolkning av 20a §, som nu är aktuell, handlar alltså om en fråga vilken ligger utanför det område "lagstiftaren" tänkt att bestämmelsen "främst skulle komma att träffa". Högsta domstolen lyfter efter detta fram att bestämmelsens ordalydelse inte är begränsad till att gälla enbart fel som uppkommit efter en tids användning och att inget därför hindrar att den även omfattar fel som var synliga vid avlämnandet. Ordet "därför" indikerar här att det är ordalydelseläsningen som ska vara avgörande för hur bestämmelsen ska förstås. Ett underliggande entymem om att lagtext är den primära rättskällan behövs här för att argumentationen ska bli begriplig. Samtidigt innebär förekomsten av de två efterföljande sakskälen, vilka motiverar avvikelserna från bestämmelsens syfte, att det finns en besvärande spänning mellan bestämmelsens syfte och den nu aktuella tolkningen. Denna spänning har Högsta domstolen anledning att kommentera. En avvikelse från huvudsyftet kräver alltså en förklaring, vilken ges genom två sakskäl,

det vill säga skäl som inte får legitimitet genom sin auktoritet utan genom sin egen självständiga styrka.<sup>614</sup>

Det första sakskalet handlar om att bestämmelsen endast kommer att få en begränsad betydelse för fel som varit märkbara redan vid överlämnandet. Sakskalet kan sägas vara uppbyggt kring ett skript där en köpare av en vara, i samband med köpet, kan se om en vara är behäftad med fel och att sådana observationer inte kommer att leda till fullbordade köp. Argumentet bygger därmed på en *viss typ* av produkter där sådana observationer är möjliga. Sakskalet är således intimt sammankopplat med föreställningar om vilka typer av generiska produkter bestämmelsen är tänkt att tillämpas på. Argumentet utgår, på grund av sin konkreta koppling till föreställningen av produkter vilka går att okulärbesiktiga, från ett skript snarare än en norm. Med detta menar jag att sakskalet endast fungerar för vissa konkreta situationer där norm och fakta hanteras integrerat. Argumentet fungerar till exempel avseende köp av ett klädesplagg, där en söm är trasig, men inte avseende köp av en mobiltelefon eller digitala produkter, med någon typ av inre teknisk defekt.<sup>615</sup>

Det andra sakskalet, vilket motiverar att ett undantag görs från bestämmelsens huvudområde, handlar om att den nu aktuella tolkningen stämmer väl överens med ”förhållandet att konsumenten inte har undersökningsplikt efter köpet och att det därför kan komma att gå en tid innan felet uppdagas”. Här är det alltså fråga om ett koherensargument där Högsta domstolen tar ansvar för att tolkningen inte motverkar andra bestämmelsers funktion. I syfte att åstadkomma en mer övergripande systemkoherens är det därmed nödvändigt att, i det här fallet, i någon mån, göra ett undantag från den enskilda bestämmelsens huvudsakliga tillämpningsområde.

Argumentation som helhet kan här förstås som ett rättsligt narrativ vilket lyfter fram att *vissa skript är viktiga men svåra*.<sup>616</sup> Det viktiga skriptet består här i att enskilda personer ska kunna förvänta sig att en regel tillämpas i enlighet med dess syfte och dess ordalydelse. Argumentationen i målet bekräftar att detta utgör ett viktigt skript, men att det i vissa situationer måste göras ett avsteg från det huvudsakliga ändamålet. Skriptet är alltså viktigt men svårt. Brottet från skriptet lindras emellertid av att avsteget bara får ”begränsad praktisk betydelse” eller att tolkningen stämmer ”väl överens med en närliggande bestämmelse”. Dessa skäl kan då i sin tur sägas bygga på entymem vilka betonar rättens funktion i förhållande till en viss typ av produkter samt vilka betonar målsättningar om övergripande rättslig koherens. Detta senare pragmatiska inslag i domskälen, uppvisar således en viss ambi-

---

<sup>614</sup> Se avsnitt 3.1.

<sup>615</sup> Vid en annan passage i domskälen behandlas frågan om ”när presumtionen är oförenlig med varans art” där det ges prov på exempelvaror vilka nämnts i förarbetena. ”Ett exempel på när presumtionen är oförenlig med varans art är när felet beror på att varans normala hållbarhetstid har passerats vid den tidpunkt då konsumenten gör gällande en avtalsavvikelse, såsom när en färskvara blivit för gammal och därför har ruttnat eller när ett par billiga strandsandaler gått sönder efter en lång sommarsäongs användning.”

<sup>616</sup> Jfr avsnitt 2.2.3.

valens i förhållande till den inledande utgångspunkten om tillämpning i enlighet med huvudsyfte och ordalydelse.

#### 4.2.2.2. Argumentation utan ord

I Fel i dörr-målet konstruerar kändanden i partsinlagorna ett narrativ för att visa vilka orimliga konsekvenser ett fråntagande av köparens undersökningsansvar ger upphov till:

För att ytterligare illustrera det orimliga i hovrättens tolkning av 20a § konsumentköplagen vill jag föredra ett exempel. Låt oss säga att en konsument köper en bil av en näringsidkare och i samband med köpet överenskommer man om att bilen skall avlämnas på konsumentens uppfart. Innan näringsidkaren skall avlämna bilen erhåller han en fullmakt av konsumenten som ger sitt godkännande till att bilen avlämnas när han inte är hemma och kan ta emot denna. Näringsidkaren avlämnar bilen enligt överenskommelse och fullmakt. Konsumenten återkommer ett par dagar senare och uppvisar en bula i bilens ena dörr. Enligt hovrättens bedömning i aktuellt mål skall 20a § konsumentköplagen vara tillämplig i förvarande fall och näringsidkaren måste därmed visa att bilen var felfri vid avlämnandet och att skadan inträffat därefter. Denna tolkning är fullkomligt orimlig då näringsidkaren aldrig kommer att kunna uppfylla bevisbördan som ålagts honom.

Frågan är här på vilket sätt analogin till ett bilköp är tänkt att vara övertygande. Om ordet "bil" byts mot "dörr" och "en bula i bilens ena dörr" byts mot "ett hål i dörren" blir situationen i princip identisk med den situation som prövas i målet. Det som återstår från resonemanget, förutom bytet av dörr mot bil, är den avslutande meningen "[d]enna tolkning är fullkomligt orimlig då näringsidkaren aldrig kommer att kunna uppfylla bevisbördan som ålagts honom". Argumentet kändanden vill framföra kan här sägas befinna sig helt mellan raderna, det vill säga att argumentationen i sin helhet utgörs av ett entymem. Entymemet består i att om bevisbördan placeras hos säljaren så kommer effektiviteten på marknaden, åtminstone marknader för bilar (och dörrar), att försämrats, eftersom köparen i många fall skulle kunna göra gällande fel som köparen själv varit upphov till. Detta skulle i sin tur leda till förluster för säljarna vilka inte skulle vara möjliga att förutse eller förebygga.

Köparen framför även följande argument mot en tolkning av 20a §, vilket innebär att bevisbördan läggs på säljaren:

Hovrättens tolkning av tillämpningen av 20a § konsumentköplagen innebär dessutom att både 8 och 20 §§ i konsumentköplagen om riskens övergång och när bedömningen skall göras om varan är felaktig är obsoleta då det alltid är näringsidkaren som har bevisbördan om att varan är felfri om ett fel upptäcks inom sex månader.<sup>617</sup>

Även här utgör huvuddelen av argumentet en outtalad premis. Entymemet är kopplat till föreställningar om rättens koherens och föreställningen om att en tolkning av 20a § inte kan vara korrekt om den innebär att andra bestämmelser såsom 8 § och 20 § i konsumentköplagen skulle få mindre betydelse. Argumentet bygger därmed på föreställningar om att tolkningar som motverkar föreställningen om rätten koherens, och som istället framhäver regelkonflikter, inte kan vara legitim. Men detta framgår som sagt i princip helt mellan raderna.

#### 4.2.2.3. Formalism mot funktionalism

När Högsta domstolen i Fel i dörr-målet konstaterat att ett fel, likt i det aktuella fallet, som utgångspunkt, ska presumeras ligga under säljarens ansvar, går de över till frågan om vilket beviskrav som krävs för att bryta presumtionen om att säljaren står risken för fel i varan. När det gäller bevisbördan konstateras i domskälen att "[även] om det inte uttryckligen anges i 20a § är det säljaren som har bevisbördan för att bryta presumtionen. Fråga uppkommer då vilken bevisning som ska krävas för att presumtionen ska brytas". Rättsfrågan efterföljs av ett ganska långt textstycke, vilket består av olika rättstillämpningsfakta. Först eftersöks i förarbetena om frasen "om inte annat visas" skulle kunna avse ett specifikt beviskrav. Domstolen konstaterar dock att detta inte är fallet. I förarbetena framgår nämligen inte att frasen innebär ett beviskrav, utan bara att den signalerar att presumtionen på det hela taget är möjlig att bryta. "Slutsatsen är att bestämmelsen inte ger uttryck för något krav på bevisningens styrka" konstateras det i domskälen. Som en följd av den bristande vägledningen från lagens ordalydelse och förarbetena, ger den rättsutredande intrigen möjligheter att eftersöka svaret på frågan om beviskravet på annat håll:

Utgångspunkten i dispositiva tvistemål får anses vara att den som har bevisbördan har att "visa" eller "styrka" att en viss omständig-

---

<sup>617</sup> Köparen invänder avseende detta att "[v]arken ordalydelsen eller förarbetena ger något stöd för att varan måste "rent faktiskt" ha framstått som felfri vid avlämnandet för att 20 a § konsumentköplagen skall vara tillämplig. Detta skulle ju innebära att 20 a § konsumentköplagen aldrig är tillämplig om konsumenten inte är närvarande vid avlämnandet".

het föreligger (jfr Lagrådets yttrande i prop. 2000/01:150 s. 187, Per Olof Ekelöf m.fl., Rättegång IV, 7 uppl. 2009, s. 81 ff. och Peter Fitger m.fl., Rättegångsbalken m.m., oktober 2012, Zeteo, kommentaren till 35 kap. 1 §, Beviskravet). Detta innebär ett högt ställt beviskrav. En presumtion som den aktuella innebär emellertid en omkastad bevisbörda. Sedan varan har överlämnats till köparen saknar säljaren möjlighet att säkra bevisning rörande varan. Ett högt ställt beviskrav skulle därför innebära en tung börda för säljaren. I praktiken skulle denne ofta sakna möjlighet att lägga fram sådan bevisning som medför att beviskravet är fullgjort.

I det refererade stycket presenteras först utgångspunkten för dispositiva tvistemål såsom den framträder i doktrinen, det vill säga att beviskravet uttrycks som att parten, vilken har bevisbördan, ska "visa" eller "styrka" en viss omständighet. Därefter följer ett sakskäl där det hävdas att ett sådant beviskrav skulle "innebära en tung börda för säljaren". Argumenten handlar, enligt min tolkning, om att ett sådant beviskrav skulle få samhällseliga effekter vilka, enligt domstolens bedömning, inte är önskvärda eftersom säljaren (alltför) ofta skulle misslyckas med att uppfylla ett sådant beviskrav. Bestämmelsens funktion skulle förfelas och beviskravet måste därmed bestämmas till något annat än den gängse utgångspunkten i dispositiva tvistemål. Argumentet som framförs är alltså i motsatt riktning i förhållande till "utgångspunkten i dispositiva tvistemål". Att utgångspunkten överhuvudtaget nämns handlar således inte om att stärka argumentationen i målet utan istället om att rättens funktion alltjämt är densamma och att det nu aktuella målet inte förfelar denna, även om slutsatsen innebär ett undantag från huvudregeln. Här kan det återigen sägas handla om att reproducera skript gällande att huvudregeln alltjämt utgörs av att "visa" eller "styrka" ett påstående, men att detta kan vara svårt ibland, vilket ger anledning till undantag. Domskälens lyckas därmed med att upprätthålla huvudregeln, trots att argumentationen går ut på att bryta mot huvudregeln. Att intrigen här byggs efter entymemet om att ett koherent rättssystem är något eftersträvansvärt, stämmer även väl överens med den fortsatta jämförelsen med andra bestämmelser i konsumentköplagen:

En jämförelse kan här göras med den presumtionsregel som gäller enligt 21 § vid garantier och liknande utfästelser. När den bestämmelsen är tillämplig ska fel anses föreligga om säljaren inte "gör sannolikt" att försämringen beror på en olyckshändelse eller en därmed jämförlig händelse, eller på vanvård, onormalt brukande eller något annat liknande förhållande på konsumentens sida (Jfr 59 § konsumenttjänstlagen, 1985:716). I dessa fall har alltså lagstiftaren uttryckligen angett ett lägre beviskrav för att bryta presumtionen.

Till skillnad från det refererade sakskalet avseende när fel ska föreligga och avseende jämförelsen med undersökningsplikten, är den här aktuella jämförelsen med 21 § konsumentköplagen och 59 § konsumenttjänstlagen inte av den karaktären att det handlar om reglernas samverkan eller invärtes påverkan. Jämförelsens tyngd ligger enbart i att det skulle finnas ett värde i sig att beviskravet såg likadant ut för bestämmelser vilka har 'liknande funktion'.<sup>618</sup>

Efter dessa rättstillämpningsfakta är Högsta domstolen färdig med sin argumentuppräknig, avseende frågan om ett lättare beviskrav än utgångspunkten ska gälla, och avslutar enligt följande:

Mot bakgrund av vad som nu har anförts är det motiverat att säljaren ges en viss bevislättning för att bryta presumptionen vid tillämpning av 20a § konsumentköplagen i jämförelse med det högt ställda krav som är utgångspunkten i dispositiva tvistemål.

Frågan återstår då hur bevislättningen faktiskt ska se ut för det beviskrav som gäller för att bryta presumptionen enligt 20a § i konsumenttjänstlagen.

Vad som kan krävas för att säljaren ska anses ha lagt fram tillräcklig bevisning om att ett fel inte förelåg vid tidpunkten för riskövergången kan i viss mån variera beroende på omständigheterna (Jfr NJA 2012 s. 858 p. 20 angående tolkning av beviskravet i 25 kap. 18 § tredje stycket aktiebolagslagen). En viktig faktor kan här vara den tid som har gått sedan varan avlämnades. Om det exempelvis är fråga om en väl synlig defekt som har påtalats av konsumenten först flera månader efter avlämnandet, krävs det inte samma bevisning för att säljaren ska anses ha uppfyllt sin bevisbörda som när det är fråga om ett fel som påtalas kort tid efter avlämnandet. Det sagda torde innebära att tillämpningen av 20a § i praktiken inte väsentligt avviker från den prövning som görs enligt 21 § konsumentköplagen eller 59 § konsumenttjänstlagen i aktuellt hänseende.

I det nämnda rättsfallet NJA 2012 s. 858 presenteras inte något ytterligare skäl för varför kravet på tillräcklig bevisning kan variera beroende på omständigheterna. Det ges heller inte någon ytterligare information om varför det spelar roll hur lång tid som har gått. Argumentationen avslutas med att den nu föreslagna förståelsen av

---

<sup>618</sup> Som Herkules hade argumenterat, se avsnitt 2.2.3 och 3.2.2.

beviskravet inte skulle skilja sig från ”den prövning som görs enligt 21 § konsumentköplagen eller 59 § konsumenttjänstlagen”. De senare argumenten relaterar därmed återigen mot en legitimitet kopplad till konsekvent och koherent tillämpning av liknande rättskällor som ett värde i sig.

Högsta domstolens domskäl kan här jämföras med föredraganden som, angående frågan om jämförelsen med det låga beviskravet i 21 §, uttalat följande:

Enligt 21 § andra stycket konsumentköplagen gäller inte säljarens ansvar enligt garantin om det ”görs sannolikt” att försämringen beror på olyckshändelse eller därmed jämförlig händelse eller på vanvård, onormalt brukande eller något liknande förhållande på köparens sida. Det finns dock inte något utrymme för att, utan lagstöd, bestämma beviskravet i den nu aktuella situationen lika lågt som för avtalade garantier. Tvärtom kan det finnas anledning att bibehålla ett relativt högt beviskrav, då lagstiftaren uttryckligen har placerat bevisbördan på näringsidkaren.

När det gäller frågan om ett fel har funnits vid avlämnandet, måste det dock vara förenat med stora svårigheter även för en näringsidkare att lägga fram fullständig bevisning om att så inte var fallet. För att det över huvud taget ska vara möjligt för säljaren att befria sig från ansvaret bör ett lindrat beviskrav tillämpas även för denne. I likhet med vad som enligt HD:s avgörande NJA 1991 s. 481 gäller för konsumenter, måste det enligt domstolen anses vara tillräckligt att säljaren gör det klart mer sannolikt att felet inte förelåg vid tidpunkten för riskens övergång.

Enligt föredragande saknas det möjlighet att utan lagstöd sänka beviskravet från styrkt till ”sannolikt”. Däremot, för att det över huvud taget ska vara möjligt för säljaren att befria sig från ansvar, måste det räcka med att säljaren gör det ”klart mer sannolikt”. Varför det ingår i domstolens mandat att sänka beviskravet lite, men inte mycket, förklaras dock inte. Det kan i sammanhanget även vara intressant att jämföra Högsta domstolens domskäl med hovrättens. Högsta domstolen ägnar sju sidor åt att behandla rättsfrågorna i målet medan hovrätten klarar av detsamma i följande stycke:

På det aktuella rättsförhållandet är konsumentköplagen tillämplig.

Frågan om en vara är felaktig ska enligt 20 § konsumentköplagen bedömas med hänsyn till dess beskaffenhet när den avlämnades.

Säljaren svarar för fel som har funnits vid denna tidpunkt, även om felet visar sig först senare. Av 20a § samma lag följer att ett fel som visar sig inom sex månader efter det att varan avlämnades ska anses ha funnits vid avlämnandet, om inte annat visas eller detta är oförenligt med varans eller felets art. Bestämmelsen är tillämplig på alla fel och gäller inte bara då varan rent faktiskt framstått som felfri vid avlämnandet.

Vad är då egentligen skillnaden mellan hovrättens och Högsta domstolens resonemang? En skillnad utgörs av att Högsta domstolen ägnar mer text åt att beskriva de rättsregler (abstrakta rättsfaktum) som ska tillämpas. Högsta domstolen hanterar även frågan om beviskrav för att bryta presumtionen samt vad som utgör fel och bevisbörda och beviskrav för detta, vilket inte hovrätten gör.<sup>619</sup> Skillnaden skulle kunna förklaras med att domstolarna har olika huvudsyften med sina domskäl. Hovrätten presenterar precis så många sekvenser att de skapar täckning för att kunna avgöra målet, medan Högsta domstolen, i förhållande till den avslutande bevisvärderingen och subsumtionen, bjuder på mycket bonusmaterial i form av utläggningar om hur rättsreglerna ska förstås och utläggningar som gäller rättsreglernas funktion på ett mer övergripande plan.<sup>619</sup>

I Fel i dörr-målet återkommer på många ställen de underliggande premisserna om rättens enhet och rättens funktion och det är som är bärande för att föra det rättsliga berättande framåt. Trots att premisserna om enhet och funktion är potentiellt motsägelsefulla (*enhetlighet* mot *effektivitet*) sätts de inte heller i relation till varandra. Att domskälen överhuvudtaget kommer in på frågan om att frångå utgångspunkten i dispositiva tvistemål är kopplat till ett effektivitetsargument. Därefter överges dock omedelbart argumentationen baserad på effektivitet och istället tar auktoritets- och koherensargumenten vid. Domstolen hoppar på så sätt fram och tillbaka mellan motstridiga metodologiska utgångspunkter för rättslig argumentation. Enligt min mening undermineras trovärdigheten för auktoritetsargumenten om avsteg kan göras i den mån det är mer effektivt. Det framstår även märkligt att effektivitetsargumentet, när det väl är på plats, kompletteras med hänvisningar till att den aktuella lösningen leder till samstämmig förståelse med liknande bestämmelser i andra lagar. Domskälen vilar på motsägelsefulla rättsliga entymem vars konflikt inte hanteras i domskälen; en samtidig norm- och resultatrationalitet, det vill säga formalism mot funktionalism.<sup>620</sup> Detta synliggörs emellertid inte i domskälen.

---

<sup>619</sup> Jfr Lindell, Bengt (2012) s. 27-18.

<sup>620</sup> Angående norm- och resultatrationalitet, se Gustafsson, Håkan (2002) s. 170ff (182) och Teubner, Gunther (1987) s. 16ff.



### 4.2.3. NJA 2012 s. 776 - Gymkortsmålet

NJA 2012 s. 776 (Gymkortsmålet) har sitt ursprung i ett tvistemålsförfarande vilket inletts i tingsrätten sedan privatpersonen AH bestridit en ansökan om betalningsföreläggande (om 1 155 kr jämte ränta) som bolaget Rehab ansökt om gentemot henne med grund i en fordran för ett obetalt träningskort. Samtidigt har AH stämt Rehab och yrkat att Rehab ”förpliktigas att återbetala erlagda 3 465 kr” samt att AH ”befrias från skyldigheten att erlagga resterande 1 155 kr enligt träningsavtal”. AH:s stämningansökan har föregåtts av ett beslut hos Allmänna reklamationsnämnden:

Frågan i ärendet är om avtalet i denna del är oskäligt mot AH och därmed ska jämkas eller lämnas utan avseende enligt 36 § avtalslagen (1915:218).

Nämnden konstaterar till att börja med att den omständigheten att ett avtal löper med en viss bindningstid inte kan anses oskäligt i sig. Frågan om ett villkor är oskäligt ska emellertid avgöras genom en helhetsbedömning. Vid denna bedömning ska beaktas avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt. Särskild hänsyn ska tas till den som i egenskap av konsument intar en underlägsen ställning i avtalsförhållandet.

Nämnden godtar att AH:s sjukdom och familjesituation gjort att hon inte längre kunnat utnyttja de träningsmöjligheter som medlemskapet gett henne. Avtalet ger henne emellertid inte möjlighet att ens i en sådan situation säga upp avtalet. Nämnden konstaterar att avtalet däremot ger Rehab Center en möjlighet att med omedelbar verkan säga upp avtalet om konsumenten har betalningsanmärkningar. Vidare ger avtalet inte AH någon rätt att säga upp och frysa avtalet ens om hon drabbas av en så pass allvarlig sjukdom att hon inte längre kan nyttja avtalet. Nämnden, som noterar att det är praxis att träningsavtal åtminstone kan frysas vid sjukdom, finner att detta innebär en obalans mellan parterna i avtalet.

Dessa omständigheter sammantagna med att AH är konsument innebär enligt nämnden att avtalsvillkoret får anses oskäligt mot henne. Detta bör därför jämkas på så sätt att AH ges rätt att

fråntråda avtalet, på samma sätt som hade skett om hennes uppsägning hade inkommit i tid.

AH är därmed inte skyldig att betala för medlemskapet för tiden efter den 6 augusti 2008. Rehab Center bör därför rekommenderas att återbetala vad AH betalt för tiden efter den 6 augusti 2008 och att inte dra fler månadsbetalningar.

Rehab invände mot AH:s stämning och angav i svaromålet att bolaget inte delar den argumentation som ARN gjort, eftersom underlaget för beslutet, journalanteckningarna avseende AH:s hälsotillstånd, var flera år gamla. Målet (målen) avgjordes i tingsrätten på handlingarna efter att parterna gett in bevisuppgifter.

#### 4.2.3.1. Rättsutredande utfyllnad

Högsta domstolen inleder under rubriken "[u]tgångspunkter för skälighetsbedömningen" med följande uttalanden:

Det finns i svensk rätt inte någon generell bestämmelse som reglerar frågan hur villkor om automatisk förlängning av avtal ska bedömas. Det nu aktuella villkoret ska därför prövas med tillämpning av 36 § avtalslagen. Enligt den paragrafen ska ett avtalsvillkor jämkas eller lämnas utan avseende om villkoret är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt. Särskild hänsyn ska tas till behovet av skydd för den som i egenskap av konsument eller annars intar en underlägsen ställning i avtalsförhållandet.

Ett villkor om automatisk förlängning av ett tidsbegränsat avtal i konsumentförhållanden är inte generellt att anse som oskäligt. Vid bedömningen måste bl. a. beaktas om det kan anses ligga i konsumentens intresse att avtalet förlängs (jfr prop. 1970:57 s. 74).

Därefter följer en exemplifiering genom nedslag i olika rättsområden som aktualiserar frågan om avtalsförlängning:

Överväganden av detta slag ligger bakom lagstiftningen på vissa områden. Enligt 3 kap. 4 § försäkringsavtalslagen (2005:104) gäller som utgångspunkt att en konsumentförsäkring förnyas om

inte en giltig uppsägning har skett enligt 3 § och försäkringstagaren inte heller har tecknat en motsvarande försäkring hos ett annat försäkringsbolag. Bestämmelsen bygger på tanken att det i en oviss situation är bättre för försäkringstagaren att försäkringen automatiskt förnyas än att så inte sker (jfr NJA 1987 s. 982). Även i jordabalken finns bestämmelser om automatisk förlängning av avtal (se t.ex. 12 kap. 3 §).

Förutom konsumentens intresse av att avtalet förlängs måste också beaktas under hur lång tid avtalet löper och med vilken tid förlängningen sker. Att ett tidsbegränsat avtal förlängs att gälla tills vidare med en rimlig uppsägningstid inger inte betänkligheter på samma sätt som om förlängningen sker för en bestämd längre tid.

Detta synsätt har stöd av att det i konsumentskyddande lagstiftning finns möjlighet att avsluta ett avtal under löpande period. Här kan framhållas 42 § konsumenttjänstlagen (1985:716) som ger en konsument en ovillkorlig rätt att avbeställa en tjänst under vissa förutsättningar. Detta gäller även beträffande s.k. abonnemangsavtal (se prop. 1984/85:110 s. 101 ff. och 315).

I sammanhanget kan även nämnas den vägledande, inte uttömmande lista på villkor som kan anses oskäligen och som utgör bilaga till rådets direktiv 93/13/EEG av den 5 april 1993 om oskäligen villkor i konsumentavtal (se artikel 3.3 i direktivet). Av listans punkt l h), som avser avtalsvillkor vars mål eller konsekvens är att automatiskt förlänga ett avtal med bestämd varaktighet om konsumenten inte uttalar sig däremot, framgår att sådana villkor kan anses oskäligen när sista dagen för konsumenten att framföra att han eller hon inte önskar förlänga avtalet ligger oskäligt tidigt. (Jfr prop. 1994/95:17.)

Marknadsdomstolen har med tillämpning av lagen (1994:1512) om avtalsvillkor i konsumentförhållanden prövat ett tidsbegränsat avtal, som avsåg digital-TV-abonnemang och som löpte för en period om tolv månader. Avtalet innehöll ett villkor om automatisk förlängning med ett år i de fall uppsägning inte skedde senast 30 dagar före abonnemangsperiodens utgång. Domstolen fann att villkoret var oskäligt med hänsyn till att näringsidkaren inte hade ålagts att i lämplig form och i rimlig tid påminna

konsumenten innan uppsägning skulle ske samt med hänsyn till den förhållandevis långa bindningstiden (MO 2005:34).

I en departementspromemoria som bl.a. behandlar automatisk förlängning av avtal har föreslagits en reglering som bygger på att näringsidkaren genom en uppmaning att betala ska påminna konsumenten om att avtalet kan avbrytas genom uppsägning inom viss tid (se Ds 2012:31, App to date - Konsumenternas rättsliga ställning när varor eller tjänster betalas via telefonräkningen, m.m. s. 21 f. och 221 ff.).

Högsta domstolens domskäl inleds med ett stycke om att 36 § avtalslagen ska tillämpas. Denna bestämmelse ger dock inte något generellt svar om automatiska förlängningar utan en bedömning måste göras avseende vad som ligger i "konsumentens intresse". Här hänvisas till ett förarbete "(jfr prop. 1970:57 s. 74)". Så långt byggs således resonemanget enligt en rättskälleintrig där först lagtext beaktas och, när något tydligt svar inte ges av lagbestämmelsen, förarbetena konsulteras. För att undersöka vad som ligger i konsumentens intresse förs en diskussion om hur liknande avtalsförhållanden reglerats inom liknande rättsområden, såsom redogjorts i referaten. I skälen under "bedömningen i detta fall" framgår sedan i huvudsak att:

AH har i avtalsförhållandet ställning som konsument och Rehab är näringsidkare. Avtalet har inte varit föremål för individuell förhandling. [...]

I fråga om det nu aktuella avtalet måste det i första hand anses ha legat i Rehabs intresse att avtalet förlängdes. För AH innebar en automatisk förlängning inte några beaktansvärda fördelar. [...] Det framgår också att AH av förbiseende sade upp avtalet för sent. Förlängningen innebar en inte obetydlig ekonomisk belastning för henne. [...]

Vid bedömningen av om avtalsvillkoret är oskäligt är det också av betydelse om AH i lämplig form och i rimlig tid påmints om att uppsägning ska ske och konsekvenserna av en utebliven uppsägning. [...]

I målet är ostridigt att det fanns en bildskärm med inloggningsuppgifter för kunden. På skärmen angavs bl.a. personuppgifter, vilken typ av kort som kunden hade, sista giltighetsdag och sista uppsägningsdag. Det är också ostridigt att AH kunde ta del av uppgifterna på skärmen vid sina besök i lokalen.

De uppgifter som AH kunnat ta del av på skärmen i träningslokalen uppfyller inte kravet på en tydlig påminnelse om att uppsägning ska ske och konsekvenserna av en utebliven uppsägning. [...]

Mot bakgrund av vad som nu anförts bör det villkor om automatisk förlängning som tagits in i avtalet mellan AH och Rehab bedömas som oskäligt. Avtalsvillkoret ska därför lämnas utan avseende.

Här framgår således att avtalet varit till AH:s nackdel och att påminnelsen inte varit tydlig nog. Frågan om avtalets nackdel hämtar sitt rättskällestöd i analogi till konsumenttjänstlagen och direktivet. Frågan om påminnelsen får stöd i analogi till avtalsvillkorslagens uttryck i Marknadsdomstolens praxis och i departementspromemorian till den ännu inte antagna lagstiftningen. De första exemplen, från försäkringsavtalslagen och jordabalken, som beskriver rättsregler där förlängningen är till konsumentens fördel, behöver således inte användas för att dra slutsatser i målet. Dessa exempel skapar dock syntagmatiska effekter om att skälen som helhet är väl genomlysta, det vill säga, placeringen av väl genomlysta rättsregler innan bedömningen i målet, skapar en bild av att den efterföljande bedömningen bygger på goda argument. Detta oavsett om de genomlysta rättsreglerna har betydelse för bedömningen i målet eller inte. För påståendet att de uppgifter som AH har kunnat ta del av på skärmen i träningslokalen *inte* utgör en tydlig påminnelse, saknas det helt argument i domskälen. Trots att frågan om den tydliga påminnelsen utgör det avgörande subsumtionsmomentet i argumentationen, behandlar domskälen inte vad som utgör en tydlig påminnelse eller varför en skärm i träningslokalen inte utgör en tydlig påminnelse.

Om Högsta domstolens domskäl ska förstås som ett rättsligt narrativ med hotade skript och upplösning, verkar det således vara något annat än frågan om en tydlig påminnelse som utgör bränslet för berättandet. En möjlig läsning utgörs av att domen behandlar problemet gällande att 'det saknas en tydlig och vägledande tolkning av vilka generella riktlinjer som bör användas vid automatisk förlängning av konsumentavtal'. Det är alltså inte AH och Rehab som utgör de relevanta subjekten i det rättsliga narrativet. För både AH och Rehab är frågan, om i vilken mån en dataskärm utgör en tydlig påminnelse helt central. De relevanta subjekten utgörs istället av en position vilken kräver ett tydligt skript om vad som kan förväntas avseende automatiska förlängningar av konsumentavtal. En position vilken inte är intresserad av just en dataskärm i en träningslokal, utan som istället är intresserad av ett tydligt ordnat normsystem utan otydligheter. Positionen i det rättsliga narrativet består därmed, enligt min läsning, av position X som ropar ut att rättsläget är hotat samt en domstol som hör sammar ropet (det vill säga beviljar provningstillstånd med

prejudikatskäl) och sedan upplöser det rättsliga narrativet genom att erbjuda generella riktlinjer om "konsumentens intresse", "beaktansvärda fördelar", "ekonomisk belastning" och "konsekvenser vid utebliven uppsägning".<sup>621</sup> Det avgörande rättsliga entymemet, vilket för det rättsliga narrativet framåt, utgörs alltså av att skapa praxis för rättssamhällets skull och det utgörs inte av konfliktlösning mellan parterna. I det praxisbildande rättsliga narrativet utgör rättsföljden, som innebär att Rehabs talan i målet ogillas, endast en bisak.

#### 4.2.4. NJA 2005 s. 205 - Villareparationsmålet

NJA 2005 s. 205 (Villareparationsmålet) presenteras i ingressen på följande sätt:

En konsument har i tvist med en näringsidkare ansetts ha bevisbördan för uppgiften att ett avtal om entreprenad på löpande räkning innefattat ett s.k. takpris.

Målet kretsar kring en konflikt vilken är sprungen ur att ägaren (R) till en fastighet har kommit överens med W om att denne ska utföra reparationer på R:s villa på fastigheten. W stämmer R och yrkar ersättning för sitt arbete. Prissättningen för W:s arbete har enligt honom gjorts på löpande räkning. R har invänt att parterna avtalat om ett takpris och att han redan betalat det belopp parterna kommit överens om.

##### 4.2.4.1. Samhällsnytta mot koherens

R, svaranden, förlorar processen i hovrätten och överklagar till Högsta domstolen. Där meddelas prövningstillstånd avseende frågan om bevisbördans placering. Det är därmed denna fråga som upptar parternas och domstolens argumentation i den högsta instansen. I likhet med flera av de exempel, vilka behandlats tidigare, präglas de rättsliga narrativen av entymem kopplade till samhällsnyttig funktion respektive koherent praxisbildning. Intrigen byggs å ena sidan upp av övergripande idéer om mänskliga intressen och kausala förhållanden och å andra sidan genom hänvisningar till rättssäkerhet och vikten av ett enhetligt och koherent rättssystem. Argumentationen kan sägas ge uttryck för ett spänningsförhållande, vilket ger utrymme för argumentation som eftersträvar både samhällsnytta och koherens. Argumentationen i Högsta domstolen inleder med en referens till rättsfallet NJA 2001 s. 177:

---

<sup>621</sup> Dessa positioner kan förstås som *subjektspositioner*, vilket jag kommer att behandla i kapitel 5. När det gäller ropen på en lösning avseende det hotade rättsläget passar begreppet *interpellation* väl in. Angående detta se avsnitt 5.1.2.

I rättsfallet NJA 2001 s. 177, som avgjordes av Högsta domstolen i dess helhet, fann domstolen att övervägande skäl talade för att man skulle lämna den princip – nämligen att den part som påstår att något bestämt pris inte har avtalats har bevisbördan för sitt påstående – som slagits fast i det likaså av domstolen i dess helhet meddelade avgörandet NJA 1951 s. 1.

Efter detta redogör domstolen för att 1951 års princip blivit kritiserad, bland annat för att "[d]et är lättare för en part att säkra bevisning rörande en omständighet som har inträffat, såsom att ett avtal om bestämt pris har slutits, än för den andra parten att säkra bevisning om att något inte har inträffat". I avsnittet efter detta nämns två andra rättsfall, NJA 1975 s. 280 och NJA 1989 s. 215, för att sedan följas av domstolens slutsats:

1975 års avgörande gällde, liksom 1951 års mål och det förevarande målet, en entreprenad beställd av en konsument som påstod att näringsidkaren åtagit sig att utföra arbetet för högst ett visst pris. Högsta domstolen fann i 1975 års avgörande det motiverat att lägga bevisbördan på entreprenören redan av det skälet att det kunde anses lämpligt och rimligt att det fick ankomma på honom att säkerställa bevisning i prisfrågan. Domstolen framhöll att det måste antas att denna placering av bevisbördan främjar bruket att upprätta avtalet i skriftlig form, vilket är ägnat att skapa klarhet om avtalets innehåll. I målet var det fråga om uppförande av ett monteringsfärdigt trähus, ett objekt som kan antas ha varit relativt enkelt att kostnadsberäkna. Avgörandet år 1989 gällde bokföringstjänster utförda åt en konsument. Högsta domstolen uttalade att det vid uppdrag av detta slag ofta saknades möjligheter att i förväg bedöma hur omfattande och komplicerat arbetet skulle bli. Det hade också upplysts i målet att det endast i undantagsfall förekom att ett fast pris avtalades för bokföringsuppdrag. Bevisbördan för att ett fast pris avtalats lades på beställaren, som påstått detta.

Efter 1975 års avgörande har det införts ny lagstiftning för bl.a. köp och arbetsbeting till skydd för en köpare respektive beställare som är konsument. Medan denne tidigare kunde åläggas att betala det näringsidkaren begärde om det inte var oskäligt, när priset inte följde av avtalet, behöver konsumenten numera i ett sådant fall enligt 36 § första stycket konsumenttjänstlagen (1985:716) vid arbetsbeting endast betala vad som är skäligt med

hänsyn till tjänstens art, omfattning och utförande, gängse pris eller prisberäkningssätt för motsvarande tjänster vid avtalstillfället samt omständigheterna i övrigt [...]. I förarbetena till konsumenttjänstlagen uttalades, synbarligen med instämmande i 1975 års avgörande, att bevisbördan i frågan huruvida ett avtal har träffats om priset eller ej ligger på näringsidkaren [...].

De skäl som enligt 2001 års avgörande ansågs tala till förmån för att bevisbördan för ett avtal om pris som avviker från lagens utfyllande bestämmelser borde läggas på den som framför påståendet om ett sådant avtal gör sig gällande vare sig avtalet är slutet mellan två näringsidkare, mellan två konsumenter eller mellan en näringsidkare och en konsument. Dessa skäl har större tyngd än det som lades till grund för avgörandet år 1975. Med hänsyn härtill, och utan hinder av uttalandet i motiven till konsumenttjänstlagen, bör en konsument som anser sig ha avtalat ett lägre pris än vad som följer av lagens utfyllande bestämmelser få bära bördan att säkra bevisning om avtalet och dess innebörd, om det inte på grund av lag (jfr numera 51 § konsumenttjänstlagen) eller särskilda förhållanden finns anledning - att göra undantag från denna huvudregel. Någon sådan anledning föreligger inte i detta mål. Bevisbördan för påståendet att ett takpris har avtalats för arbetet på löpande räkning skall således, som hovrätten funnit, ligga på makarna R.

Argumentationen uppvisar här en intressant dubbelhet. De enskilda argumenten bygger i huvudsak på skäl vilka kan förstås som fokuserade på funktionell effektivitet såsom "det är lättare för en part att säkra bevisning rörande en omständighet som har inträffat", "det måste antas att denna placering av bevisbördan främjar bruket att upprätta avtalet i skriftlig form, vilket är ägnat att skapa klarhet om avtalets innehåll" eller " [...] behöver konsumenten numera i ett sådant fall [...] endast betala vad som är skäligt [...]". I motsats till hur de enskilda argumenten framställs verkar den övergripande intrigen dock inte följa en uppbyggnad kring att motivera vad som är samhällsnyttigt. De argument, vilka slutligen "väger tyngre", presenteras inte till sitt innehåll och det konstateras endast att detta gäller "utan hinder av uttalandet i motiven till konsumenttjänstlagen". Högsta domstolens intrig är snarare fokuserad på att framställa rättsutvecklingen som koherent och sammanhängande. Domskälens argument är inte kopplade till varandra för att de tillsammans ger en samhällsnyttigt legitim översyn av hur bevisbördan bör placeras, argumentens syfte är snarare att belysa vilka normer som tidigare gjort sig gällande som rättsliga, och hur den nya rätten förhåller sig till den tidigare rätten.



De enskilda argumenten lyfter visserligen fram samhällsnyttan, men det rättsliga narrativet som helhet är uppbyggt kring att den nya domen ska framstå rimlig i förhållanden till tidigare praxis. De enskilda argumenten kan här sägas få en paradigmatiskeffekt på domskälens helhet, det vill säga att punktuella delar av argumentationen kopplade till samhällsnytta får effekten att domskälen som helhet anses förankrade i argument om samhällsnytta. Ett rättsligt narrativ där samhällsnyttiga argument ges mycket plats, dock utan att ha en avgörande betydelse för intrigen och domens slutsats, ger alltså på så sätt ett legitimerande helhetsintryck. Detta trots att intrigen och dess upplösning (slutsatsen) snarast bygger på att fortsätta berättelsen om den sammanhängande rätten.<sup>622</sup> Genom ett narrativt spel lyckas därmed domstolen med att både använda legitimitetsskapande argument, kopplade till 'samhällsnytta', samtidigt som det underliggande rättsliga entymemet fokuserar på koherens. Dock möjligen genom att det förstnämnda görs på det senares bekostnad.

---

<sup>622</sup> Jfr Dworkin, Ronald (1982) och Fish, Stanley (1982), se avsnitt 3.2.2.

### 4.3. Processrättens tystnad

Vad för det rättsliga narrativet framåt? I rättsfallsanalyserna i avsnitt 4.2. har jag i ett antal exempel visat hur subsumtionens genomförande är beroende av val som inte synliggörs i domskälen. De processrättsliga representationerna är i flera hänseenden tysta avseende det rättsliga blivandet. Representationsdiskursens klimax består i subsumtionen av konkreta rättsfaktum under abstrakta rättsfaktum. Narratologiska läsningar av rättsfallsmaterialet visar emellertid att subsumtionen inte uttryckligen innehåller de premisser vilka behövs för att kunna förstå den rättsliga argumentationen som ett rättsligt narrativ. Istället drivs den rättsliga argumentationen, i de exempel som givits, av rättsliga entymem, det vill säga outtalade premisser som gör skillnad och vilka byggs upp på ett sätt som inte följer den etablerade rättskälleläran.

Att de bärande outtalade premisserna inte uttrycks i texten är inte med nödvändighet problematiskt. Tvärtom var Aristoteles poäng med det retoriska verktyget *entymem* att skapa legitimitet genom att föra auditoriet/läsaren närmare avsändaren genom att inbjuda till aktiv medverkan. Läsaren måste själv engagera sig för att argumentationen ska kunna bli begriplig, vilket skulle kunna anses vara legitimitetsskapande. Möjligen hade *rättsliga entymem* också kunnat vara legitimitetsskapande, enligt samma logik, om de hade utgjort enhetliga konstanter som drev det rättsliga blivandet i en viss riktning. Så verkar dock inte vara fallet, vilket ger anledning att lyfta fram att de outtalade premisserna snarare är legitimitetsförstörande. Det är enligt min mening problematiskt att den underliggande diskussionen pendlar fram och tillbaka mellan olika rättsliga entymem, ibland mellan parterna, ibland mellan part och domstol och ibland mellan domstolens instanser. Inte för att argumentationen *borde* vara axiomatiskt deduktiv, utan för att avgörande normer som uppenbarligen är under förhandling och som inte kan tas för givna *borde* utgöra en del av den rättsliga argumentationen samt inrymmas i den rättsvetenskapliga processrättsliga terminologin.

I vissa fall, såsom i Högsta domstolens domskäl i Villareparationsmålet, pendlar de underliggande entymemen avseende tillämpningsmetodologi från stycke till stycke. De rättsliga entymemen blir då knappast legitimerande utan ger istället uttryck för en grundläggande polyvalens, vilken utgör en central del av den tillrättläggande diskursen i allmän domstolen men som inte öppet hanteras i domskälen.<sup>623</sup> I rättsfallsmaterialet förs, genom rättsliga entymem, indirekta diskussioner i tystnad, utan ord, om bland annat synen på *rättens funktion i samhället*, *rättssubjektet* och *den rättsliga metodologin*. Inte något av dessa teman hanteras enligt självklara eller tydliga skript, subjekspositioner eller intriger i de rättsliga narrativen. Rättens funktion pendlar bland annat mellan handlingsdirigering och konfliktlösning, eller mellan

---

<sup>623</sup> Angående begreppet *polyvalens* se Gustafsson, Håkan (2002).

rättens koherens och effektivitet. Rättssubjektets rationalitet och autonomi är också under ständig förändring, vilket jag återkommer till i kapitel 5. Den rättsliga metodologin, i sin tur, pendlar fram och tillbaka mellan olika grundantaganden. Formalism, effektivitet och koherens varvas i vissa fall samtidigt som intrigen i andra sammanhang hämtar sin legitimitet från föreställningen om en autonom metodologi att falla tillbaka på.<sup>624</sup>

I princip alla de intressekonflikter och konkurrerande grundantaganden, vilka identifierats som centrala för subsumtionen i rättsfallmaterialet, är dessutom bekanta inom processrätten och andra rättsvetenskapliga fält.<sup>625</sup> Att den svenska civilprocessen befinner sig i ett polyvalent tillstånd, där både partsautonomi och skyddsbehov existerar samtidigt, har varit uppmärksammat sedan länge.<sup>626</sup> Vidare är de olika skolbildningarna kring processrättens funktion i hög grad levande. Även den rättsliga metodologins mångfald är välkänd inom svensk processrätt. "Det torde råda total enighet om att det råder nästan total oenighet om vilken lagtolkningsmetod som är gällande rätt i landet Sverige", som Lindblom uttryckt det.<sup>627</sup> Att motstridiga strömningar, vilka påverkar rättstillämpningen i enskilda fall, inte kommer till uttryck i rättsfallsmaterialet beror därmed troligtvis inte på att det skulle vara obekant för rättsvetenskapen eller den rättsliga praktiken. Trots detta har den epistemologiska problematiseringen, som sedan flera decennier förts i förhållande till den processrättsliga terminologin, inte fullt ut återspeglats i vare sig rättsfallsmaterialet eller i revideringar av de processrättsliga begreppen. Åtminstone inte i förhållande till den centrala rättsrealistiska utgångspunkten vilken betonar särskiljandet mellan fakta och norm. Detta har lett till att den rättstillämpande diskursen, som artikuleras kring processrättsliga representationer av rättsfakta, saknar sätt att artikulera hur

---

<sup>624</sup> Jfr Gräns: "Rättskällevärdet grundas på att s.k. auktoritativa rättskällor - lagar, förarbeten, prejudikat - ska beaktas vid all rättstillämpning. Andra, s.k. icke-auktoritativa rättskällor, som har relevans på grund av sitt innehåll, får användas först efter det att de auktoritativa rättskällorna är uttömda. Empiriska studier visar emellertid på att praktikerna inte följer dessa teoretiska påbud särskilt noggrant." Gräns, Minna (2013b) s. 200. Exempel på sådan empirisk forskning utgörs av Sandgren, Claes, "Vad gör juristen? Och hur? - del I", *Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet*, /1999-00 Nr 3 (1999a), 591-611 och Sandgren, Claes, "Vad gör juristen? Och hur? - del II", *Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet*, /1999-00 Nr 4 (1999b), 867-893. Gräns framhåller vidare att kognitionspsykologin kan förklara varför beslutsfattandet ser ut på det här sättet, Gräns, Minna (2013b) s. 204. Jfr även Lindells 'intressejurisprudens' vilken har för avsikt att kunna hantera rättsligt beslutsfattande i ett landskap av rättslig pluralism, Lindell, Bengt, *Helhetsbedömningar och intresseavvägningar*. Uppsala: Lustus, 2015 s. 24ff.

<sup>625</sup> Se exempelvis Niemi-Keisiläinen angående konkurrerande paradigmer inom insolvensrätten där liberala grundantaganden varvas med välfärdsstatliga ambitioner, Niemi-Kiesiläinen, Johanna, 'Collective or Individual? Constructions of Debtors and Creditors in Consumer Bankruptcy', *Consumer Bankruptcy in Global Perspective* (Oxford: Hart, 2003), 41-60 s. 59-60.

<sup>626</sup> Se Lindblom, Per Henrik (1993) s. 31-32. Begreppet polyvalens är dock inte Lindbloms utan Gustafssons, se Gustafsson, Håkan (2002).

<sup>627</sup> Lindblom, Per Henrik (1988) s. 437.

växelverkan mellan fakta och norm görs i det konkreta fallet. De avgörande premiserna för den rättsliga argumentationen ryms helt enkelt inte inom den etablerade processrättsliga diskursen som artikuleras kring nodalpunkten *rättsfakta*.

Argumentationen i rättsfallsmaterialet kan på detta sätt sägas kännetecknas av en semi-autonom metodologi men präglas av en autonom terminologi. Det finns öppningar för metodologiska nyheter och i någon mån frihet när det gäller vilka typer av argument som kan ta sig in, men den rättsliga diskursiva självrefereringen kring de processrättsliga representationerna hindrar vissa typer av argument från att synliggöras. På sätt och vis kan den etablerade rättsliga diskursen i viss mån alltså påstås vara kännetecknande av kognitiv öppenhet men operationell slutenhet.<sup>628</sup> De processrättsliga perspektiv, vilka presenterats, visar alla prov på kognitiv öppenhet. Ekelöfs sätt att tala om 'verkligheten' ger i princip lika avgörande betydelse till livserfarenhet och intuition som till erfarenhetssatser vilka baseras på induktiva empiriska vetenskapliga resultat.<sup>629</sup> Lindell påpekar återkommande hur växelverkan präglar både subsumtionen och definieringen av olika processrättsliga representationer.<sup>630</sup>

Andersson och Lindblom är noga med att betona den funktionella, normativa, delen av bestämningen av processrättslig representation och subsumtion.<sup>631</sup> Trots de processrättsliga ifrågasättandena på en epistemologisk nivå, har inte detta nämnvärt påverkat den etablerade processrättsliga diskursens uttryck, vilken alltjämt kretsar kring representationer mellan vilka sambandet framstår som mystiskt, nästintill metafysiskt. Detta gäller både den rättsliga praktiken och den processrättsliga terminologi som här undersökts.

Den etablerade processrättsliga terminologins ambivalens exemplifieras kanske extra tydligt av Lindells begrepp *preciserande normfakta*.<sup>632</sup> För dessa finns enligt Lindell inte någon återopsörda vare sig för rättsnormen eller för de fakta rättsnormen grundas på, eftersom normen inte existerade före den skapats av domstolen. Lindell påpekar, vilket redan nämnts, att "part kan inte vara skyldig att åberopa rättsfakta som motsvarar en rättssats som inte existerar".<sup>633</sup> Här framträder å ena sidan öppenheten för rättens ständiga blivande, och det omöjliga i att i förväg förutse hur en händelse och en norm kommer att representeras i domstolen, sam-

---

<sup>628</sup> Att tänkande präglas av kognitiv öppenhet bekräftas även av diskussionen avseende den processrättsliga terminologin inom vilken det uppenbarligen finns utrymme att dekonstruera och vända ut och in på både konkreta och abstrakta rättsfaktum samt deras oförmåga att inrymmas i de representationer de tilldelats.

<sup>629</sup> Ekelöf, Per Olof & Boman, Robert (1992) s. 132. Hänvisningen till "intuitionen" har emellertid tagit bort i senare upplagor av Ekelöf-serien, se Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Heuman, Lars (2009).

<sup>630</sup> Lindell, Bengt (2012) s. 22.

<sup>631</sup> Andersson har även, om än med viss skepsis, prövat hur deleuzianska utgångspunkter påverkar det processrättsliga kunskapsfältet, Andersson, Torbjörn (2008).

<sup>632</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 210.

<sup>633</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 210.

tidigt som öppenheten å andra sidan döljs bakom ett språkbruk som likväl, genom användningen av ordet *fakta*, utstrålar tydlighet, förutsebarhet och åtskillnad mellan påståenden om 'verkligheten' och påståenden om 'rätten'.

Detta stämmer även väl överens med den problematik som drabbar representationsdiskurser. Kopplingarna mellan olika kategorier av representationer, såsom fakta och norm, måste då göras genom begrepp såsom 'identitet', 'likhet', 'motsats' eller 'analogi' och det saknas överbyggande begrepp vilka kan förklara *hur* fakta och norm integrerar och sammansmälter genom tolkning och särskiljande som åstadkoms av den som håller i pennan för den rättsliga argumentationen.<sup>634</sup>

Den narratologiska begreppsapparaten ger här möjligheter att på ett mer nyanserat sätt förstå hur exempelvis "näringsverksamhet" och "Arbetslöshetskassan" (Preskriptionsmålet) kopplas samman.<sup>635</sup> Istället för att utmejsla klara definitioner av *myndighet*, *näringsidkare*, *offentlig maktutövning* med mera påvisar narratologin en mer övergripande berättelse om hur exempelvis skript kopplade till en privaträttslig logik formar både händelser och rättsregler i målet. Skript, vilka betonar den enskildes möjlighet att fritt (inom en marknadsorienterad logik) välja mellan olika alternativa försäkringar i samhället, gör skillnad i preskriptionsmålet på bekostnad av skript, vilka betonar möjligheten att dela in olika samhällsfunktioner som 'privata' respektive 'offentliga'.<sup>636</sup> I jämförelsen mellan dessa skript, vilka båda präglar olika delar av argumentationen i Preskriptionsmålet, är fakta och norm sammanfogade snarare än åtskilda. De utgör delar av en berättelse, en riktning, snarare än delar av en fixerad representation. De rättsliga berättelsernas riktning saknar emellertid uttryck i den rättsliga argumentationen. Här går det således att tala om processrätts tystnad. Vidare framgår de avgörande skillnaderna mellan en processrättslig diskurs (en representationsdiskurs) vilken artikuleras kring nodalpunkten rättsfakta och en (uttrycks)diskurs vilken artikuleras kring nodalpunkten rättsliga entymem.

Det är här av vikt att påpeka att *rättsliga entymem*, och de diskursiva artikuleringar som följer från dess användning, bör förstås som en del av en uttrycksdiskurs och inte som en typ av representationer. Det är alltså inte fråga om att rättsliga entymem ska beskriva 'något som finns därute', bortom begreppets

---

<sup>634</sup> Jfr Mussawir, Edward (2011) s. 8-9.

<sup>635</sup> Se avsnitt 4.2.1.

<sup>636</sup> Inte heller konfliktytan mellan privat och offentlig rätt är ny inom rättsvetenskapen. Tvärtom, vilket Samuelsson lyfter fram, har gränsdragningsproblematik ständigt uppkommit mellan det offentliga och det privata, Samuelsson, Joel (2008) s. 141. Se även Wilhelmsson, Thomas, "Avtal och jämlikhet", *Svensk Juristtidning*, 1997 (1997), 505-527 s. 523: "Den basala traditionella indelningen i offentlig rätt och privaträtt håller som känt på att vittra bort." Och redan 1905 skrev Fredrik Stang: "I moderne Retsforfatninger er den skarpe Grænse mellem privat og offentlig Ret faldt. De er ikke længer adskilte Verdener. I den offentlige Ret tar man nu Hensyn til Individet, og i den private Ret tar man Hensyn til Samfundet." Stang, Fredrik, "Viljesdogmet", *Tidskrift for rettsvitenskap*, 1905 (1905), 280-305 s. 300.

användning.<sup>637</sup> Det är därmed inte heller fråga om att undersöka vilka underliggande premisser som *är* rättsliga entymem. Istället är det fråga om ett metodologiskt begrepp, ett verktyg, vilket genom dess användning producerar kunskap och möjliggör kritik, exempelvis i förhållande till den processrättsliga terminologin och dess koppling till underliggande metodologiska, funktionella och subsumtionslogiska föreställningar. Entymembegreppet skulle emellertid även kunna användas för att undersöka andra delar av den rättsliga argumentationen. Detta är även delvis fallet i det nästkommande kapitlet där parterna och domstolens subjekspositioner behandlas.

---

<sup>637</sup> Jfr Andersson som uttrycker något liknande: "Diskursens egen organisering tillåter således förändringar, och dessa bör inte ses som blott en realisering av den "egentliga" utvecklingslinjen, på samma sätt som orden inte blott återger de "egentliga" objekten bortom diskursen." Andersson, Håkan, "Pluralitisk syn på utveckling och funktion inom skadeståndsrätten", *Juridisk publikation*, Jubileumsnummer 2014 (2014), 247-268 s. 254-255.



## 5. Överdeterminerade subjekt: Synliggörandet av parternas och domstolens positioner

I kapitel 4 har jag beskrivit hur rättsliga entymem har stor betydelse för hur de rättsliga narrativen når sin upplösning. I kapitel 5 kommer jag att undersöka hur framställningen av parterna i tvisten, samt framställningen av domstolen, bidrar till att föra det rättsliga narrativet framåt. Detta kan också uttryckas som att jag studerar hur parternas och domstolens subjektspositioner spelar roll i det rättsliga narrativet, i vilken mån de kan sägas ha rörelsefrihet i det rättsliga berättandet, i vilken mån de tvingas in i olika positioner och så vidare.

På samma sätt som jag i kapitel 4 beskrivit hur den civilprocessrättsliga terminologin kopplar an till subsumtionsbegreppet, kommer jag i kapitel 5 att redogöra för hur den etablerade civilprocessrättsliga terminologin hanterar förståelsen av subjekten vilka deltar som parter i en rättsprocess. Utöver detta kommer jag även att presentera ett antal begrepp; *subjekt*, *rättssubjekt*, *subjektsposition* samt *överdeterminering*. Jag har redan nämnt, och kort förklarat, dessa begrepp i kapitel 2 och 3, men kommer i det följande att presentera dem närmare, placera dem i ett teoretiskt sammanhang samt sätta dem i förhållande till tidigare forskning. Syftet med begreppen är att kunna genomföra narratologiska läsningar av rättsfallsmaterialet samt att etablera ett språkbruk, vilket ger möjligheter att fånga fler aspekter av subjektets roll i rättsfallsmaterialet än de som låter sig fångas av den civilprocessrättsliga terminologin. När det gäller de grundläggande antagandena om *hur* vi ska förstå subjektet, eller subjektets möjligheter, inom rätten finns det nämligen betydande skillnader, rent av motsatta utgångspunkter, om vi jämför olika perspektiv med varandra. Jämför exempelvis följande två utgångspunkter för det subjekt som verkar inom rätten:

All rätt finns till för den moraliska, i varje människa inneboende, frihetens skull. Därför måste det ursprungliga begreppet person, eller rättssubjekt, sammanfalla med begreppet människa. Båda begreppens ursprungliga identitet låter sig uttryckas i följande formel: varje enskild människa, och endast den enskilda människan, har rättsförmåga.<sup>638</sup>

---

<sup>638</sup> Karl von Savigny citerad i Gustafsson, Håkan (2011) s. 128-129.



Intressesubjektet [vilket har intressen pre rättsordningen] fortsätter att finnas till så länge lagen existerar. Det överskrider rättssubjektet på ett permanent sätt. Det går således inte att reducera till rättssubjektet. Det absorberas inte av rättssubjektet. Det överskrider det, det omger det, det är villkoret för dess permanenta funktion.<sup>639</sup>

Det är i denna spännvidd den rättsvetenskapliga förståelsen av subjektet alltjämt befinner sig. Å ena sidan återfinns föreställningar om subjektets enhet och självständiga frihet som självklara utgångspunkter för legitimeringen av civilprocessen, å andra sidan är kritiken mot möjligheten att teoretiskt och filosofiskt försvara en sådan position massiv. Subjektets roll i rättsliga narrativ bär spår av båda dessa perspektiv, det vill säga spår av både enhet och splittring, vilket jag kommer att visa i det följande.

## 5.1. Subjekt i svensk civilprocess

I rättsfallsmaterial för civilprocesser i allmän domstol förekommer en rad olika benämningar på agerande subjekt. De vanligaste utgörs av *kärande*, *svarande*, *part*, *motpart*, *egennamn* (juridiska och fysiska personer), *tingsrätt*, *hovrätt*, *Högsta domstolen*, *rätten* och *domstolen*.

Temat för det förevarande kapitlet handlar om dessa subjekts handlingsförmåga och rörelsefrihet inom de texter som studeras. Detta kan exempelvis beröra i vilken mån de narrativ som käranden och svaranden är inblandade i formas utifrån parternas egen rörelsefrihet och i vilken mån subjektens handlingar och positioner för det rättsliga narrativet framåt i riktning mot dess upplösning. Men det kan även handla om det motsatta, det vill säga att subjektens agerande begränsas till det diskursiva sammanhang de befinner sig i. De rättsfallsstudier jag genomfört ger exempel på att subjekten i civilprocess i allmän domstol inom rättsliga narrativ inte intar en självständig position med full rörelsefrihet. Positionerna är emellertid inte heller låsta på så sätt att det endast finns en möjlig position att inta för respektive subjekt i rättsprocessen. Jag återkommer till detta.

Ett centralt begrepp, vilket ger ingångar till förståelsen för den vedertagna synen på subjekt i domstolsprocessen, är begreppet *rättssubjekt* (se avsnitt 5.2). Ett annat begrepp, vilket jag själv kommer att använda för att hantera domstolssubjektens utrymme inom det rättsliga narrativet, är begreppet *subjektsposition* (se avsnitt 5.3).

---

<sup>639</sup> Foucault, Michel, *Biopolitikens födelse: Collège de France 1978-1979*. Hägersten: Tankekraft, 2014 s. 238.

### 5.1.1. Rättssubjektet

Idén om ett rättssubjekt har sina rötter i 1800-talets Tyskland där begreppet kan sägas ha uppkommit som en följd av industrisamhällets utveckling. Istället för att betrakta människan som sammankopplad med stånd och börd blev individen i större utsträckning betraktad utifrån prestation och avtal.<sup>640</sup> Rättssubjektets intåg hänger samman med en rad andra begrepp vilka uppkom under samma tid, såsom rättsstat, rättskälla och rättsvetenskap. Juridiken professionaliserades och även Skandinavien fick särskilda utbildningar för jurister.<sup>641</sup> I denna tid, under 1800-talets första hälft, formulerades vidare såväl legalitetsprincipen som idén om den fria och autonoma, människan. Rättsstaten lyftes fram som ett modernt alternativ till teokratien och despotismen.<sup>642</sup> Det rättsstatliga idealet präglades även av normrationalitet vilket fick till följd att rättstillämpningen i större grad blev retrospektiv, det vill säga fokuserad på vad som har hänt och hur detta ska hanteras, snarare än framåtblickande och hänsynstagande till konsekvenser som följer efter tillämpningen av rättsregeln. Det var även, som en följd av detta, som den avgörande legitimitetsgrunden kom att handla om, och fortfarande handlar om, tillämpning av normer på ett korrekt sätt med hjälp av subsumtionslogik.

Normrationaliteten handlar alltså om, vilket behandlades i föregående kapitel, att det positivrättsliga materialet styr den rättsliga argumentationen på så sätt att faktiska omständigheter kan subsumeras under generella regler.<sup>643</sup> Rättssubjektet utgör här en avgörande hållpunkt eftersom förståelsen av de faktiska omständigheterna inom en rättstvist i hög utsträckning handlar om parternas intentioner, vilja och uppsåt.<sup>644</sup> För att kunna genomföra en säker subsumtion behövs ett subjekt genom vilket intentioner, vilja och uppsåt blir hanterbart och förutsebart. Rättssubjektet erbjuder just detta.

Den mest tongivande ideologiska underströmningen från tiden för rättssubjektets tillkomst och framåt, för både civilprocessrätten och civilsamhället i stort, lyfter fram en autonom subjektsposition för rättssubjektet som handlar om att fatta rationella beslut, vilka i sin tur leder till effektivisering och maximering av subjektets

---

<sup>640</sup> Gustafsson, Håkan (2011), s. 129, Fridström Montoya, Therése, *Leva som andra genom ställföreträdare: En rättslig och faktisk paradox*. Uppsala: Iustus, 2015 s. 412.

<sup>641</sup> Gustafsson, Håkan (2002) s. 174.

<sup>642</sup> Gustafsson, Håkan (2002) s. 175 För en mer utförlig genomgång av utvecklingstanken se Gustafsson, Håkan (2002) s. 170-198.

<sup>643</sup> Gustafsson, Håkan (2002) s. 182.

<sup>644</sup> Binder, Guyora & Weisberg, Robert (2000) s. 6.

egna resurser.<sup>645</sup> Det autonoma rättssubjektet drivs av en ideologisk föreställning om individuell rationalitet som inte låter sig begränsas av relationer till andra subjekt (såsom familjerelationer eller andra gemenskaper). Det rationella subjektet rangordnar de möjliga effekterna av olika potentiella händelseförlopp, för att sedan välja det alternativ som leder till den största möjliga ekonomiska vinningen.<sup>646</sup>

Även i sin traditionella version har det autonoma subjektet använts för att legitimera rätten. För Locke och Kant, men även för moderna rättsteoretiker som Rawls, möjliggör det autonoma subjektets överenskommelse med staten (samhällskontraktet) att individen frivilligt accepterar att rättsapparaten innebär vissa begränsningar av individernas fortsatta autonomi.<sup>647</sup> Om inte subjektet hade betraktats som autonomt hade inte en samhällslegitimitet, vilken baserades på en frivillig överenskommelse, framstått som just legitim. På samma sätt kan autonomi i viss mån sägas vara en förutsättning för maktutövning med grund i fria och demokratiska val. Den autonoma liberala subjektspositionen kan således, ironiskt nog, utgöra ett medel för att åstadkomma legitim maktutövning, snarare än att utgöra ett ändamål i sig själv.<sup>648</sup>

Inom mer sentida marknadslogik har den autonoma subjektspositionen även en mer konkret betydelse än att legitimera rättsordning. Istället för att ingå överenskommelser med staten söker det autonoma subjektet, enligt Terence Dougherty, frihet från statligt inflytande eftersom frånvaron av statligt inflytande ger ökade möjligheter till ekonomiskt effektiva beslut.<sup>649</sup> Det traditionella autonoma subjektet kan alltså i viss mån sägas legitimera civilprocessrättens handlingsdirigerande funktion, medan det nutida autonoma subjektet är mer kompatibelt med en civilprocessrättslig funktion som betonar konfliktlösning och parternas rätt att fritt disponera över rättegången.

Även om det autonoma rättssubjektet vuxit fram i en tydlig liberal ideologisk strömning, menar Eva-Maria Svensson att det inte bara är inom liberala nutida rätts-teorier rättssubjektet framhålls som autonomt och kompetent.<sup>650</sup> "Den autonoma individen verkar vara paradigmatiserad i samtida rättsvetenskap, även i andra teorier än de liberalt präglade."<sup>651</sup>

---

<sup>645</sup> Angående det 'fria rättssubjektet' och dess roll inom svensk avtalsrätt, se Svensson, Ola, *Avtalsfrihet och rättvisa: En rättsfilosofisk studie*. Lund: Juristförlaget, 2012. Särskilt angående rättssubjektet; s. 29-30 och 92ff.

<sup>646</sup> Dougherty, Terence, 'Economic Rhetoric, Economic Individualism, and the Law and Economics School', i Albertson Fineman, Martha & Dougherty, Terence (red.), *Feminism confronts homo economicus: Gender, law and society* (Ithaca: Cornell University Press, 2005), 3-19 s. 8-9.

<sup>647</sup> Dougherty, Terence (2005) s. 9. Simmonds, Nigel E., *Juridiska principfrågor*. Stockholm: Nordstedts Juridik, 2008 s. 47ff.

<sup>648</sup> Det ironiska skulle här bestå i en jämförelse med exempelvis Kants kategoriska imperativ om att ingen människa får användas som medel för att uppnå egna eller andras syften.

<sup>649</sup> Simmonds, Nigel E. (2008) s. 9.

<sup>650</sup> Gunnarsson, Åsa & Svensson, Eva-Maria (2009) s. 203.

<sup>651</sup> Svensson, Eva-Maria & Gustafsson, Håkan, "Finns det svarta svanar i Australien?", *Retfærd*, 33/4/141 (2010), 101-121 s. 115. Se även Bhandar, Brenna, 'Disassembling legal form: Ownership

I en bredare samhällsövergripande bemärkelse benämns det autonoma subjektet ibland som *homo oeconomicus*. Gustafsson påpekar avseende detta att rättssubjektet (*homo juridicus*) skiljer sig från *homo oeconomicus*. Skillnaden består i att den övergripande *homo oeconomicus* produceras i samspel med marknadens disciplinerande krafter medan rättssubjektet, utöver sin disciplinerande verkan, även ingår i ett formaliserat system. Rättssubjektet är därmed format av både suverän och disciplinär makt (i foucaultiansk mening).<sup>652</sup>

Therese Fridström Montoya lyfter fram hur *homo juridicus* är förvånansvärt uttalat jämfört med idealsubjekt i andra kunskapsfält. Hon menar att det närmaste explicita begrepp som är etablerat utgörs av *Bonus Pater Familias*.<sup>653</sup> Denna subjeksposition har i svensk civilrätt beskrivits som att "man bör iakta den försiktighet som är *normal* bland förståndigt folk på det aktuella verksamhetsområdet".<sup>654</sup> Rättssubjektets formalisering i samspel med disciplinerande krafter i samhället kan knappas bli mer uppenbar än så. Vad som är normalt bland förståndigt folk är, vilket en mängd kritiska perspektiv lyft fram, inte nödvändigtvis en följd av befolkningens samlade autonoma viljeyttringar utan snarare en följd av disciplinerande maktstrukturer där subjektets vilja blir till i samspel med ideologiska strömningar i samhället.<sup>655</sup> En förståelse av samhället, vilken inte föregås av det autonoma subjektet utan där subjektet blir till i samspel med de disciplinerande maktstrukturerna i samhället ger anledning att inte längre ta en autonom subjeksposition som given utgångspunkt för det rättsliga tänkandet.<sup>656</sup> *Homo oeconomicus* blir då till i ett ständigt pågående samspel med en marknad som ger anledning till, och kontinuerligt producerar, subjekspositioner såsom köpare, säljare, konsument med mera. På samma sätt kan rätten sägas utgöra en ständigt pågående produktion av ett eller flera *homo juridicus*.<sup>657</sup>

---

and the racial body', i Stone, Matthew, Wall, Illan Rua & Douzinas, Costas (red.), *New Critical Legal Thinking* (London: Routledge, 2012b), 112-127 s. 126.

<sup>652</sup> Gustafsson, Håkan (2011) s. 140, fotnot 166.

<sup>653</sup> Fridström Montoya, Therése (2015) s. 375.

<sup>654</sup> Fridström Montoya, Therése (2015) s. 376, citatet är ursprungligen från Agell, Anders & Malmström, Åke, *Civilrätt*. Stockholm: Liber, 2005 s. 325.

<sup>655</sup> Jfr här Foucault och Butler som framhåller *det normala* som en disciplinerande kraft gentemot vilken individer speglar sig själva i syfte att få känna samhörighet med andra 'normala'. Se (Foucault, Michel, *Samhället måste försvaras, Collège de France 1974-1976*. Hägersten: Tankekraft, 2008b s. 43) och (Butler, Judith, *The Psychic Life of Power: Theories in Subjection*. Stanford: Stanford University Press, 1997 s. 20ff).

<sup>656</sup> Foucault, Michel (2008b) s. 54f. Se även Gustafsson, Håkan (2011) s. 145ff och Fridström Montoya, Therése (2015) s. 370f.

<sup>657</sup> Se Fridström Montoya, Therése (2015) s. 371ff för fördjupande läsning om *homo juridicus*.

### 5.1.1.1. Civilprocessrättslig terminologi avseende rättssubjektet

Litteratur vilken behandlar förståelsen för rättssubjektet som en del av den etablerade civilprocessrättsliga terminologin, är mycket begränsad.<sup>658</sup> Diskussioner om subjekt i domstolen i civilprocessrättsliga läroböcker eller civilprocessrättslig forskning är huvudsakligen begränsad till att beskriva vilka fysiska och juridiska personer som har talerätt inom civilprocessen och vilken typ av institutionellt regelverk som omger subjektens handlanden i rättegången. Det saknas närmare redogörelser och studier av vilka antaganden som görs avseende subjektens förmåga och rörelsefrihet inom ramen för processen. I den mån det förekommer handlar det emellertid framförallt om kopplingar till föreställningar om ett autonomt rättssubjekt även i civilprocessrätten.

Enligt Westberg är utgångspunkten för den kontradiktoriska processen parts-egoism, det vill säga att vardera part försöker uppnå sina egenintressen.<sup>659</sup> Westberg utgår från att föreställningen om att i så stor utsträckning som möjligt kunna förverkliga sin autonoma individuella livsplan (och därmed ha rätt att stänga ute det offentliga livet och det offentligas insyn i privatlivet) har präglat den västerländska rättsstaten och därmed även grundvalarna för civilprocessrätten. Detta har bland annat påverkat möjligheterna att ta del av information från motparten. Som utgångspunkt ligger exempelvis bevisbördan eller förklaringsbördan på den person som vill göra ett intrång i någons privata sfär.<sup>660</sup> Detta kan emellertid stundtals justeras genom regler vilka fokuserar på skyddsvärda privata intressen snarare än att det privata är skyddsvärt i sig. Det, i sin tur, kan innebära en annan typ av förklaringsbörda där den enskilda måste precisera vilken information som ska skyddas och varför.<sup>661</sup> Westberg påpekar att det visserligen generellt är till nytta för en part att få del av så mycket information som möjligt inom ramen för en rättstvist, men att intresset av att få tillgång till information måste vägas mot intresset "att var och en bör lämnas i fred ifrån ett mer eller mindre planlöst intrång i sina privata och affärsmässiga angelägenheter".<sup>662</sup>

Andersson hänvisar till Kallenberg och pekar på dispositionsprincipens grund i rättssubjektens förfoganderätt över sina materiella rättigheter.<sup>663</sup> Den bärande idén

---

<sup>658</sup> Inom civilrätten i stort är diskussionen mer utvecklad, särskilt i Finland, se exempelvis Wilhelmsson, Thomas, "En social avtalsrätt? Några kommentarer", *Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet*, /1993-94 Nr 3 (1993), 499-508, Wilhelmsson, Thomas (1999), Karhu, Juha (2007).

<sup>659</sup> Westberg, Peter (2012) s. 55.

<sup>660</sup> Westberg, Peter, *Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål* (1. uppl. uppl.). Stockholm: Norstedts Juridik, 2010 s. 41-44.

<sup>661</sup> Westberg, Peter (2010) s. 47.

<sup>662</sup> Westberg, Peter (2010) s. 11.

<sup>663</sup> Andersson, Torbjörn, *Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler: En studie i snittet av svensk civilprocess och EG-rätten*. Uppsala: Iustus, 1999 s. 183-184. Kallenberg, Ernst (1927-1939) s. 41.

bakom civilprocessrättens subjektförståelse betecknas ibland som *den individualistiska självansvarighetstanken*, vilken förklaras ligga i linje med den marknadsekonomiska logiken bakom civilrätten.<sup>664</sup> Både Ekelöf och Kallenberg menar att civilprocessrättens dispositionsrätt för individen bör stå i samklang med den som är etablerad inom civilrätten. Själva syftet med processinstitutionen är att medborgare i ett privatkapitalistiskt samhälle ska kunna ta tillvara sina ekonomiska intressen.<sup>665</sup> Att den svenska civilprocessen präglas av en liberal, kapitalistisk och individualistisk ideologi har även betonats flertalet gånger av Lindblom.<sup>666</sup>

Vidare ligger dessa grundantaganden, om människans dispositionsrätt över sina egna tillgångar, i linje med dispositionsprincipen i RB 17 kap. 3 §:

Dom må ej givas över annat eller mera, än vad part i behörig ordning yrkat. Är saken sådan, att förlikning därom är tillåten, må dom ej grundas å omständighet, som icke av part åberopats till grund för hans talan.

Den grundläggande civilprocessrättsliga föreställningen är därmed att parterna själva ska ges möjlighet att bestämma över domstolsprocessen genom att både bestämma vilka möjliga rättsföljder som kan bli aktuella och även bestämma vilka omständigheter som ska prövas av domstolen.

Detta är visserligen förankrat i en ideologisk föreställning om parternas möjlighet att tillvarata sina egna ekonomiska intressen. Men ifrågasättande av detta förekommer också inom den civilprocessrättsliga litteraturen. Westberg lyfter fram att det inte är säkert att antagandet om parternas beslut över den egna processen verkligen bejakar deras intressen:

Parternas intressebevakning kan brista på grund av parts *okunnighet*, parts *misstag*, parts *bristande ekonomiska resurser*, parts *likgiltighet*, parts *vanmakt*, parts *egoism* och parts *kollusiva avsikter*.<sup>667</sup>

Här framträder därmed möjliga antaganden om subjektet, vilka kolliderar med dispositionsprincipens och rättssubjektets ideologiska grund. Westberg pekar även på att den individualistiska självansvarighetsprincipen på många sätt ifrågasatts inom civilrätten. Reformen inom både processrätten och civilrätten, sedan 1970-talet och framåt, har inneburit att domstolen inte ska låta en part göra rättsförluster på grund av sin okunnighet, och dessutom har de indispositiva intressena inom civilrätten

---

<sup>664</sup> Ekelöf, Per Olof et al. (2016) s. 63, Westberg, Peter, *Domstols officialprövning: En civilprocessuell studie i anslutning till RB 17:3 p 1*. Lund: Juridiska föreningen i Lund, 1988 s. 32ff, Andersson, Torbjörn (1999) s. 184.

<sup>665</sup> Ekelöf, Per Olof & Edelstam, Henrik (2002), Ekelöf, Per Olof et al. (2016) s. 63ff.

<sup>666</sup> Lindblom, Per Henrik (2002b) s. 535, se not 8.

<sup>667</sup> Westberg, Peter (1988) s. 31.

succesivt ökat, exempelvis genom konsumentskyddsregler, arbetsrättsliga regler eller konkurrensregler. Sådana indispositiva intressen (eller *interventionistiska normer* och *officalintressen* som Westberg kallar dem) kan vara tänkta att skydda någon av parterna eller något annat intresse, kollektivt eller enskilt.<sup>668</sup> Utöver detta har även användningen av principen om *Jura Novit Curia* (domstolen känner lagen) förändrats på så sätt att domstolen numera rekommenderas uppmärksamma parterna på rättsregler vilka de inte själva insett kan komma att aktualiseras.<sup>669</sup>

Även vissa element vid rättegångsbalkens tillkomst skulle kunna tala för att den inte är konsekvent anpassad för ett autonomt rättssubjekts disposition. Ekelöf har betonat, i Hägerströms, Lundstedts och Olivecronas efterföljd, att samhällsnyttan ska framhållas som civilprocessrättens avgörande funktion.<sup>670</sup> Enligt Ekelöf var handlingsdirigeringen viktigare än det individuella rättsskyddet och han var även förespråkare för en aktiv materiell processledning från domstolens sida.<sup>671</sup> Lindblom har påpekat att det även inför rättegångsbalkens ikraftträdande var starkt betonat att processen skulle syfta till att sträva efter den 'materiella sanningen'. Lindblom konstaterar dock att rättegångsbalkens slutliga utformning snarare landade i "en extrem partsautonomi rörande yrkanden, grunder, invändningar, medgivanden, erkännanden, och devis också beträffande rättsanvändningen".<sup>672</sup>

Lindell lyfter fram att partsautonomi inom den dispositiva civilprocessrätten till stor del är en illusion. Dispositionsprincipen innebär inte att parterna har full frihet att reglera sina mellanhavanden inom processen på samma sätt som de har utanför rättegången. Inom ramen för rättegången måste parterna forma sin stämningsansökan enligt riktlinjerna i RB 42 kap. 2 §. Vidare kan inte parterna avtala om vilka rättsregler, tolkningsfakta eller rättstillämpningsfakta de vill använda. Inte heller kan parterna avtala om att nya omständigheter ska tillåtas i ett visst skede, eller ta hänsyn till faktorer såsom exempelvis goodwill eller personliga faktorer. Parterna har enligt Lindell inte alls samma möjlighet att reglera sina rättsliga angelägenheter inom processen på samma sätt som de har utanför rättegången.<sup>673</sup>

Den partsautonomi som anses vara återspeglad i dispositionsprincipen är med hänsyn till det sagda överdriven och i stora delar en illusion som det har funnits och finns politiskt intresse att upprätthålla. Sanningen är den, att det egentligen inte finns så mycket större möjligheter för parterna i ett dispositivt tviste-

---

<sup>668</sup> Andersson, Torbjörn (1999) s. 187, Westberg, Peter (1988) 34, 44ff.

<sup>669</sup> Westberg, Peter (1988) s. 35. Lindblom lyfter fram skyldigheten för domstolen att förvarna (genom materiell processledning) när de tänker använda en viss rättsregel som parterna inte verkar ha tänkt på, vilket framgår av praxis till 6 § EKMR, Lindell, Bengt (1987) s. 49.

<sup>670</sup> Lindblom, Per Henrik (2002b) s. 538.

<sup>671</sup> Lindblom, Per Henrik (2002b) s. 538.

<sup>672</sup> Lindblom, Per Henrik (2002b) s. 538.

<sup>673</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 162.

mål att reglera sina mellanhavanden efter eget gottfinnande än det finns i de indispositiva målen.<sup>674</sup>

Sammanfattningsvis kan den etablerade civilprocessrättsliga terminologin sägas vara sammanlänkad med det autonoma rättssubjektet, men med insikten om att den föreställningen ibland leder till oönskade resultat eftersom den inte ger utrymme för subjekten i målet att uttrycka sig och agera på sätt som står i strid med det autonoma rättssubjektet. Detta har i sin tur gett upphov till både materiella och processuella regler för att stödja parter vilka inte självständigt förmår tillvarata sina egna intressen. Problem uppstår utöver detta till följd av att, som Lindell påpekar, det institutionella ramverket kring civilprocessen inte heller står i samklang med det autonoma rättssubjektsidealet.

### 5.1.2. Subjektpositioner

I kontrast till föreställningen om det sammanhållna och autonoma subjektet präglas idétraditionen, vilken utvecklats av bland annat Sigmund Freud, Jaques Lacan och Michel Foucault och som i rättsvetenskapen främst lyfts fram i feministisk teori-bildning, av att individen istället formas av olika och disparata diskursiva sammanhang.<sup>675</sup> Detta är en viktig utgångspunkt eftersom det förändrar synen på vad som kan påverka och forma subjektet. Subjektet är splittrat mellan många möjliga relationella positioner.<sup>676</sup> Det skulle även kunna framhållas att förstäelsen av människan som splittrad mellan olika möjliga positioner är av gammalt datum.<sup>677</sup> Det är snarare idén om individen som en självbestämmande och autonom enhet, som är en nyhet, och ett undantag sett över en längre tidsperiod.<sup>678</sup> Splittringen innebär inte att

---

<sup>674</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 162.

<sup>675</sup> Bergström, Göran & Boréus, Kristina (2005) s. 312.

<sup>676</sup> Angående individens splittring till en "infinite multiplicity" se Deleuze, Gille & Guattari, Felix (2004) s. 280ff.

<sup>677</sup> Se exempelvis Hanna Arendts *The Human Condition* där hon utvecklar Aristoteles begrepp *zoe* och *bios* där det förstnämnda handlar om biologisk existens och det senare lyfter fram människans politiska positioner. Arendt betonar människans pluralitet som ett nödvändigt villkor för den politiska människans existens, Arendt, Hannah, *The Human Condition*. Chicago: Univeristy of Chicago Press, 1998 s. 95. Jfr även Giorgio Agamben som menar att moderniteten förstört möjligheten för människan att leva i ett pluralistiskt politiskt sammanhang och istället tvingar subjektet till suveränens motsats, det vill säga till en position vilken handlar om att underkasta sig maktens intressen. Subjektet tvingas då inta en utsatt position av *naket liv* (*bare life*), se Agamben, Giorgio, *Homo sacer: den suveräna makten och det nakna livet*. Göteborg: Diadalos, 2010.

<sup>678</sup> Den enhetliga individen kan sägas ha uppfunnits på 1700-talet och utvecklades sedan vidare under 1800-talet, se Bhandar, Brenna, 'Disassembling legal form: ownership and the racial body', i



individens ska förstås likt summan av ett antal positioner utan istället att individen kan ses likt en sorts samling av relationer, ett *assemblage*.<sup>679</sup>

I narratologiskt hänseende kan subjektet ses som effekten av en självpositionering i en typ av livsnarrativ. Det har här framhållits att det inte är möjligt att förstå levd tid på något annat sätt än genom ett narrativ, och processer som skapar möjliga livsnarrativ producerar även grunden för möjliga subjektuppfattningar.<sup>680</sup> Subjektet kan positionera sig i förhållande till olika *kulturella skript*, vilka därmed erbjuder inramningar av självförståelse för individen.<sup>681</sup> Det finns således mer eller mindre etablerade berättelser att placera förståelsen av subjektet inom. Berättelser som kan bli så etablerade att livsnarrativen strukturerar människans erfarenheter av sin omgivning i grunden.<sup>682</sup> Den centrala poängen här handlar om att tänka sig subjektet som en produkt, en konstruktion, en effekt, av olika typer av påverkan i samhället, snarare än som något fast och stabilt.<sup>683</sup> Subjekten, så som de förekommer i rättslig argumentation, är inte självständiga entiteter rättstillämpningen träffar, eller påverkar, i en viss riktning. Subjekten som förekommer i rättslig argumentation är istället ett uttryck för en av flera möjliga subjektpositioner.

Syftet med det här kapitlet är, vilket redan nämnts, att påvisa betydelsen av de subjekt som förekommer i den rättsliga argumentationen i förhållande till det rätts-

---

Stone, Matthew, Wall, Illan Rua & Douzinas, Costas (red.), *New Critical Legal Thinking* (Abingdon: Routledge, 2012a) s. 114-115.

<sup>679</sup> Butler, Judith, *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*. Cambridge: Harvard University Press, 2015 s. 68. Begreppet *assemblage* utvecklades av Deleuze och Guattari i Deleuze, Gille & Guattari, Felix (2004), se exempelvis s. 97-98. Begreppet har på många sätt likheter med Actor-Network-Theory, se Latour, Bruno (2007). *Assemblage* har bland annat använts för att kontrasteras mot begreppet *identitet* som i högre grad signalerar rörelsen mot subjektets enhet. Individen blir med *assemblage*-begreppet något annat än en enhet, en typ av allians snarare än en sammanhållen identitet, Butler, Judith (2015) s. 70.

<sup>680</sup> Bruner, Jerome, "Life as Narrative", *Social Research*, 71/3 (2004), 691-710 s. 692 och Bruner, Jerome, "A Narrative Model of Self-Construction", *Annals of the New York Academy of Sciences*, 818/1 (1997), 145-161.

<sup>681</sup> Hyvärinen, Matti, "'Life as Narrative' Revisited", *Partial Answers*, 6/2 (2008), 261-277. s. 274. Detta har även uttrycks som *autobiographical narratives*, Bruner, Jerome (2004), *psychological canonicity*, Herman, David, *Story Logic: Problems and Possibilities of Narrative*. Lincoln: University of Nebraska Press, 2002, *Living out a narrative*, Macintyre, Alasdair (1984) och *self as a narrative*, Polkinghorne, Donald E., *Narrative Knowing and the Human Sciences*. Albany: State University of New York Press, 1988.

<sup>682</sup> Bruner, Jerome (2004) s. 798. Se även Bruner, Jerome (1991) s. 21 och Ricoeur, Paul, 'Narrative time', i Mitchell, W. J. T. (red.), *On Narrative* (Chicago: University of Chicago Press, 1981).

<sup>683</sup> Lacan menar att subjektet produceras av tre ordningar i samhället; den symboliska ordningen, den imaginära ordningen och den reella ordningen. Se Milovanovic, Dragan, "The postmodernist turn: Lacan, psychoanalytical semiotics, and the construction of subjectivity in law", *Emory International Law Review*, 8/67 (1994), 67-98 s. 73-75. Deleuze och Guattari menade också att subjektet aldrig kan förstås som en odelbar helhet. Subjektet ska istället förstås som en "oändlig multiplicitet" (eng: "infinite multiplicity"), Deleuze, Gille & Guattari, Felix (2004) s. 280. Angående detta se Bruncevic, Merima (2014) s. 101ff.

liga narrativet. Det handlar om att förstå vilken typ av roll olika subjekt spelar för att bidra till narrativets upplösning. Begreppet subjekt<sup>s</sup>position används för att markera att det uttryck som förekommer för ett rättsligt subjekt i en text inte sammanfaller med en representation av subjektet som helhet, utan istället påvisar en position med vilken ett subjekt har möjlighet att agera inom en given diskurs.<sup>684</sup> Begreppet subjekt<sup>s</sup>position möjliggör studier av subjektens funktion och betydelse inom olika typer av diskursiva sammanhang. Subjekt<sup>s</sup>positionsbegreppet möjliggör studier där utgångspunkten att subjektet inte längre är autonomt och essentiellt utan istället producerat inom en praktik, exempelvis med hjälp av rättsliga narrativ.<sup>685</sup>

Subjekt<sup>s</sup>positionen handlar alltså om, vilket också nämnts i kapitel 3, ett slags *möjlighetens filter* för olika subjekt i olika situationer.<sup>686</sup> Exempelvis har subjektet *domstol*, inom den rättsliga diskursen för en rättegång i allmän domstol, möjlighet att döma i målet. Oftast är detta en position som inte är möjlig att frångå för domstolen. Domstolen *måste* inta positionen som dömande. Men det finns även tillfällen då domstolen kan skilja målet på andra sätt än genom dömande. När det gäller domstolens position som *objektiv* inom straffprocessrätten, har denna behandlats i detalj av Bladini, vilket jag återkommer till.<sup>687</sup>

Parterna i målet kan, vilket kommer att bli tydligt i det följande, inta en rad olika typer av positioner samtidigt som de kan bli nekade en rad olika typer av positioner. Positionen *konsument* för ett subjekt i processen möjliggör vissa typer av relationella förhållanden till subjekt<sup>s</sup>positionen *näringsidkare*. Positionen *part inom en civilprocess* möjliggör emellertid inte nödvändigtvis samma typ av relationella förhållande till *motparten*. Vidare kan subjekt<sup>s</sup>positionerna i olika män vara rationella, icke-rationella, insatta, oinsatta, partiska, opartiska, kontextuella, icke-kontextuella med mera.

En annan viktig aspekt av subjekt<sup>s</sup>positionsbegreppet är att subjekt<sup>s</sup>positionerna alltid är relationellt bestämda. Subjekt<sup>s</sup>positionen konstitueras och produceras genom attribut och förhållningssätt gentemot andra positioner. När ett subjekt sammanlänkas med en viss position (exempelvis kopplad till kön, biologi, yrke, nationalitet, känslotillstånd, ideologi, religion, klass med mera) möjliggörs förväntningar, vilka ligger närmre en sådan position, men samtidigt exkluderas andra möjliga subjekt<sup>s</sup>positioner och avståndet till förväntningar och handlingar kopplade till dessa ökar.<sup>688</sup>

---

<sup>684</sup> Winther Jørgensen, Marianne & Philips, Louise (2000) s. 49.

<sup>685</sup> Se Burman för den här typen av studier av subjekt<sup>s</sup>positioner inom svensk straffprocessrätt, Burman, Monica (2011) s. 284.

<sup>686</sup> Bergström, Göran & Boréus, Kristina (2005) s. 319.

<sup>687</sup> Bladini, Moa (2013). Se avsnitt 5.1.2.2.

<sup>688</sup> Dahrendorf, Rolf, *Homo Sociologicus: Om människan och rollerna*. Stockholm: Argos, 1971 s. 31f. Se angående detta Fridström Montoya, Therése (2015) s. 27. Dessa referenser talar emellertid om olika förståelser av subjektet och inte uttryckligen om subjekt<sup>s</sup>positioner.

Olika typer av möjliga subjektspositioner kan ses som både tvingande och frivilliga. Tvingande, i althussersk bemärkelse, genom att subjekten endast kan välja mellan förutbestämda alternativ vilka är ideologiska präglade. Louis Althusser beskriver, enligt Gustafsson, detta som en *interpellation* där subjektet *frivilligt* kan underkasta sig en subjektsposition genom att bejaka interpellationer kopplade till olika föreställningar om individen.<sup>689</sup> I den mån jag gensvarar en position som rationell, distanserad, fri, autonom och kompetent bidrar jag även till att förstärka bilden av mig med just dessa attribut. Det är dock inte säkert att jag utan vidare fritt kan välja att inte underkasta mig en sådan position. I den mån jag som rättsvetenskapsperson avstår från att positionera mig som rationell, distanserad, fri, autonom och kompetent och istället positionerar mig som känslös, situerad, disciplinerad och oerfaren kan det naturligtvis få effekter för hur värdet av den här avhandlingen utvärderas. På så sätt är jag inte fri att välja mellan olika subjektspositioner. Att inte bejaka interpellationen om att vara vit, svensk, man, högt utbildad med mera innebär att jag inte bejakar en privilegierad position med många fördelar.<sup>690</sup> En mycket central rättsvetenskaplig fråga handlar därmed om att förstå vilka rättsliga subjektspositioner som möjliggörs, eller omöjliggörs, av olika rättsliga narrativ.

Med ett splittrat subjekt blir idén om makt, vilken påverkar subjektets vilja i den ena eller andra riktningen, också betydligt mer komplex. Foucault har visat hur maktbegreppet kan förstås som något mer än en tydlig auktoritär makt från en suverän mot en individ. Utöver detta kan maktbegreppet även förstås som en disciplinerande makt vilken producerar föreställningar om vad som är normalt och onormalt och vilken därigenom producerar möjliga alternativ för hur subjektet kan formas i samhället.<sup>691</sup> Detta innebär således inte att makt påverkar individen i den ena eller andra riktning utan det innebär att individen *är* en effekt av makt.<sup>692</sup> I den mån den rättsliga diskursen ensidigt fokuserar på vissa positioner och exkluderar

---

<sup>689</sup> Angående Althusser's interpellations- och subjektiveringsteori se Gustafsson, Håkan (2011) s. 26-27. Gustafsson frågar sig bland annat vem som svarar på det interpellierande anropet: "Hallå, ni där borta! Ange gällande rätt!" angående vilka typer av jurist- och rättsvetarsubjekt som formas under juristutbildningen och inom rättsvetenskapen.

<sup>690</sup> Något som intersektionell och feministisk teoribildning framhållit under lång tid. Avseende svensk rättsvetenskap på området se exempelvis Carlson, Laura (2013) och Svensson, Eva-Maria (2013b).

<sup>691</sup> Foucault, Michel (2006) s. 195. Se även Voruz, Véronique, 'The status of the gaze in surveillance societies', i Golder, Ben (red.), *Re-reading Foucault: On Law, Power and Rights* (Abingdon: Routledge, 2013), 127-150 s. 129-130 och Brännström, Leila (2010).

<sup>692</sup> Foucault, Michel, 'Samhället måste försvaras'. *Colège de France 1975-76*. Stockholm: Tankekraft, 2008c s. 43. För en utförligare redogörelse se Gustafsson, Håkan, 'Persona non grata: Skisser till rättssubjektets upplösning', i Husa, Jaakko et al. (red.), *Oikeuden avantgarde* (Helsingfors: Talentum, 2013), 27-58 s. 37ff.

andra kommer individen att tvingas in i subjekspositioner för att kunna komma i kontakt med rättsnormerna.<sup>693</sup>

Att subjekten i domstolen måste förhålla sig till givna ramar för hur en part bör agera kan också uttryckas som att parten inte är suverän. Domstolssubjekten produceras av de diskurser där de befinner sig.<sup>694</sup> Dessutom, enligt Laclau och Mouffe, interpelleras subjektet av en mängd motstridiga diskurser. Det innebär, vilket jag redan varit inne på, att subjektet är fragmenterat och därmed inte bara har tillgång till en position inom en domstolsprocess utan istället samtidigt kan definieras av parallella diskurser. Som jag även nämnt tidigare kan ett subjekt i en domstolsprocess låta sig interPELLERAS som både autonom avtalspart och konsument och som både rationell och oerfaren. Ofta är detta helt oproblemiskt eftersom det finns väletablerade sammanhang för respektive subjeksposition. Konflikter mellan dessa uppstår först när motstridiga diskurser används för att organisera samma händelser och ett subjekt i en domstolsprocess kan då hamna i kläm mellan autonomi, skyddsaspekter, rationalitet, känslor, erfarenheter etcetera. När det inte finns utrymme att vara både skyddsvärd och icke-rationell eller när det inte finns utrymme att vara både känslösam och autonom riskerar subjektet att *överdetermineras*. Detta innebär att subjektet positioneras av flera motstridiga diskurser och mellan dessa uppstår en konflikt där den ena positionen kommer att bli framträdande på den andra positionens bekostnad.<sup>695</sup>

Laclau och Mouffe menar att vissa subjekspositioner kan bli privilegierade på det sätt att de övriga positionerna i allt större omfattning präglas av den privilegierade positionen.<sup>696</sup> En tillräckligt stark sådan position kan forma en nodalpunkt, vilken får hegemoniska effekter som leder till att andra subjekspositioner faller undan.<sup>697</sup> Samtidigt är subjekspositioner alltid föränderliga, nya artikulationer kan leda till nya

---

<sup>693</sup> Jfr Thomas, Kendall, "Beyond the Privacy Principle", *Columbia Law Review*, 92/1431 (1992), 1431-1516 s. 309ff.

<sup>694</sup> Angående diskursens produktion av subjekspositioner se Burr, Vivien, *Social Constructivism*. London: Routledge, 2003 s. 111.

<sup>695</sup> Winther Jørgensen, Marianne & Philips, Louise (2000) s. 49. Se även Bergström, Göran & Boréus, Kristina (2005) s. 310, 319. Begreppet *överdeterminerad* kommer ursprungligen från Freud och har sedan via Althusser utvecklats av Laclau och Mouffe, Laclau, Ernesto & Mouffe, Chantal, *Hegemony and Socialist Strategy: Towards a Radical Democratic Politics*. London: Verso, 2001 s. 97, se även Lewis, William S, "The Under-theorization of Overdetermination in Hegemony and Socialist Strategy", *Borderlands e-journal*, 4/2 (2005). Överdeterminering kan även användas för att beteckna grupptillhörighet genom så kallade "ekvivalenskedjor" där subjektet får sin betydelse genom att olika subjekspositioner finner en överbryggande gemensam kedja med kännetecken som handlar om vad som faller utanför gruppens referensramar, exempelvis utifrån anti-rasism eller motstånd mot kapitalet. Gruppens gemensamma (överdeterminerade) subjeksposition definieras då av vad den inte är, Winther Jørgensen, Marianne & Philips, Louise (2000) s. 52.

<sup>696</sup> Laclau, Ernesto & Mouffe, Chantal (2001) s. 112.

<sup>697</sup> Smith, Anna Marie (1998) s. 98. Detta har sedan vidareutvecklats av Zizek, se Zizek, Slavoj, *The Sublime Object of Ideology*. London: Verso, 1989 s. 87.

relationer och nya positioner. Det är alltså i princip fråga om en subjektprocess snarare än en subjektposition.<sup>698</sup>

Vad detta innebär för den rättsliga argumentationen är exempelvis, vilket jag kommer att visa prov på, att en överdeterminerad position, såsom det autonoma rättssubjektet, spiller över och påverkar en skyddsvärd subjektposition så att även denna filtreras och förstås utifrån det autonoma rättssubjektets position. Det får till följd att konsumenten förutsätts fatta rationella beslut som maximerar ekonomiska fördelar, trots att konsumentskyddets syfte är att subjektet inte ska behöva förutsättas kunna agera utifrån en sådan position.

Enligt Laclau och Mouffe förhåller sig subjektet till subjektpositioner på så sätt att subjektet utgörs av ett antal subjektpositioner vilka förekommer inom en diskursiv struktur.<sup>699</sup> Jag vill avseende detta även förtydliga och återkoppla till de ontologiska förutsättningarna för diskursbegreppet, vilka redogjordes för i kapitel 3. De möjliga subjektpositionerna befinner sig inom ett blivande som varken är till fullo ideologiskt bestämt eller till fullo materiellt bestämt. En sådan förståelse av subjektet, det vill säga som del av en materiell diskurs vilken inte låter sig dekonstrueras bortom 'verkligheten', har utvecklats av Judith Butler.<sup>700</sup> Gustafsson påpekar att "rättssubjektet som abstrakt kategori – som diskursivt emblem – har materiella effekter för den konkreta fysiska person det berör och träffar; att bli benämnd som rättssubjekt har vissa fysiska konsekvenser; att inte bli benämnd som rättssubjekt har också det bestämda fysiska effekter".<sup>701</sup> Men detsamma kan även avse det omvända, det vill säga att materialiteten påverkar förståelsen av subjektet.<sup>702</sup>

För att sammanfatta min terminologi använder jag alltså begreppet *subjektposition* för att betona att subjektet kan konstrueras på flera olika sätt. Inom ett rättsligt narrativ kan ett subjekt växla mellan olika positioner. När alternativa subjektpositioner framställs, eller används, som ömsesidigt uteslutande kan de betecknas överdeterminerade. Den position som tar sig uttryck i den rättsliga argumentationen *överdeterminerar* de positioner som inte tar sig uttryck eller tillåts ta sig uttryck.

En central fråga för det innevarande kapitlet är att undersöka vilka subjektpositioner som används för att föra det rättsliga narrativet mot dess upplösning och vilka subjektpositioner som då samtidigt omöjliggörs. Innan vi går vidare ska jag här även säga något kort om förhållandet mellan subjektpositioner och rättsliga entymem. I vissa av de texter jag går igenom är domstolssubjektens subjektpositioner uttrycka i svart på vitt genom uttryck såsom 'parten x är konsument'. I andra fall behöver subjektpositionen adderas som en typ av entymem. Detta innebär att det är

---

<sup>698</sup> Laclau, Ernesto & Mouffe, Chantal (2001) s. 114ff. Angående detta se Smith, Anna Marie (1998) s. 98-99.

<sup>699</sup> Laclau, Ernesto & Mouffe, Chantal (2001) s. 115.

<sup>700</sup> Butler, Judith, *Bodies that matter: On the discursive limits of "sex"*. New York: Routledge, 1993 s. 68.

<sup>701</sup> Gustafsson, Håkan (2011) s. 148, fotnot 176.

<sup>702</sup> Dolphijn, Rick & Van Der Tuin, Iris (2012) s. 43.

först när jag lägger till premisser i stil med 'om vi utgår från att parten x är intresserad av att ingå för henne ekonomiskt fördelaktiga transaktioner' eller 'om vi utgår från att parten x inte varit tillräckligt insatt för att förstå sitt eget agerande' som det rättsliga narrativet blir begripligt.<sup>703</sup> Inte heller subjektspositionens överdeterminering, som fenomen i sig, är explicit i rättsfallsmaterialet. Den implicita förståelsen av en subjektsposition fungerar därmed på samma sätt som ett rättsligt entymem, det vill säga som ett element vilket läsaren av ett rättsfall behöver addera för att det rättsliga narrativet ska förankras och legitimeras. Skillnaden mellan entymem och implicita subjektspositioner består i att rättsliga entymem utgör en bredare kategori, vilken inbegriper mer än subjektspositioner. Vidare kan inte heller explicita subjektspositioner studeras som entymem. Oavsett om subjektspositionerna varit uttryckliga eller inte i texten har jag valt att studera dem närmre i förevarande kapitel.

### 5.1.2.1. Subjektspositioner i välfärdsstatlig rättslig logik

Som nämnts tidigare är utgångspunkten för civilprocess i allmän domstol att parterna själva disponerar över tvisten. Utgångspunkten är därmed att de agerar utifrån en självständig och autonom subjektsposition. Samtidigt finns det, vilket också nämnts, även föreställningar om att de faktiska domstolssubjekten inte överensstämmer med de antaganden vilka görs angående rättssubjektet. För att hantera den problematik som uppkommit i glappet mellan den förväntade subjektspositionen och den i praktiken förekommande, ofta oinsatta och oerfarna, parten, har rörelsen Access to Justice (AtJ) vuxit fram.

I Sverige är rörelsens hållpunkter framlyfta av bland annat Lindblom. Han översätter *Access to Justice* som *tillgång till rättskipning* eller *tillgång till rättsskydd*. Rörelsen kan sägas vara en slags reaktion, och åtminstone indirekt kritik, mot den liberalistiska samhällssynen så som den kommit till uttryck under 1800-talet och 1900-talet. Rättigheterna knöts under denna tid på ett tydligt sätt till individen och genom tvåpartsprocess var tanken att en passiv domare skulle hantera konflikten mellan två parter, vilka självständigt förmäddes föra fram argument för att skydda sina respektive rättigheter.<sup>704</sup> I sin ursprungliga institutionalisering handlade rättsskyddet alltså om att erbjuda ett formellt forum för civilprocess. Detta har inneburit en *formell* möjlighet till rättsskydd men inte så mycket mer än så, vilket har gett upphov

---

<sup>703</sup> Jfr Bladinis *den osynliga rösten* och *en saknad röst*, Bladini, Moa (2013) s. 290f och 294f.

<sup>704</sup> Lindblom, Per Henrik (2008) s. 33. För en utveckling av rättighetsbegreppet se Gustafsson, Håkan, "Taking Social Rights Seriously (I): Om sociala rättigheters status", *Tidsskrift för Rettsvetenskap*, 4/5 (2005), 439-490, vilken i sin tur är skriven i relation till Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1977 och Hohfeld, Wesley Newcomb, "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *Faculty Scholarship Series*, 1/1 (1917), 710-770.

till den välkända (och satiriska) frasen 'Justice is open to all – like the Ritz Hotell'.<sup>705</sup> Rättens externa funktion handlar här om att skapa strukturella förutsättningar för resursfördelning inom en fungerande marknadsekonomi och ett politiskt system. Den formella rätten skapar sin egen legitimitet genom fokus på individens autonomi och en negativ bestämning av individens handlingsutrymme. Allt som inte är förbjudet är tillåtet. Rättsreglerna är uppbyggda som generella normer anpassade för en subsumtionslogik. Den formella rätten uppnår sin externa funktion genom inskränkningar i det marknadsstyrda mönstret. Rätten hanterar detta med regleringar av sociala och ekonomiska aktiviteter och med kompensationer som följer av brister i marknaden.<sup>706</sup>

I takt med välfärdssamhällets framväxt ändrades förväntningarna gällande i vilken mån staten skulle bidra till att bistå individen att tillvarata sina egna rättigheter.<sup>707</sup> Detta innebar att även personer som saknade ekonomiska förutsättningar, och andra förutsättningar för att driva en rättsprocess, skulle ges *materiella* möjligheter till detta. Vidare öppnade välfärdsstatens framväxt även upp civilrätten för fler aspekter än de rent ekonomiskt vinstmaximerande.

En ny typ av rättslig rationalitet konstruerades som innebar en ökad reglering för att komma tillrätta med samhällliga problem. Snarare än att fokusera på retrospektiv konfliktlösning och negativ bestämning av individernas handlingsutrymme fokuserade rätten i välfärdsstatens framväxt på att generera riktninggivande kriterier, och tonvikten lades vid de samhällliga resultaten.<sup>708</sup> Vahlne Westerhäll uttrycker det på följande sätt:

Medan rättsskyddet i rättsstaten främst är ett formellt skydd och likhet inför lagen främst en formell likhet, fokuserar välfärdsstaten på den enskildes materiella intressen och behov och på den svagare partens skydd mot den starkare. Det skydd den enskilde får är ett materiellt skydd baserat bl.a. på materiell likhet.<sup>709</sup>

Utifrån en rättssociologiskt inspirerad tankesammanhang kan dock riktningen från det formella mot det materiella inte ses som entydig. Enligt Teubner existerar det två motsatta tendenser. Samtidigt med den materiella fokuseringen har det skett en utveckling mot en ökad formalism, med specificering, professionalisering och intern

---

<sup>705</sup> Lindblom, Per Henrik (2008) s. 34.

<sup>706</sup> Gustafsson, Håkan (2002) s. 193.

<sup>707</sup> Angående detta, se Vahlne Westerhäll, Lotta, *Den starka statens fall? : En rättsvetenskaplig studie av svensk social trygghet 1950-2000*. Stockholm: Nordstedts Juridik, 2002 och Gustafsson, Håkan (2005) och De Sousa Santos, Boaventura (1987).

<sup>708</sup> Teubner, Gunther (1987) s. 19.

<sup>709</sup> Vahlne Westerhäll, Lotta (2002) s. 51.

systematisering som ledord.<sup>710</sup> Detta visar sig exempelvis genom att materiella målsättningar om samhällelig utveckling och individuella materiella behov förverkligas genom en juridisk metodologi som alltjämt utgår från logisk subsumtion och autonoma subjekt. Generella ändamålsorienterade regler skapar därmed en allvarlig kollision med idén om rättsregler som positiva individorienterade regler under vilka faktiska omständigheter kan subsumeras.

Rättssociologerna Philippe Nonet och Philip Selznick lyfter fram att normrationaliteten leder till en sorts legalism, vilken kraftigt begränsar de möjliga sätten att se på underlaget till konflikten, och därmed sker en fränkoppling av rättsligt tänkande från den samhällelige verkligheten.<sup>711</sup> Den autonoma och normrationella rätten måste helt enkelt lägga för mycket möda på att upprätthålla sin egen 'institutionella integritet', vilket då sker på bekostnad av andra viktiga ändamål.<sup>712</sup> Samtidigt som den autonoma rätten har sina brister, kommer varje anpassning till samhällelige mål (genom målrationell reglering) innebära ett visst ifrågasättande av rättens auktoritet. Idéerna om en välfärdsstat, och dessförinnan socialstaten, innebär dessutom ett samhälle där staten i allt högre utsträckning går in som garant.<sup>713</sup> Statens starka roll innebär också att de verkställande institutionerna befästs och blir starkare. Den regulativa rätten kan därmed sägas ha nackdelar som korrelerar mot den autonoma rättens fördelar. En rent instrumentell syn på rätten kan därmed sägas utvecklas där den är ett verktyg för staten att få genomslag för policies utan att någon maktbalans upprätthålls; öppenheten kan övergå i opportunism. Pragmatism och flexibilitet innebär även, åtminstone ur det rättsstatliga sättet att tänka, en minskad förutsebarhet.<sup>714</sup>

---

<sup>710</sup> Teubner, Gunther (1987) s. 19.

<sup>711</sup> Nonet, Philippe & Selznick, Philip, *Law and society in transition: toward responsive law*. New York: Harper & Row, 1978 s. 64.

<sup>712</sup> Nonet, Philippe & Selznick, Philip (1978) s. 54. En kritik som även Hydén instämt i, Hydén, Håkan, *Rättssociologi som rättsvetenskap*. Lund: Sociologiska institutionen LU, 1998 s. 68.

<sup>713</sup> Gustafsson, Håkan (2002) s. 183-184, som här bygger vidare på Dalberg-Larsen, Jørgen, *Retsstaten, velfærdsstaten og hvad så?: sammenhænge mellem retsudvikling og samfundsudvikling set i et retssociologisk perspektiv*. Köpenhamn: Akademisk forlag, 1984.

<sup>714</sup> Gustafsson, Håkan (2002) s. 190-191. För att handskas med de problem, vilka uppstår genom att bygga in självreglerande mekanismer, har Teubner presenterat den *reflexiva rätten*. Den reflexiva rätten kommer emellertid inte att behandlas i någon större utsträckning eftersom den inte har haft något genomslag i svensk processrätt. Rättens externa funktion handlar inom den reflexiva rätten om att skapa ett system som ger möjlighet till en intern diskurs att hantera en extern samverkan. Rätten måste således skapa former och kontroll över självreglering och social samverkan. Reglerna behöver vara procedurorienterade och skapa förutsättningar för beslutsprocesser mellan parterna. För att detta ska bli möjligt måste det skapa en "faktisk diskursiv möjlighet att påverka de nära besluten och idealt sett bör då rätten snarare reglera de processuella ramarna - de yttre legala ramverken - inom vilken berörda intressen kan formulera adekvata regleringstekniker". I ett samhälle post välfärdsstaten kan regleringen inte vara centrerad. Regleringen måste därmed handla om att de olika subsystemen, var för sig, inte får bli för starka, utan kommunikationen dem emellan måste präglas av en ömsesidigt stödjande struktur, Teubner, Gunther (1983) s. 275.



Krocken mellan det rättsstatliga och det välfärdsstatliga har beskrivits av Dalberg-Larsen som att rätten blir "flertydig, inkonsistent og dels kaotisk".<sup>715</sup> Spänningsförhållanden inom rätten sätts på sin spets på grund av rationalitetskonflikten. Metodinriktade och resultatnriktade normer kolliderar. De senare kräver dessutom att samarbete inleds mellan rättsvetenskap och andra discipliner, såsom sociologi och ekonomi, vilket då hotar den binära logiken inom det rättsstatliga idealet och som utgör kärnan i dess autonomi.<sup>716</sup> Lösningen på detta dilemma är enligt Nonet och Selznick att rättssystemet formas kring sitt *ändamål* i form av den *responsiva rätten*. Här ligger förstas Nonet och Selznicks responsiva ganska nära den skandinaviska rättsrealismen. I den mån även ändamålet är pluralistiskt kan det dock vara svårt att forma rätten kring ett bestämt ändamål.<sup>717</sup> Detta får således även konsekvenser för synen på rättssubjektet, eftersom rättssubjektet pendlar mellan en rättsstatlig autonom position och den ökade mängd subjektspositioner välfärdsstaten möjliggör. Skyddslagstiftning för svagare parter, exempelvis konsumentlagstiftning och processrättsliga principer om materiell processledning, bidrar till det civilprocessrättsliga subjektets överdeterminering. Lindblom lyfter fram rätten till arbete, hälsa, kroppslig integritet, utbildning, yttrandefrihet, en sund miljö, frihet från diskriminering med mera som en typ av rättigheter vilka inte låter sig privatiseras eller individualiseras på samma sätt som rättigheter vilka emanerar från principen om avtalsfrihet.<sup>718</sup> Detta har även inneburit att fler typer av subjektspositioner, än de som fokuserar på ekonomisk vinning, har gjort inbrott i civilprocessen.

Atj-rörelsen har försökt hantera det mer komplicerade förhållningssättet till rättssystemets målsättningar i gränssnittet mellan en välfärdslogik som förverkligas genom en rättsstatligt präglad civilprocess. Lindblom uttrycker det enligt följande:

*För det första* nöjer man sig inte längre med att rättsskydd erbjuds om det inte är möjligt att utnyttja det i praktiken. *För det andra* inkluderar anspråken på rättsskydd numera även rättigheter och

---

<sup>715</sup> Dalberg-Larsen, Jørgen (1984) s. 185.

<sup>716</sup> Gustafsson, Håkan (2002) s. 186.

<sup>717</sup> Vilket även Ekelöf påpekat: "Vad vi har kvar är privatkapitalismen med dess individualism, pluralism, konkurrens, dynamik och ständiga motsättningar mellan människorna. Enligt min mening medför ett sådant samhällssystem stora fördelar. Men jag befärar att lagstiftning och rättskipning också får svårigheter att skapa en gemensam moral. Staten har förlorat något av den legitimitet och auktoritet, som den hade tidigare. Uttryck för detta kan vara att de rättsliga sanktionerna mindre uppfattas som moraliskt klander än som avskräckande tvångsmedel och att man inte längre räknar med att en sanktion nödvändigtvis förutsätter skuld hos inculpanten. [...] Som framhållits i det föregående menar jag att den allmänna laglydnaden bäst tillgodoses genom att medborgarna upplever det som sin plikt att följa de materiella rättsreglerna." Ekelöf, Per Olof & Edelstam, Henrik (2002) s. 27. Samma referat diskuteras även i annat sammanhang i avsnitt 4.1.2.1.

<sup>718</sup> Lindblom, Per Henrik (2008) s. 34.

massanspråk som inte vidare låter sig inordnas under gängse individualistiska rättighetsbegrepp och processmodeller.<sup>719</sup>

AtJ-rörelsen har med denna problemformulering försökt finna 'obstacles to justice' vilket öppnar upp för att synliggöra "kollektiva, diffusa och fragmentariska" intressen.<sup>720</sup> Det går alltså att argumentera för att civilrättens subjektförståelse inom en välfärdsstatlig logik innehåller en bredare palett av subjektpositioner än den autonoma, förnuftiga, som tar ansvar för, och har makt över, sin egen situation. De subjektpositioner, vilka erbjuds av AtJ, handlar exempelvis om 'repeat-player litigants' och 'one-shot litigants' vilka illustrerar den obalans mellan parterna som ofta uppstår när större företag processar mot enskilda personer eller mindre företag.<sup>721</sup>

Enligt min mening kan AtJ sägas vara tydligt semi-autonom i sitt metodologiska förhållningssätt till rätten. AtJ utgår inte från autonoma föreställningar om rätten utan ser istället till att rätten inte kan särskiljas från sin samhällsliga kontext. Inte heller rättsvetenskapen begränsas enligt AtJ enbart till studier och systematisering av rättskällor. Studier av tillämpningen av regler inom institutionella miljöer såsom en domstol utgör därmed en central del av AtJ, som på så sätt blir intimt sammankopplad med rättssociologiska studier. Att rätten behöver studeras i sitt sammanhang ger utrymme för en vidgad förståelse av vilka subjektpositioner som kan komma att aktualiseras i rättstillämpningssituationer.<sup>722</sup> Jag vill dock betona att AtJ inte rör sig särskilt långt från etablerade föreställningar. Den för AtJ-rörelsen centrala förespråkaren Mauro Cappelletti är lika frenetisk i sin kritik mot en kritisk metodologi som han är mot en autonom metodologi. Den förstnämnda avfärdar han (med mod och skicklighet likt Don Quijote) när han påstår att postmoderna strömningar " [...] tend toward a "deconstruction" of the law, and this not only in its normative aspect - to the norms they ascribe total ambiguity, total indeterminacy (obviously yet another exaggeration, the perfect parallel of the opposite exaggeration of traditional dogmatism). Moreover, in their extreme versions, such new schools of thought tend to see law as inevitable instrument of dominance and oppression, to the point that only by means of a total revolutionary denial of it can a catharsis be achieved that should be capable - based on some mysterious magic - of leading the community to being harmoniously and happily regenerated".<sup>723</sup>

---

<sup>719</sup> Lindblom, Per Henrik (2008) s. 35.

<sup>720</sup> Lindblom, Per Henrik (2008) s. 35.

<sup>721</sup> Galanter, Marc, "Why the "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", *Law & Society Review*, 9 (1974), 95-160.

<sup>722</sup> Cappelletti, Mauro, "Access to Justice as a Theoretical Approach to Law and a Practical Programme for Reform", *South African Law Journal*, 109 (1992), 22-39 s. 25 och Cappelletti, Mauro, "Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access to Justice Movement", *Modern Law Review*, 56/3 (1993), 282-296 s. 283.

<sup>723</sup> Cappelletti, Mauro (1992) s. 24 f.

De subjekspositioner som rymms inom AtJ-rörelsen tillåts därmed inte, enligt Cappelletti, att röra sig bortom det funktionella. Endast subjekspositioner, vilka är funktionella i förhållande till etablerade, om än pluralistiska, rättsliga diskurser ges utrymme. Detta ger anledning att vända blicken mot mer kritiskt betonad forskning avseende subjekspositioner för parter och för domstol.

Sammanfattningsvis har den välfärdstatliga logikens inflytande över förståelsen av rättssubjektet lett till att rättssubjektets subjekspositioner, åtminstone som utgångspunkt, tillåts vara på fler sätt än autonoma. I kapitel 6 kommer det emellertid framgå att den dominerande grunden för civilprocessrätten alltjämt präglas av föreställningen om de stridande parternas ömsesidiga förmåga att kunna se till sitt eget bästa och att utifrån självständiga beslut navigera och bestämma över den rättstvist där parterna är inblandade. Detta är även något som kommer att ges exempel på i rättsfallsanalyserna i avsnitt 5.2.

### 5.1.2.2. Subjekspositioner i kritisk rättsvetenskaplig forskning

När det gäller begreppet *överdeterminerade subjekt* finns det på ett mer konkret sätt, jämfört med begreppen *rättsliga entymem* och *narratvidissonans*, annan rättsvetenskaplig forskning att förhålla sig till. För svenskt vidkommande gäller detta emellertid inte för civilprocessrätten. Diskussionen om rättssubjektet är emellertid i större utsträckning utvecklad inom straffrätten och i allmän rättsteori.<sup>724</sup> Mest utforskat, i rättsvetenskapligt hänseende, är subjeksbegreppet inom genusrättsvetenskapen. När det gäller konkret forskning avseende diskursiva uttryck i allmän domstol finns det inom svensk rättsvetenskap tre avhandlingar som behandlar olika typer av subjeks-förståelser inom straffprocessrätt och straffrätt.<sup>725</sup>

Bladini har i sin avhandling bland annat studerat hur subjekt i straffrättsprocessen representeras inom en straffrättslig dömande diskurs. Hon visar, med hjälp av diskursanalys av domar i tingsrätt och hovrätt, vilka subjekspositioner subjekten i rättegång intar samt vad som karaktäriserar dessa positioner. Eftersom bevisvärderingen ofta har stor betydelse inom straffrätten placeras den tilltalade, målsäganden och vittnen i subjekspositionerna  *trovärdig* respektive *icke-trovärdig*.<sup>726</sup> Till den trovärdiga positionen är kopplat uttryck såsom inlevelsefylld, självupplevd, detaljerad, uppmärksam, fristående och samstämmighet. Vidare är den trovärdiga subjekspositionen representerad på ett distanserat sätt där personen tilltalas med dess funktion snarare än med egennamn. Subjektets funktion såsom tilltalad, målsägande,

---

<sup>724</sup> Se exempelvis Niemi-Kiesiläinens undersökning av hur olika typer av subjekspositioner konstrueras i olika regleringsformer för skuldsanering beroende på grundläggande antaganden om rättens funktion, Niemi-Kiesiläinen, Johanna (2003) s. 52ff.

<sup>725</sup> Straffprocessrätt: Bladini, Moa (2013), straffrätt: Andersson, Ulrika (2004), Burman, Monica (2007).

<sup>726</sup> Bladini, Moa (2013) s. 329.

vittne med mera är därmed i diskursivt hänseende överordnad en mer personligt orienterade subjektspositionen.<sup>727</sup>

Bladini lyfter även fram hur domstolen, i rättstillämpande diskurser i brottmål, framställs som ett icke-mänskligt subjekt. Detta leder till att konstruera en objektiv subjektsposition där domen utgör en produkt av en institution snarare än en mänsklig konstruktion.<sup>728</sup> Det är den objektifierade subjektspositionen som är den mest frekventa explicita subjektspositionen i domskälen. Domare, betecknade utifrån mänskliga positioner, framträder i princip enbart i den skiljaktiga meningen.<sup>729</sup> Bladini visar emellertid även att domskälen ofta präglas av en implicit subjektsposition, vilken bidrar till att föra det rättsliga narrativet framåt genom en allseende blick som betraktar de rättsliga representationerna utan att själv synas. Bladini bygger här på Donna Haraways analys av vetenskapliga narrativ. Den osynliggjorda och objektiva subjektspositionen ingår i en typ av narrativ teknik, vilken Haraway kallar för *gudstricket*.<sup>730</sup> Den narrativa tekniken handlar här om att bygga intrigen utan ett tydligt subjekt som kopplar samman händelserna i narrativet med varandra. Författaren, till exempel domstolens ledamöter, framställer sig från en typ av allseende blick, vilken betraktar och observerar världen utan att själv synas.<sup>731</sup> Det som i själva verket bara utgör en möjlig framställning, en samling händelser eller en möjlig tolkning av rätten framstår därmed som den enda möjliga framställningen och den enda möjliga tolkningen. Gudstricket fördunklar på detta sätt alternativa rättsliga narrativ. Bladinis forskning visar att det är den osynliga subjektspositionen som får störst utrymme i den rättstillämpande diskursen om dömande.<sup>732</sup>

När domskälen förstas som rättsliga narrativ innebär detta att det subjekt, vilket leder narrativet till dess upplösning, i mycket stor utsträckning saknar explicit subjektsposition. Med andra ord kan detta uttryckas som att det saknas information om det rättsliga narrativets huvudperson, eller att denne (illusoriskt) situeras som en allseende och allvetande berättare.

Bladini lyfter vidare fram subjektspositionsalternativ för domstolen vilka öppnar upp för kritik i förhållande till positioner som gör anspråk på objektivitet. Hon hänvisar här åter till Haraway som förespråkar en typ av objektivitet vilken kan

---

<sup>727</sup> Bladini, Moa (2013) s. 329ff.

<sup>728</sup> Bladini, Moa (2013) s. 282-283.

<sup>729</sup> Jfr Ställvik vars intervjuer med svenska domare bekräftar att, målsättningen om en objektiv subjektsposition, gäller domarnas eget ideal, även om detta i viss mån verkar vara en generationsfråga: "Yngre domare är, av intervjuerna att döma, lite mer öppna för den dömande verksamhetens subjektiva sidor. Det förefaller mer naturligt för dem att förhålla sig till egna värderingar och dessas inverkan på rättskipningen." Ställvik, Olof, *Domarollen: rättsregler, yrkeskultur och ideal*. Uppsala: Jure, 2009 s. 236.

<sup>730</sup> Bladini, Moa (2013) s. 283, 38-40. Haraway är kritisk till den här typen av osynliggörande av avsändarens subjektsposition eftersom den osynliggör exempelvis kön, etnicitet, ideologi, sexuell läggning med mera, se Haraway, Donna (1991).

<sup>731</sup> Bladini, Moa (2013) s. 39.

<sup>732</sup> Haraway, Donna (1991) s. 295.

benämnas *förkroppsligad objektivitet*, där subjektet, vilket gör anspråk på objektivitet, måste synliggöras.<sup>733</sup> Bladini hänvisar även till Sandra Harding som också hon menar att objektivitetssträvan behöver präglas av större självkritik, exempelvis genom att subjektet, vilket gör anspråk på objektivitet, granskar sina påståenden utifrån fler subjektspositioner än de som ligger närmast. Detta i syfte att identifiera aspekter av påståendet som för vissa subjektspositioner är självklara och därmed osynliggjorda.<sup>734</sup>

På straffrättens område finns två avhandlingar vilka behandlar genusrättsliga aspekter av mäns våld mot kvinnor. *Hans (ord) eller hennes?* skriven av Ulrika Andersson och *Straffrätt och mäns våld mot kvinnor* skriven av Monica Burman. Avhandlingarna ligger metodologiskt sett relativt nära varandra och består av straffrättsliga diskursanalyser. Både Andersson och Burman utgår från en tredelad subjektförståelse; det materiella subjektet, det strukturella subjektet och det diskursiva subjektet.<sup>735</sup>

Den *materiella* nivån avser den fysiska, kroppsliga eller verkliga nivån. På den *strukturella* nivån återfinns subjektet abstraherat i ett kollektivt sammanhang utifrån ett visst samband. Den *diskursiva* nivån, slutligen, är den referensram inom vilket det talas och uttrycks saker i en viss fråga som berör subjektet, oftast i texter av olika slag.<sup>736</sup>

Terminologin skiljer sig alltså i viss mån från min egen användning av diskursbegreppet där diskursen även innefattar det som här benämns den materiella och strukturella nivån.<sup>737</sup> Enligt min terminologi utgör subjektets uttryck, i ett rättsfalls-material, det vill säga en text, en artikulation av en subjektsposition som både kan göra materiell och strukturell skillnad.<sup>738</sup>

Andersson visar i sin avhandling att den dominerande diskursen för brottmål som involverar sexuellt våld fokuserar på brottsoffrets viljeytringar snarare än på förövarens agerande eller uppsåt. Viljeytringarna var i dessa diskurser svar på sexuella ageranden från förövaren och brottsoffrets sexualitet framstod i diskursen

---

<sup>733</sup> Bladini, Moa (2013) s. 39-40.

<sup>734</sup> Bladini, Moa (2013) s. 40-41. Se Harding, Sandra, "After the Neutrality Ideal: Science, Politics and Strong Objectivity", *Social Research*, 1992 (1992), 567-587 och Harding, Sandra, *Whose Science? Whose Knowledge? Thinking from Women's Lives*. New York: Cornell University Press, 1991 s. 143-152.

<sup>735</sup> Andersson, Ulrika (2004) s 34, och Burman, Monica (2007) s. 56.

<sup>736</sup> Andersson, Ulrika (2004) s. 34.

<sup>737</sup> Se avsnitt 3.1.

<sup>738</sup> Inom feministisk forskning har gränsdragningen mellan det materiella subjektet (kön) och det diskursiva subjektet (genus) varit omdebatterad. Butler har i *Bodies that matter* framfört att både kön och genus är kulturellt (diskursivt) betingade konstruktioner. Konstruktionerna är emellertid inte pålagda en passiv yta utan materialiteten är alltid sammankopplad med konstruktionen, Butler, Judith (1993) s. 4-12 och Andersson, Ulrika (2004) s. 25.

därmed helt passiv. I praktiken innebar detta att brottsoffrets presumerades vara accepterande av de sexuella handlingarna till dess hon motsatte sig dem. Anderssons diskursanalys pekar tydligt mot en strukturell förståelse av kön där kvinnans subjeksposition målas upp som mottaglig och passiv i förhållande till sex och där mannen, det verkliga subjektet, var den som agerade. Att subjekten i rättegången förstås på det här sättet innebär att den brottsliga gärningen *uppstår* i samband med att brottsoffret motsätter sig gärningsmannens agerande. Mannens våld blir därmed beroende av kvinnans viljeyttring. Viljeyttringen i sin tur tolkas utifrån brottsoffrets fysiska motstånd snarare än genom verbala uttryck från brottsoffret.<sup>739</sup> Andersson visar alltså hur brottsoffrets subjekspositioner tydligt följer ett heteronormativt mönster där sexuellt våld hanteras på ett fundamentalt annorlunda sätt jämfört med andra typer av våldsbrott, vilka fokuserar på en maskulin subjeksposition där rationaliteten bakom gärningsmannens handlingar står i fokus.<sup>740</sup>

Burmans avhandling behandlar hur gärningsman och brottsoffer konstrueras inom brottskategorier som består av mäns våld (fysiskt och psykiskt) mot kvinnor. Burman visar hur män och kvinnor diskursivt konstrueras inom stereotypa subjekspositioner. Mannen konstrueras som en självständig individ utan relationer till andra. I den mån mannen konstrueras som avvikande, exempelvis psykiskt sjuk, görs det i relation till kriterier med ursprung i mannen själv. Kvinnan, däremot, konstrueras i relation till mannen. Hon konstrueras som underlägsen och försvarslös. Detta gäller även avseende juridiska ansvarsbedömningar i straffrätten. "När kvinnan anses ha provocerat mannen, ha framkallat ett psykiskt instabilt tillstånd hos mannen eller ha varit delaktig i "gräl" eller "slitningar" i mannens och kvinnans konfliktfyllda relation finns straffrättsliga förutsättningar för att betrakta mannens skuld som lägre jämfört med om sådant beteende från kvinnans sida saknas."<sup>741</sup> Burman menar även att det endast är i mildrande syfte för bedömningen av mannens skuld, som kvinnan placeras i en agerande subjeksposition. I den mån beteendet inte förstås på det sättet försätts istället kvinnan i en passiv subjeksposition som försvarslös och underlägsen.<sup>742</sup> Dessutom innebär den rationella diskursen kring straffansvar att det endast är vissa typer av subjekspositioner som fungerar som brottsoffer. Sådana subjekspositioner får problem genom att domstolen ifrågasätter varför inte brottsoffret i ett tidigare skede lämnat relationen med gärningsmannen eller varför brottsoffret inte i större utsträckning samarbetar med polis, åklagare och domstol. Vidare förväntas brottsoffret inte känna ilska eller fientlighet gentemot gärningsmannen, utan snarare rädsla och nedstämdhet.<sup>743</sup>

---

<sup>739</sup> Andersson, Ulrika (2004) s. 277.

<sup>740</sup> Andersson, Ulrika (2004) s. 280.

<sup>741</sup> Burman, Monica (2007) s. 393.

<sup>742</sup> Burman, Monica (2007) s. 393.

<sup>743</sup> Burman, Monica (2011) s. 287.

Agerande passar alltså inte samman med den subjeksposition som tilldelats brotts-offret.

Uttryckt i termer av subjekspositioner visar både Andersson och Burman att kvinnor i straffrätten artikuleras inom relationella subjekspositioner medan männen artikuleras inom autonoma subjekspositioner. Forskningen påvisar även tydliga förtryckande mönster där kvinnliga subjekspositioner inte ges en egen röst eller ett självständigt aktörskap. Männen ges emellertid en subjeksposition där den egna rösten får möjlighet att ursäkta sig, ofta med hänvisningar till sina inre reaktioner på kvinnans beteende.<sup>744</sup> På så sätt får mannens subjeksposition ett egenvärde och den utgör, i narratologiskt hänseende, inte enbart, som för den kvinnliga subjekspositionen, ett medel för att berätta om någon annan. Detta har jag anledning att återkomma till, det vill säga fenomenet att subjekspositioner används på ett sätt som bortser från att subjekspositionen tillhör ett subjekt i domstolsprocessen.<sup>745</sup>

Vid en internationell utblick bör även antologin *Feminist Judgements* omnämnas. Publikationen består av ett 20-tal kritiska läsningar samt omskrivningar av domar från en rad olika rättsområden.<sup>746</sup> På civilrättens områden har Auchmuty gjort ett alternativt förslag till brittiska överinstansens avgöranden i en typ av mål som blev vanliga på 1990-talet. Målen handlade om ett fenomen, vilket hade blivit allt vanligare i det brittiska samhället, nämligen att en make belånade makarnas gemensamma fastighet för finansiera mannens näringsverksamhet. När näringsverksamheten gick i konkurs och långgivaren löste in fastigheten stämde ett flertal kvinnor männen och menade att de förmåtts skriva under medgivandet till lånet under 'otillbörlig påverkan'. Auchmutys alternativa förslag till avgörande förhåller sig kritiskt till överinstansens utgångspunkter avseende om de har möjlighet att skydda hustrur från deras mäns dåliga omdöme och ansvarslösa beteende:

What passes between a husband and wife in this regard in the privacy of their own home is not capable of regulation or investigation as a prelude to the wife entering into a suretyship transaction.<sup>747</sup>

Auchmuty utgår från en subjeksposition för hustrun som framhåller att "for historical, social, and cultural reasons there are special pressures upon women in

---

<sup>744</sup> Burman, Monica (2007) s. 394.

<sup>745</sup> Hunter, Rosemary, Mcglynn, Clare & Rackley, Erika (eds.), *Feminist Judgements: From Theory to Practice*.

<sup>746</sup> Här bör även antologin *Sexing the subject of law* nämnas, vilken på olika sätt påvisar olika rättsliga praktikers produktion av föreställningar om kön, Naffine, Ngaire & Owens, Rosemary J. (eds.), *Sexing the subject of law* (London: Sweet & Maxwell, 1997).

<sup>747</sup> Hunter, Rosemary, Mcglynn, Clare & Rackley, Erika (eds.), *Feminist Judgements: From Theory to Practice*. s. 151.

marriage”.<sup>748</sup> Överinstansens avgöranden i den här typen av mål utgick emellertid inte från hustruns subjektsposition, utan försökte istället skapa en balans mellan subjektspositionerna *långgivaren* och *paret*:

For most home-owning couples, their homes are their most valuable asset. They must surely be free, if they so wish, to use this asset as a means of raising money, whether for the purpose of the husband's business or for any other purpose [...]. If the freedom of home-owners to make economic use of their homes is not to be frustrated, a bank must be able to have confidence that a wife's signature of the necessary guarantee and charge will be as binding upon her as is the signature of anyone else on documents which he or she may sign. Otherwise, banks will not be willing to lend money on the security of a jointly owned house or flat.<sup>749</sup>

Auchmuty placerade istället paret i varsin subjektsposition och lyfte fram att för vissa subjektspositioner kan hemmet innehålla fler värden än ekonomiska. Hon pekade på hur kvinnor de senaste 200 åren blivit förknippade med hemmet på ett sätt som män inte har. Frågan om männen och kvinnorna kunde ha olika intresse avseende den egna fastigheten, prövades dock aldrig eftersom domstolarna aldrig ifrågasatte att paret inte nödvändigtvis hade samma intresse av att skydda mannens näringsverksamhet.<sup>750</sup> Genom en alternativ syn på makarnas subjektspositioner, där kvinnan gavs en självständig röst, synliggjordes vilken typ av konflikt som skulle balanseras och att en prövning om otillbörlig påverkan var påkallad. Det handlade för Auchmuty då inte om en konflikt mellan långgivare och äkta makar, utan om en konflikt inom familjen, mellan makarna. Detta möjliggjorde att målet på ett mer konkret och relevant sätt kunde behandla frågan om medgivandet till lånet skett under otillbörlig påverkan. Istället för att, som överinstansen, konstatera att det inte fanns några möjligheter till insyn i familjerelationen, konstaterade Auchmuty, angående några av överklagandena, att banken inte vidtagit tillräckliga åtgärder för att säkerställa att hustrun frivilligt medgivit att den gemensamma fastigheten belånats och att banken därmed skulle stå risken för att hustrun påtalade att hon givit sitt medgivande under otillbörligt inflytande.

---

<sup>748</sup> Hunter, Rosemary, McGlynn, Clare & Rackley, Erika (eds.), *Feminist Judgements: From Theory to Practice*. s. 152.

<sup>749</sup> Hunter, Rosemary, McGlynn, Clare & Rackley, Erika (eds.), *Feminist Judgements: From Theory to Practice*. s. 152. Referatet är hämtat från *Barclays Bank Plc v O'Brien* [1994].

<sup>750</sup> Hunter, Rosemary, McGlynn, Clare & Rackley, Erika (eds.), *Feminist Judgements: From Theory to Practice*. s. 154.



## 5.2. Överdeterminerade subjekt i rättsliga narrativ

I de följande avsnitten kommer jag att lyfta fram de subjekspositioner, vilka bidrar till att föra det rättsliga narrativet framåt.

Rättsfallsmaterialet har studerats med hjälp av de narratologiska begrepp som presenterats i avsnitt 2.2.3. Den övergripande frågan, vilken kännetecknat de narratologiska läsningarna, handlar om att beskriva de subjekspositioner som har betydelse för det rättsliga narrativets upplösning. För att identifiera subjekspositionerna har jag ställt frågor om 'hur parternas subjekspositioner bidrar till den rättsliga berättelsen?', 'vilka egenskaper hos subjekten i domskälen som för det rättsliga narrativet mot dess upplösning?' och 'vilka skript som är centrala för parternas och domstolen subjekspositioner?'. När svar på dessa frågor inte uttryckligen behandlas i texten har jag skrapat på ytan och försökt identifiera underliggande entymem som förmår förklara vilka typer av subjekspositioner som behöver adderas för att göra det rättsliga narrativet begripligt.<sup>751</sup>

### 5.2.1. NJA 2013 s. 700 - Preskriptionsmålet

NJA 2013 s. 700 har behandlats också under kapitel 4. Målet behandlar en konflikt mellan privatpersonen A och Arbetslöshetskassan. A har inte betalat medlemsavgiften för ett antal månader. Arbetslöshetskassan har hänskjutit ett mål till domstol för att kräva in medlemsavgiften. A har invänt att fordran är preskriberad eftersom längre tid än tre år har förflutit. Arbetslöshetskassan har angående detta invänt att det är en tioårig preskriptionstid som gäller. Det är denna fråga, avseende preskriptionstiden, som utgör huvudfrågan i målet.

#### 5.2.1.1. Den autonoma konsumenten

I domskälen från Högsta domstolen inleds texten med en presentation av ostridiga omständigheter samt ett redogörande för rättsfrågan i målet:

Frågan i målet är om den treåriga preskriptionstid som enligt 2 § andra stycket preskriptionslagen (1981:130) gäller för konsumentfordringar ska tillämpas på Arbetslöshetskassans fordran avseende medlemsavgift.

---

<sup>751</sup> Angående entymembegreppet se kapitel 5.

Domstolen redogör sedan för innehållet i 2 § preskriptionslagen samt bestämmer att fordran på medlemsavgift avser en sådan nytthet som utpekas i bestämmelsens andra stycke:

Till medlemsavgift till en arbetslöshetskassa är kopplad en motprestation i form av arbetslöshetsersättning. En fordran på medlemsavgift avser därmed en sådan nytthet som avses i 2 § andra stycket preskriptionslagen, som har tillhandahållits för enskilt bruk [...].

Ordet ”därmed” indikerar att domstolen i sin jämförelse lagt vikt vid att ”nytthet” och ”motprestation” är jämförbara och att motprestation kan subsumeras under nytthet. Härfter görs även en hänvisning till NJA 2012 s. 414 där kriteriet ”motprestation” inte ansågs vara uppfyllt. I domskälen redogörs inte närmre än så varför ”motprestation” ska kopplas samman med ”nytthet”.

Inte heller i NJA 2012 s. 414 framgår varför motprestation är avgörande. Istället hänvisar domstolen i det fallet vidare till NJA 1988 s. 503 I och II samt NJA 1993 s. 724. I fallet från 1988, vilket behandlade frågan om en fordran för TV-licensavgift utgjorde en ”annan nytthet”, bestämde domstolen att ”[f]ör apparatinnehavaren framstår avgiften naturligen som en ersättning för hans möjlighet att motta de program som produceras av programföretagen”. Inte heller här framgår varför motprestationen utgör en nytthet utan bara att avgiften framstår som ett villkor för motprestationen att få tillåtelse att se på TV. Att denna motprestation *utgör en nytthet* är inte något domstolen förklarar närmare. Någon förklaring framgår inte heller av fallet från 1993. Sambandet som görs mellan motprestation och annan nytthet stannar därmed vid att det är fråga om ett beslut från domstolens sida. Legitimiteten får därmed hämtas från Högsta domstolens auktoritet samt från den koppling läsaren själv väljer att göra mellan de två termerna.

Hur ser då den här aktuella subsumtionen ut om den uttrycks som ett narrativ? Jag kan inleda med att konstatera att narrativets upplösning består i att faktumet (det konkreta rättsfaktumet) *motprestation* subsumeras under normen (det abstrakta rättsfaktumet) *nytthet*. Med diskursteoretisk terminologi när domstolen till narrativets upplösning genom en rättstilläpande artikulation där det öppna elementet ”nytthet” stängs genom att kopplas till tecknet ”motprestation”. Motprestation hanteras dock som ett slutet element vilket inte behöver förklaras närmare och kopplingen till nytthet motiveras av auktoritetshänvisningen till tidigare praxis.

Att en motprestation ses som en nytthet kan här sägas vila på ett entymem vilket betonar ömsesidighet, en motprestation kräver ett partsförhållande. Här framgår således även information om parternas subjektspositioner. Den subjektspostion, vilken inom narrativet tar emot nyttheten, gör detta inom ramen för en relation som är ömsesidig. Narrativet placerar då A i en subjektspostion där hon har kapacitet att förstå rättsförhållandets ömsesidighet och att detta, i sig, snarare än någon

viss egenskap i det som presteras, utgör kriteriet för att motprestation ska ses som en nytthet. Att parterna utbyter resurser är alltså i sig nyttigt. Det nyttiga består i utbytet av resurser snarare än i karaktären på de resurser vilka utbytet handlar om. Av detta följer även att det krävs av den mottagande parten att denne har kapacitet att uppleva relationens ömsesidighet, det vill säga att A:s subjektspostion behöver ha en viss autonom kapacitet. Något motsägelsefullt förutsätts alltså i det här fallet att A, i syfte att uppnå konsumentskydd, en position som är tänkt att skydda A från icke-ömsesidiga rättsförhållanden, måste uppvisa en viss nivå av ömsesidig autonomi för att kunna vara mottagare av nyttheten, motprestationen, vilken i sin tur är en förutsättning för att konsumentpreskriptionen ska aktualiseras.

De rättsliga entymem som behövs för att fullborda narrativet består alltså i förväntningar (skript) om att utbyten av resurser per definition utgör nyttheter. Det krävs därmed vidare att A placeras i en så självständig subjektspostion att hon har kapacitet att ingå ömsesidiga avtal. Föreställningar om resurser som självständiga neutrala nyttheter<sup>752</sup> och föreställningar om autonoma rättssubjekt, måste alltså adderas till argumentation för att subsumtionen ska bli begriplig från ett narratologiskt perspektiv och dessa föreställningar utgör även bärande element för det rättsliga blivandet i processen mellan A och Arbetslöshetskassan.

Detta kan ses som ett exempel på hur A konstrueras som överdeterminerad i det rättsliga narrativet. A förmår inte utan påminnelse att administrera sina egna skulder i tio år. A förmår dock förstå vad som utgör en motprestation. Utöver detta är A även positionerad som part inom ramarna för ett tvistemål i allmän domstol. Utifrån den positionen har hon förmågan att föra sin egen talan avseende den skuld som hon, på grund av sin konsumentstatus, är i behov av ett större skydd för, jämfört med den position utifrån vilken hon deltar i rättegången. Inom ramen för samma rättstillämpande diskurs cirkulerar således A mellan olika subjektspostioner, vilka var och en kräver olika nivå av enskilt ansvar och som var och en förutsätter olika grad av autonomi hos A. De olika subjektspostionerna kan sägas vara i konflikt med varandra. Det rättsliga narrativet som konstrueras i domskålen gör emellertid inte något försök att hantera detta. Den subjektspostion som för det rättsliga narrativet framåt, är emellertid den autonoma position vilken möjliggör att A ömsesidigt kan utbyta resurser med följd att hennes rättsförhållande med Arbetslöshetskassan kan subsumeras som en nytthet. Den autonoma subjektspostionen kan således ses som överdeterminerande, vilket innebär att subjektspostionen, som är relaterade till relationen *konsument-näringsidkare*, undermineras.

---

<sup>752</sup> Jfr Rawls begrepp "Primary social goods", Rawls, John, *A Theory of Justice*. Cambridge: Harvard University Press, 1971.

### 5.2.1.2. Medlem och/eller konsument

Ett annat exempel på subjektspositioner från Preskriptionsmålet kommer från parternas inlagor i tingsrätten. I kändens (Arbetslöshetskassans) stämningansökan försöker kändens etablera en ömsesidigt uteslutande dikotomi mellan subjektspositionerna *medlem* och *konsument*:

Hos en arbetslöshetskassa är man medlem, inte konsument, vilket är olika typer av rättsförhållanden.

Att vara medlem och konsument presenteras här som om de vore ömsesidigt uteslutande, det vill säga att om rättsförhållandet mellan Arbetslöshetskassan och den enskilde är ett rättsförhållande mellan medlem och arbetslöshetskassa kan det inte också vara ett rättsförhållande mellan konsument och arbetslöshetskassa.

Genom att lyfta upp subjektspositionen medlem som överdeterminerande i förhållande till positionen konsument bidrar kändens text till en narratologisk uppbyggnad som underordnar andra delar av narrativet. Eftersom A ska positioneras som medlem kan inte konsumentskyddsreglerna tillämpas. Därmed konstrueras ett narrativ som placerar A:s subjektsposition överordnad de rättsregler vilka eventuellt skulle kunna tillämpas. Detta är emellertid en typ av narrativ som inte plockas upp, eller bemöts, av varken motparten eller någon av domstolarna, vilket kan förstås som att motparten eller domstolen inte anser att den rättstillämpande diskursen överhuvudtaget behöver bidra till att stänga eller påverka den eventuella dikotomin *konsument – medlem*, det vill säga att subjektspositionerna medlem och konsument inte är konkurrerande. Kändens försök till ett rättsligt narrativ som åstadkommer en sådan konfliktyta, exkluderas från den etablerade rättstillämpande diskursen i målet.

### 5.2.1.3. Hovrätten som rättsutredande subjekt

Hovrättens bedömning avseende vad som utgör en nytthet har redan behandlats i kapitel 4. Följande passage är emellertid intressant utifrån frågan om domstolens subjektsposition i det rättsliga narrativet.

Till en början anser hovrätten att fordran gäller en sådan nytthet som avses i 2 § andra stycket preskriptionslagen.

Hovrätten hänvisar, till skillnad från tingsrätten och Högsta domstolen, till sig själv som en aktiv utförare av subsumtionen genom skrivningen ”anser hovrätten”. Arbetslöshetskassans fordran avseende betalning av medlemsavgift till en a-kassa

rör en ”nyttighet” eftersom hovrätten bestämmer det. Om utgångspunkten är att hovrättens bedömning inte är godtycklig måste den presumeras bygga, genom ett rättsligt entymem, på en typ av metodologi som inte behöver presenteras närmare.<sup>753</sup> Positionen som här framhålls kan, för att framstå som legitim, sägas vara beroende av en säker och autonom rättslig metod, vilken hovrätten använt sig av, och som inte behöver beskrivas eller motiveras närmare.

## 5.2.2. NJA 2005 s. 205 - Villareparationsmålet

Villareparationsmålet har behandlats i kapitel 4 där det också återfinns en något mer utförlig beskrivning av rättsfallet. Målet handlar om privatpersonen R som anlitat entreprenören W för att utföra reparationer på R:s villa. Parterna är oense om huruvida de har avtalat om ett takpris för reparationerna som helhet, vilket R påstår, eller om de har avtalat om att W löpande ska begära betalning från R allteftersom arbetet fortskrider, vilket W påstår.

### 5.2.2.1. Den rationella konsumenten

Avseende bevisvärderingen av vad som berättats om parternas ”avslutningssammanträde” konstaterar tingsrätten följande:

R har gjort gällande att avslutningssammanträdet uteslutande gällde frågan om och i så fall när han skulle betala ytterligare 15000 kr så att det slutliga takpriset på 365 000 kr nåddes. Denna inställning förefaller inte sannolik med hänsyn till vad framför allt [vittnet] Å berättat om sammanträdet. En fråga om betalning av ytterligare 15000 kr var ju en bagatell jämfört med W:s totala krav. Det troliga är att W skulle ha släppt den frågan med en gång om takpris varit avtalat mellan honom och R. Slutsatsen måste alltså bli att båda parterna vid detta tillfälle varit införstådda med att det var löpande räkning som gällde men att R tyckte att det begärda priset var alldeles för högt. Detta stöds också av det faktum att R fram till dess också betalat á conto. Det stöds också av det förhållandet att arbetet på huset svällt utöver den planerade grundbeställningen omedelbart efter arbetsstarten och att arbetet därför blev mycket svårkontrollerat ur kostnadsynpunkt. Det är därför svårt att tänka sig att en entreprenör som

---

<sup>753</sup> Se avsnitt 4.2.1.3.

W skulle ha accepterat takprisnivåer på sätt som R påstått i en entreprenad av det slag som nu är i fråga.

Narrativet kretsar här kring frågan om hur R:s uppgifter om vad som hände vid tillfället ska värderas. Narrativets intrig byggs upp genom att R:s ageranden utvärderas utifrån vad som kan anses vara rimliga val utifrån en rationell subjektspositions synvinkel. Detta visar sig genom domstolens uttalanden gällande att en betalning om ytterligare 15 000 kr var en "bagatell", att "det troliga är att W skulle ha släppt den frågan", att "detta stöds också av det faktum att R fram till dess också betalat á conto" samt att det är "svårt att tänka sig att en entreprenör som W skulle ha accepterat takprisnivåer på sätt som R påstått". För att den efterföljande slutsatsen ska bli rimlig måste läsaren här addera subjektspositioner för parterna i stil med 'låt oss utgå från att W och R agerat utifrån ekonomisk rationalitet'. Först efter att denna subjektsposition lagts till blir tingsrättens avslutning en rimlig upplösning av narrativet:

Slutsatsen måste alltså bli att båda parterna vid detta tillfälle varit införstådda med att det var löpande räkning som gällde men att R tyckte att det begärda priset var alldeles för högt.

Narrativet passar väl in med det som Sherwin menar utgör en vanlig rättslig narratologisk uppbyggnad, nämligen detektivhistorien där en briljant berättare för ett rättfram och rationellt resonemang som avslutas i en final där allting faller på plats. Det är en variant av det vetenskapliga idealet där publiken inbjuds till att agera objektiva åskådare.<sup>754</sup> I den mån läsaren själv måste inse rationaliteten i berättelsen för att förstå slutsatsen, kan legitimitet även uppnås genom entymemet som retoriskt verktyg.<sup>755</sup>

I sitt överklagande till hovrätten accepterar R att hans agerande ska tolkas utifrån en rationell subjektsposition men han menar att rationaliteten borde leda till andra slutsatser:

[D]et faktum att R:s betalningar skett á conto stöder enligt tingsrätten att fråga var om löpande räkning utan takpris är än mer märkligt. R ifrågasätter varför det skulle tala till hans nackdel att vissa betalningar skulle ha skett á conto. Istället tyder de verkställda betalningarna – och det faktum att den sista betalningen skedde redan den 13 oktober 1998 – på att den sista betalningen utgjorde slutbetalning. Detta skall också jämföras med att de verkställda betalningarna inte har föranletts av några å

---

<sup>754</sup> Sherwin, K. Richard (2009) s. 95.

<sup>755</sup> Se avsnitt 2.4.1.3.

conto fakturor från W:s sida, vilket borde ha skett om han hade betraktat betalningarna av R på det sättet.

Betalningarna á conto, av R nu placerade i en annan berättelse, ges mening i förhållanden till andra sekvenser och får enligt R en annan innebörd. Samma händelseförlopp kan på så sätt få olika mening genom olika syntagmatiska relationer. Betalningarna á conto ska enligt R förstås i förhållande till en tänkt slutbetalning och inte i förhållande till en överenskommelse om löpande räkning.

Konflikten mellan R och W illustrerar väl det polyvalenta tillstånd där rättsstatslogik och välfärdslogik kolliderar. Subjektspositionerna behandlas som autonoma och rationella samtidigt som målet aktualiserar konsumentskyddsregler. Tingsrättens bevisvärdering är uppbyggd kring rationella positioner (*rättssubjekt – rättsstatslogik*), vilka på ett jämligt sätt interagerar med varandra. En alternativ narration skulle istället kunna fokusera på ojämlikheten mellan R som konsument och W som näringsidkare och hur den ojämlikheten skulle påverka förståelsen av situationen (resultatorienterad välfärdsstatslogik). Detta är också något R försöker att påpeka i skriftväxlingen inför hovrättens avgörande:

Tingsrätten bortser också från att fråga är om ett förhållande mellan näringsidkare och konsument och att det rimligtvis måste förhålla sig så att ett oklart avtal tolkas till näringsidkarens nackdel i förekommande fall.

R:s subjektspositioner är här konkurrerande. R kan inte konstrueras som skyddsvärd konsument samtidigt som han förväntas genomföra rationella och ömsesidiga beslut vid avtalets ingående. Här kan den autonoma subjektspositionen dock förstås som överdeterminerad, i betydelsen att det är i egenskap som autonomt subjekt R bidrar till att det rättsliga narrativet förs framåt. Först i resonemanget där R och W interagerar som självständiga och autonoma subjekt, kan det rättsliga narrativet upplösas, genom att det av W förväntade skriptet (förväntningar vilka följer av en överenskommelse om löpnade räkning) bekräftas, av domstolen. R spelar roll i det rättsliga narrativet när han förutsätts göra ekonomiskt erfarna och rationella överväganden men spelar inte någon roll när han positioneras som underordnad och oefaren konsument.

### 5.2.3. NJA 2010 s. 467 - Hansamålet

I inledning av kapitel 3 redogjorde jag för NJA 2010 s. 467 (Hansamålet). Målet handlar om MD och IK som lånat pengar för att köpa en bostadsrätt och som nu krävs på betalning av en bank vilken förvärvat det skuldebrev varpå lånet är antecknat. MD och IK har invänt att de redan betalat av skulden medan banken (Hansa) menar att de förvärvat skuldebrevet i god tro och att MD och IK måste betala oavsett om de även betalat kapitalbeloppet till en tidigare innehavare av skuldebrevet.

#### 5.2.3.1. Skyddsvärd och icke-autonom

En viktig subsumtion i Hansamålet handlar om huruvida en av svarandena, MD och IK, har betalat till rätt borgenär eller inte. Högsta domstolen lutar sig, avseende frågan om MD betalat till rätt borgenär, på underinstansernas bedömningar. MD själv har under rättegången uppgett att han är säker på att han har betalat till Wänlund. Det finns emellertid andra omständigheter som gör alla tre instanser övertygade om att rätt borgenär, vid den tidpunkt då MD menar att han betalat, i själva verket var en annan bank, Skaraborgsbanken. Om MD:s uttalande tagits på allvar av domstolen skulle detta ha lett till att han tappade målet eftersom han därmed aldrig gjort någon giltig betalning. Invändning mot Hansas krav om betalning, med grund i att han redan betalat, skulle då sakna verkan. Det är alltså först om MD betalat till rätt borgenär som det är meningsfullt för domstolen att pröva frågan om käranden, Hansa, förvärvat det löpande skuldebrevet i god tro. MD:s uttalande om att han betalat till Wänlund, och inte till Skaraborgsbanken, talar därmed rakt emot hans eget intresse i målet. Tingsrätten resonerar avseende MD:s uttalande enligt följande:

Det finns emellertid omständigheter som talar för att MD faktiskt betalade till Skaraborgsbanken. För det första har under förhöret med honom framgått att han inte är bekant med att skuldebrevet kunde överlätas av den som beviljat krediten till annan. Han har också, som nämnts ovan, fortlöpande betalt lånekostnaden på de inbetalningsaviser han fått och då utan att få påminnelser eller annan uppmaning att betala kostnaden till annan än den på betalningsavin antecknade mottagaren. Detta talar med styrka för att betalningsmottagaren varit rätt borgenär, dvs. Skaraborgsbanken. Med hänsyn till MD:s okunskap om finansvärlden är det inte osannolikt att han inte närmare



observerat vem som stod antecknad som mottagare av betalningen och därför trots att betalningsmottagaren var identisk med kreditgivaren.

För att domstolen ska kunna konstatera att betalning skett till rätt borgenär behövde MD här placeras i en subjektspostion där hans eget uttalande saknade värde. MD placeras således i en subjektspostion som varken är autonom eller rationell. Tvärtom, positioneras han som en person som agerar utifrån vana snarare än förnuft, som är okunnig och slarvig och som varken satt sig in i sina ekonomiska förhållanden eller läst ordentligt på betalningsavin. Om MD hade placerats i en autonom subjektspostion enligt ”den individualistiska självansvarighetstanken” (se avsnitt 5.1.1) borde hans uttalande ha legat till grund för domen, eftersom han disponerar över sin egen tvist. MD:s autonoma subjektspostion kan därmed sägas vara överdeterminerad när det är fråga om bevisvärderingen i målet. MD har en subjektspostion i egenskap av part och en annan när hans funktion är att ge uttryck för bevisfakta genom förhör under sanningsförsäkran. Detta trots att domstolen kanske borde utgå ifrån att MD är lika obekant med rättsväsendet som han är med finansmarknaden och trots att målet inte avgjordes med hänvisning till någon konsumentskyddslagstiftning.

MD:s subjektspostioner framstår, inom ramen för det rättsliga narrativet, som underordnade andra, och viktigare, element vilka för narrativet mot dess upplösning. MD:s irrationella subjektspostion utgör på så sätt ett medel för att föra narrativet i riktning mot prövningen om Hansa förvärvat fordran i god tro, vilket i sin tur utgör ett medel för att åstadkomma en ny användning av 15 § skuldebrevslagen där ett kriterium för god tro inbegriper att den förvärvande borgenären tillfrågat gäldenären om denne har några invändningar mot skulden.

Den nya tillämpningen motiveras med målsättningen om att skapa ett så effektivt fungerande finansinstitut som möjligt i förhållande till ett förändrat samhälle som präglas av att ”[l]öpande skuldebrev nuförtiden överläts relativt ofta och att det främst sker i stora stockar när kreditgivaren ändrar verksamhetsriktning eller undergår strukturomvandling. En eventuell förtida betalning av skuldebrev antecknas aldrig på den här typen av skuldebrev och skuldebrev brukar inte heller lämnas tillbaka till gäldenären när betalning skett”. MD:s position, som oerfaren och okunnig avseende vem som varit mottagare av hans betalningar, är nödvändig för att det rättsliga narrativet ska kunna upplösas med en ny tolkning av 15 § skuldebrevslagen. I den mån MD hade disponerat över sin egen tvist och de konkreta rättsfakta han ville föra in i tvisten, skulle tvisten kunna ha avslutats med att skulden aldrig hade reglerats. Frågan om god tro hade då aldrig aktualiserats. MD:s autonomi kan därmed sägas vara underordnad skyddet av MD:s ’egentliga’ intresse, vilket består i att inte behöva betala skulden två gånger. I det här fallet kan alltså positionen, vilken betonar subjektets rationella ekonomiska överväganden, vara överdeterminerande trots att MD:s uttalanden under förhören tyder på det motsatta. I syfte att uppnå MD:s ’egentliga’ och skyddsvärda intresse, det som står i samklang med det eko-

nomiskt rationella subjektet, behövde MD, märkligt nog, positioneras som icke-autonom i det rättsliga narrativet.

### 5.2.3.2. Den dömande (men tysta) maskinen

De avslutande sekvenserna i Högsta domstolens majoritets domskäl i Hansamålet, där subsumtionen genomförs, lyder enligt följande:

För att förvärvaren ska vara i god tro bör det krävas att gäldenären inför överlåtelsen tillfrågats och bekräftat att han inte har någon invändning mot den av överlåtaren angivna fordringen. I jämförelse med rådande hantering synes ett sådant förfarande innebära att kontakt med gäldenärerna tas någon tid före överlåtelsen och inte strax efter densamma. Om förvärvaren inte har gjort denna undersökning, måste han - precis som vid förvärv av enkla fordringar - bära risken för att gäldenären har en mot överlåtaren eller tidigare led giltig invändning av nu berört slag.

I förevarande fall har Portfolio [Hansa]<sup>756</sup> inte påstått att vare sig Hoist eller Hansa före sitt förvärv fått bekräftelse från MD eller IK att det ursprungliga kapitalbeloppet fortfarande var obetalt. Såväl Hoist som Hansa har alltså burit risken för att skuldebrevet var slutbetalt.

Till skillnad från hovrättens domskäl i Preskriptionsmålet, vilket redogjordes för i avsnitt 5.2.1.3, framträder i detta fall inte något situerat subjekt. Istället förs argumentation genom passiva skrivningar såsom ”bör det krävas” och ”med rådande hantering synes”. Argumentation konstrueras här enligt subsumtionsmodellen, där den rättsliga översatsen består i att förvärvaren av skuldebrevet får bära risken för vissa invändningar om förvärvaren inte gjort tillräckliga undersökningar före förvärvet. Det konstateras sedan avslutningsvis att det inte föreligger något konkret rättsfaktum som kan subsumeras under den rättsliga översatsen, det vill säga att banken inte har frågat MD och IK om kapitalbeloppet var obetalt och därmed är det banken som står risken för invändningar om betalning från MD och IK.

Argumentationen konstrueras, från domstolens sida, utifrån en position som följer den processrättsliga modellen av att parterna står för påståenden om händelseförloppet och domstolen står för deskriptionen av rätten. Domstolen framträder inte som aktiv konstruktör av översatsen och det uppmärksammas inte heller att över-

---

<sup>756</sup> Inför prövningen i Högsta Domstolen övergår kändan i tingsrätt och hovrätt, Hansa, i bolaget Portfolio.

satsen jämförs med en icke-händelse, vilken parterna, före konstruktionen av översatsen, inte haft anledning att reflektera över.<sup>757</sup> Eftersom regeln, om att förvärvaren ska efterhöra med gäldenären, uppkommit först i och med Högsta domstolens beslut, har påståenden om banken meddelat MD och IK eller inte, inte varit en del av skriftväxlingen mellan parterna. Om så hade varit fallet hade dessutom tingsrätten och hovrätten haft anledning att ifrågasätta varför sådana 'rättsligt irrelevanta omständigheter' skulle belasta processen. De långtgående konsekvenser Högsta domstolens dom medför för behandlingen av löpande skuldebrev, framställs som att de emanerar från en oproblematisk tillämpning konstruerad genom en självständig rättslig metodologi, tillämpad av en domstol i en objektiv subjektsposition. Det rättsliga maskineriet saknar subjektsposition och ångar fram utan att göra väsen av sig.<sup>758</sup>

#### 5.2.4. NJA 2013 s. 524 - Fel i dörr

NJA 2013 s. 524 har även behandlats i kapitel 4. Målet behandlar en tvist som emanerar från att AS köpt två dörrar från bolaget Ekstrand. I samband med monteringen har AS upptäckt att dörrarna hade små hål i nederkanten, vilket ledde till att hon reklamerade dörrarna. Säljaren, Ekstrand, vill inte leverera några nya dörrar eller ge pengar tillbaka eftersom felet lika gärna kunde ha uppkommit efter att dörrarna hade levererats. Efter leveransen menade säljaren att AS skulle stå risken för att skada inträffade.

##### 5.2.4.1. Homo Oeconomicus

Avgörande argumentation i Fel i dörr-målet avser frågorna om AS har en undersökningsplikt och om bevisbördans placering. I tingsrätten hanteras detta på följande sätt:

AS har med hänvisning till 20 a § konsumentköplagen gjort gällande att det ankommer på Ekstrand att visa att skadan inte fanns vid tidpunkten för avlämnandet och sålunda uppkommit senare, detta eftersom AS upptäckte skadan först i samband med

---

<sup>757</sup> Avseende detta se de löpande exemplifieringar som gjorts till Hansamålet i kapitel 3.

<sup>758</sup> Jfr Bladini, Moa (2013) s. 375. Maskiner är emellertid inte några passiva förmedlare av det som stoppas in i dem om vi ska tro Karen Barad. Just därför hade det även varit lämpligt att de väsnats lite mer och därmed gett signaler om att de är aktiva, se Barad, Karen, "Posthumanist Performativity: Toward an Understanding of How Matter Comes to Matter", *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 28/3 (2003), 801-831 s. 817-818.

att hon och SS monterade upp dörren nio dagar efter det att dörren avlämnats, och skadan sålunda först då visade sig.

Enligt tingsrättens uppfattning bör bestämmelsen inte tolkas på det sättet. Bestämmelsen är tillämplig när varan rent faktiskt framstätt som felfri vid avlämnandet men ett s.k. ursprungsfel visat sig inom sex månader därefter. Den är inte tillämplig när konsumenten, som i nu aktuellt fall, valt att inte kontrollera godset i samband med avlämnandet och därför inte själv sett skadan, som hon påstått har funnits vid avlämnandet, förrän en tid därefter. Mot bakgrund av det anförda finner tingsrätten att AS enligt huvudregeln har bevisbördan för att skadan funnits vid avlämnandet av dörren den 5 oktober 2007.

En förutsättning för att 20 a § ska tillämpas, enligt tingsrättens domskäl, är alltså att varan framstätt felfri vid avlämnandet. Detta stämmer visserligen med vad som i Högsta domstolens domskäl, via förarbetena, presenteras som bestämmelsens huvudsakliga tillämpningsområde. Någon hänvisning till förarbeten eller annan motivering ges dock inte i tingsrättens domskäl. En indikation bakom tingsrättens resonemang finns emellertid i meningen "[d]en är inte tillämplig när konsumenten, *valt* [min kursiv.] att inte kontrollera godset [...]". Tingsrättens domskäl visar här upp en annan underliggande rationalitet, jämfört med Högsta domstolen (som redogjorts för i kapitel 4). Tingsrättens domskäl betonar köparens agerande, i kontrast till Högsta domstolens fokus på ordalydelsen i 20 a § paragrafen samt avsaknaden av undersökningsplikt.<sup>759</sup> Detta är även något säljaren knyter an till i sin överklagan till Högsta domstolen. "Syftet med presumtionen är för att underlätta för konsumenter att få rätt när en vara har ett ursprungligt fel. Presumtionen gäller framförallt situationer när det annars nästan varit omöjligt att i efterhand bevisa att varan redan vid tidpunkten för avlämnandet haft det fel som först senare och efter en tids användning givit sig till känna." Vidare anför käranden (säljaren av dörren):

Aktuell paragraf infördes för att lätta på konsumentens bevisbörda, inte för att frånta dem allt ansvar att kontrollera varan vid avlämnandet. Detta framgår bl.a. av att man också i lagtexten explicit tar upp felets art som en grund att ej tillämpa paragrafen. [...] Grundprincipen i lagen är att stärka konsumentens ställning gentemot näringsidkare, inte att helt frånta dem deras eget ansvar. De slutsatser AS har dragit utifrån 20 a § konsument-

---

<sup>759</sup> I sitt överklagande till Högsta domstolen knyter säljaren an till perspektivet som betonar valfrihet: "AS gjorde ett medvetet val att avstå från att kontrollera godset i samband med avlämnandet [...]."

köplagen [...] är ett exempel på den typen av felaktiga motsatslut som Torgny Håstad varnar för att bestämmelsen kan ge upphov till (Håstad Köprätt och annan kontraktsrätt, 6 uppl. 2009 s. 241).

I överklagandetexten skriver käranden under rubriken ”skäl för prövningstillstånd” följande:

I propositionen gällande genomförandet av konsumentköpsdirektivet och införandet av en presumtionsregel om ursprungligt fel, vilket resulterade i 20 a § konsumentköplagen, anges att direktivets artikel 5.3 innehåller en bevisregel som tar sikte på det fallet att ett fel – i praktiken en funktionssvikt – visar sig i varan redan efter relativt kort tid av normal användning. Enligt artikeln skall, om motsatsen inte bevisas, en bristande avtalsenlighet som visar sig inom sex månader från leveransen av varan presumeras ha funnits vid tidpunkten för leveransen, utom när denna presumtion är oförenlig med varans eller den bristande avtalsenlighetens art (prop. 2001/02:134, s. 59). Regeringen har således i sina skäl till förslaget explicit angett att paragrafen tar sikte på en funktionssvikt vilket stödjer tingsrättens bedömning i målet att 20 a § konsumentköplagen inte är tillämplig i förevarande fall då felet i fråga är en skada sannolikt uppkommen genom olyckshändelse och där konsumenten själv valt att inte kontrollera godset vid avlämnandet.

Här framträder en rationalitet, mer eller mindre är uttalad, om än inte som en självständig representation av en norm, som fokuserar på den köpande subjektspositionen (konsumentens) ansvar för vilken produkt denne accepterar att ta i sin besittning. Underliggande finns en förväntning, ett skript, vilket handlar om att marknadens funktion bygger på att konsumenten gör rationella ekonomiska val vid avtalsluten.

Högsta domstolen, som går på svarandens linje, placerar inte AS i en subjektsposition som betonar rationalitet. Istället betonar Högsta domstolen att konsumenter frigjorts från ansvaret att behöva undersöka en vara efter köpet.

De två olika alternativen innebär skiftande subjektspositioner för AS. Hon kan antingen positioneras likt en person som förväntas kontrollera att de varor hon tar emot motsvarar hennes förväntningar, eller likt en person som inte förväntas behöva ta ansvar för, eller ens ha kompetens, att genomföra en sådan kontroll. Oavsett vilket, kan emellertid konstruktionen av subjektspositionen sägas följa ur tolkningen av riskövergången. Det är förståelsen av rätten som konstruerar förståelsen av AS

snarare än att AS position påverkar förståelsen av rätten. AS placeras i den subjekt-position som är funktionell i förhållande till upplösningen av det rättsliga narrativet.

### 5.2.5. NJA 2011 s. 600 - Tandläkarmålet

NJA 2011 s. 600 redogjordes för i inledning av kapitel 1. Målet handlar om Å, som beställt en tandoperation av KI men som motsatt sig att betala eftersom han inte är nöjd med resultatet av operationen. Parterna är även oense om vad som avtalats mellan dem.

#### 5.2.5.1. Konsument utan lag

I Tandläkarmålet blir frågan om subjektpositionen framträdande på så sätt att Högsta domstolen samtidigt placerar den enskilde, Å, i en konsumentposition och i en icke-konsumentposition. I inledningen av Högsta domstolens domskäl framgår följande:

Å har ingått avtalet om tandvårdsbehandling i egenskap av fysisk person som handlat för ändamål som faller utanför näringsverksamhet. Motparten Karolinska Institutet har handlat för ändamål som hade samband med den egna näringsverksamheten. Partsställningen är således sådan att reglerna i konsumenttjänstlagen skulle ha varit tillämpliga om lagen hade omfattat också tandvårdstjänster. Även om konsumenttjänstlagen inte är tillämplig, kan den i vissa avseenden tjäna till vägledning för bedömning av parternas rättigheter och skyldigheter. Denna funktion kan lagen ha också för tandvårdstjänster, i vart fall när den bygger på vad som kan antas ge uttryck för allmänna obligationsrättsliga principer tillämpliga inom tjänsteområdet.

Högsta domstolen konstaterar att även om konsumenttjänstlagen inte är tillämplig kan den ändå "tjäna till vägledning". Att domstolen uttrycker sig på det sättet innebär att de därefter skulle få svårt att legitimera en lösning som helt bortser från att det finns ett obalanserat relationsförhållande mellan parterna. Domstolens till synes generella påstående, "kan den i vissa avseende tjäna till vägledning", får därmed en narratologiskt konkret funktion genom att det förhindrar resonemanget från att i fortsättningen behandla parterna som om de vore jämlika. Sekvensen leder alltså till en metonymi, det vill säga att de efterföljande sekvenserna kommer att beaktas i ljuset av att parternas relation är ojämlig. Jämför även alternativet att domstolen

presenterat Å och KI som 'avtalsparter', det vill säga en metafor i förhållande till *konsument – näringsidkare*, vilket hade inneburit andra syntagmatiska effekter samt även gett upphov till förändring av helhetsbilden för rättstvisten. Olika uttryck (metaforer) för parternas relation i förhållande till varandra medför alltså även paradigmatiska effekter för förståelsen av det rättsliga narrativet som helhet.<sup>760</sup>

Senare i domskålen konstaterar Högsta domstolen att Å inte är bunden av KI:s allmänna villkor, vilka stadgar att betalning ska göras i förskott, eftersom KI inte visat att dessa allmänna villkor varit tillgängliga för Å på ett tillräckligt tydligt sätt. I argumentationen om vad som krävs för att tydliggöra de allmänna villkoren betonas *konsument-näringsidkarrelationen*:

För villkor som inte varit föremål för individuell förhandling, d.v.s. villkor som konsumenten inte har beretts möjlighet att påverka, krävs att näringsidkaren vidtagit skäligen åtgärder för att uppmärksamma konsumenten på dem senast i samband med avtalsingäendet. [...].

Karolinska Institutet har inte påstått att Å informerats om betalningsvillkoren. Inte heller har Karolinska Institutet visat att Å hade anledning att vara medveten om förekomsten av allmänna villkor vid avtal om tandvårdsbehandling eller att betalningsvillkoren funnits tillgängliga i Karolinska Institutets lokaler på ett sådant sätt att Å haft anledning och möjlighet att ta del av dem. Å kan inte heller genom sitt handlande anses konkludent eller på annat sätt ha blivit bunden av Karolinska Institutets betalningsvillkor. Parterna kan därför inte anses ha avtalat särskilt om när betalning skulle ske.

Högsta domstolens resonemang utgår från att Å, trots att situationen som ska subsumeras inte kan inordnas under ett konsumenträttsligt regelverk, ändå ska behandlas utifrån en konsumenträttslig position. Domskålens positionering av Å som konsument beror då inte på att lagen positionerar Å som sådan, det är snarare den rättsutredande metoden, tolkningsläran, som bestämmer att Å är konsument på ett sätt vilket kan ses som en överordnad rättskälla i förhållande till konsumenttjänstlagen.<sup>761</sup> Här framkommer därmed ytterligare en typ av bestämning av subjektspositionen, vilken varken kan sägas vara förankrad inom en ideologi om det auto-

---

<sup>760</sup> Se avsnitt 2.4.1.3 avseende begreppen *syntagmatisk*, *paradigmatisk*, *metonymi* och *metafor*.

<sup>761</sup> Jfr Deleuze resonemang om jurisprudence som den mest relevanta, eller till och med enda, rättskällan (avsnitt 7.2.2.2). Deleuze, *L'abécédaire de Gilles Deleuze*, avec Claire Parnet (Paris: DVD editions Montparnase, 2004), se även i Mussawir, Edward (2011) s. 86.

noma subjektet eller förankrad i en skyddslagstiftning. Subjektspositionen följer snarare av diskursiva uttryck för den rättstillämpande metodologin. Det skulle därmed kunna tyda på möjliga öppningar i den rättsliga argumentationen. Öppningar som inte är förankrade i föreställningar om rättssubjektet och inte heller i någon konsumentskyddslagstiftning. Detta tyder enligt min mening på kognitiva öppningar i den rättsliga argumentationen som kan relateras till just *rättslig metodologi*. Detta är något jag återkommer till i avsnitt 7.2.2.2.



### 5.3. Rättslig och metodologisk överdeterminering

Avsnitt 5.2 kan ses som ett metodologiskt experiment avseende hur narratologiska läsningar kan användas för att studera subjektspositioner som tar sig uttryck i rättslig argumentation. Begreppet *överdeterminerade subjekt* bidrar här till att förstå hur det rättsliga narrativet förs framåt mot sin upplösning.

Exemplen från analysen av rättsfallsmaterialet visar prov på *rättslig* överdeterminering av subjektet i betydelsen att subjekten positioneras för att föra det rättsliga narrativet mot dess upplösning. Den position som då konstrueras i den rättsliga argumentationen är i flera fall ett uttryck för ett autonomt rättssubjekt. Men rättsfallsmaterialet visar även exempel på hur andra rättsliga positioner konstrueras för att föra narrativet mot sin upplösning. Eftersom det endast rör sig om några få exempel kan naturligtvis inte några generella resultat avseende subjektets överdeterminering i rättslig argumentation dras. Exemplen präglas emellertid av att parternas positioner i målet konstrueras som underordnad i förhållande till det rättsliga narrativet. Parternas subjekt kan därmed sägas vara *rättsligt* överdeterminerade, även om detta inte verkar betyda att de nödvändigtvis konstrueras som rättssubjekt i traditionell betydelse. Om det rättsliga narrativets upplösning så tillåter, kan subjektet även vara ekonomiskt oinsatt angående till vem betalningar görs eller slarvig med att undersöka nyinköpta dörarr.

Den narratologiska läsningen av rättslig argumentation i syfte att studera subjektets överdeterminering kan användas för att nyansera bilden av vilka positioner som är möjliga och vilka som inte är möjliga. Detta blir särskilt intressant i den mån spänningar uppstår mellan subjektspositionen i det rättsliga narrativet och subjektspositionen vilken framträder i de rättsregler som behandlas i det rättsliga narrativet. Ett exempel på detta utgörs av Preskriptionsmålet där AH, för att få tillgång till konsumentskydd, konstrueras som ett rationellt rättssubjekt i traditionell bemärkelse.<sup>762</sup>

Samma sak kan sägas gälla för R i Villareparationsmålet där rättssubjektet överdeterminerar parternas positioner vid tingsrättens bevisvärdering. Det vill säga, när tingsrätten gör övervägningar avseende vad parterna kommit överens om, görs detta utifrån överdeterminerade subjekt vilka präglas av ekonomisk rationalitet snarare än utifrån positioner som är individuellt bestämda för R respektive W.<sup>763</sup>

Frågan om subjektets överdeterminering är även intressant i förhållande till föreställningen om att tvisten *disponeras* av parterna. Exemplen kan närmast tyda på det omvända, det vill säga att rättstvisten *disponerar* över parterna.<sup>764</sup> Parterna är

---

<sup>762</sup> Se avsnitt 5.2.1.1.

<sup>763</sup> Se avsnitt 5.2.2.1.

<sup>764</sup> Angående målsättningen om parternas disposition av tvisten, se avsnitt 6.1.4.

emellertid fundamentala för den rättsliga argumentation på så sätt att endast det händelseförlopp, vilket kan kanaliseras genom parternas subjektspositioner, kan ta sig uttryck i den rättsliga diskursen.<sup>765</sup> Spänningar kan här uppstå, särskilt i förhållande till Högsta domstolens argumentation som i större utsträckning kan sägas ha en mer generell karaktär än underinstanserna. Även de mål som tas upp i Högsta domstolen av prejudikatsskäl utgörs av en tvåpartsprocess, vilket innebär att Högsta domstolens mer allmänna uttalanden måste kanaliseras genom parternas subjektspositioner. Detta skapar utmaningar i den mån domstolens allmänna överväganden rör sig bort från den förståelse av konkreta rättsfakta som parterna fört in i processen. Exempelvis avslutar Högsta domstolen i Hansamålet med att påpeka att Hansa inte tillfrågat MD om denne haft några invändningar mot skuldebrevet, trots att omständigheter kopplade till en sådan fråga inte förts i processen av vare sig Hansa eller MD.<sup>766</sup> Likaså behövde frågan om betalning gjorts till rätt borgenär klaras av, innan Högsta domstolen kunde gå vidare till att avgöra frågan av prejudikatvärde, det vill säga den om god tro. Också frågan om betalning behövde kanaliseras genom parterna, vilket vållade svårigheter eftersom MD, om han själv hade fått disponera över vilka händelser han skulle föra in i tvisten, hade påstått att han betalat till fel borgenär, vilket hade medfört att MD:s invändning om att Hansa var i ond tro hade saknat betydelse. MD behövde således positioneras på ett sätt så att hans försök att disponera konkreta rättsfakta lämnades utan avseende, för att nästa steg i den rättsliga prövningen, den om god tro, skulle bli aktuell.

De subjektspositioner för parter i domstolsprocessen, vilka lyfts fram i det förevarande avsnittet har, när de står i konflikt med de subjektspositioner som det rättsliga narrativet kräver, överdeterminerats av den rättsliga subjektspositionen. I rättsliga narrativ som landar i upplösningar, vilka skapats utifrån intriger som bygger på rättens funktion, rättens enhet, skyddsvärda intressen och metodval med mera, får parterna anpassa sig till de subjektspositioner narrativet kräver.<sup>767</sup> Rättsliga subjektspositioner kan inte omfatta mer än vad de rättsliga narrativen ger utrymme för.<sup>768</sup> Det skulle kunna påstås att människor utgör medel för att förverkliga det rättsliga blivandet i de exempel vilka studerats. Detta går även i linje med Burman och Anderssons kvantitativa undersökningar som, översatt till den narratologiska terminologin, visat att brottsoffrets subjektsposition, inom sexualbrott och mäns våld mot kvinnor, utgör ett medel för att leda argumentationen mot det rättsliga narrativets

---

<sup>765</sup> Frågan om omständigheten att den rättsliga argumentationens anknytning till parterna bör beaktas av rättsvetenskapen har diskuterats tidigare, se Gräns, Minna (2013b) s. 33. Strömholm är av uppfattning att rättsvetenskapen ska bortse från det så kallade 'partsperspektivet', se Strömholm, Stig (1996) s. 402-403.

<sup>766</sup> Se avsnitt 5.2.3.

<sup>767</sup> Jfr Mussawir, Edward (2011) s. 24-25.

<sup>768</sup> Jfr Gustafsson, Håkan (2011) s. 131: "[R]ättssubjektet [kan inte] omfatta mer än vad rättssystemet innehåller och tillåter: det kan inte spränga ramarna för rätten själv."

upplösning, vilket i dessa processer handlar om att bestämma gärningsmannens ansvar.<sup>769</sup>

Samtidigt är detta kanske inte särskilt förvånande. Det rättsliga narrativet handlar inte om subjektet. Det rättsliga narrativet handlar om rätten. Det är berättelser om rätten som, gång på gång, artikuleras inom den rättstillämpande diskursen. Rätten är berättelsens huvudkaraktär och parterna har endast biroller.<sup>770</sup> Jag får här anledning att påminna om Mrs G. som jag redogjorde för i kapitel 2. Inför den stundande rättegången informerade Mrs. G:s ombud White henne om att hon hade att välja mellan två möjliga berättelser, vilka båda kunde leda till den rättsföljd hon sökte. Den första berättelsen handlade om handläggarens missvisande information avseende avräkningen och den andra om att Mrs. G verkligen behövde pengarna, exempelvis för att barnens skor verkligen var utslitna och att de därmed var i stort behov av nya skor. De subjektspositioner som erbjöds Mrs. G var således att *antingen* inta en position där hon hade svårt att förstå systemet och där missvisande information ledde till att hon tappade möjligheten att fatta ekonomiskt rationella beslut, *eller* en subjektsposition som innebar att Mrs. G betonade sin ekonomiskt utsatta situation. När rättegången väl hölls var inte någon av dessa subjektspositioner acceptabla för Mrs. G. Hon valde att låta sin egen självförståelse vara vägledande för hur hon beskrev sin situation, vilket i och för sig knappast kan anses vara irrationellt i förhållande till en ideologisk grundhållning om att rättssystemet utgör ett verktyg för samhällets medborgare. I rättegången vägrade därför, som bekant, Mrs. G att anklaga handläggaren för felaktig myndighetsutövning och berättade istället att hon var osäker på om hon alls hade tagit upp frågan om försäkringsersättning med handläggaren. När det gällde behovet av nya skor till barnen berättade hon att de redan hade fullt funktionella skor och att de senaste inköpen handlade om att skaffa lite finare söndagsskor.

White tolkar agerandet av Mrs. G som en berättelse om självkontroll och självbild. Mrs. G var inte intresserad av att utgöra en utsatt person som på grund av ett misstag från myndigheternas sida fick tillgång till extra pengar. Och när det gällde vilka behov som var viktiga ville hon själv ha mandatet att avgöra sådana frågor. Att köpa nya söndagsskor kunde visst utgöra en åtgärd i förhållande till ett viktigt behov:

When Mrs. G talked about Sunday shoes, she was talking about a life necessity. For subordinated communities, physical necessities do not meet the minimum requirements for human life. Rather, subordinated groups must create cultural practices through which they can elaborate an autonomous, oppositional consciousness. Without shared ritual for sustaining their survival and motivating their resistance, subordinated groups run the risk

---

<sup>769</sup> Andersson, Ulrika (2004), Burman, Monica (2007), se avsnitt 5.1.2.2.

<sup>770</sup> Engelskans 'supporting actor' gör metaforen än mer slående.

of total domination – of losing the will to use their human powers to subvert their oppressors control over them.<sup>771</sup>

Mrs. G ville inte låta sin egen subjektspostion definieras av rätten. Hon vägrade att finna sig i de rättsliga narrativ som fanns tillgängliga, eftersom inget av dem var värt kostnaden det skulle innebära för livets mer avgörande berättelser. Frågan är om samma sak kan sägas om något av subjekten i rättsfallen som redogjorts för i min analys? I rättsfallsmaterialet finns det indikatorer på subjektspostioner och narrativ som likt Mrs. G inte låter sig inordnas i rättsliga subjektspostioner. Dessa skapar emellertid viss förvirring och dissonans mellan parterna i den kontradiktoriska civilprocessen. Detta är något jag kommer att behandla närmare i kapitel 6.

När det gäller de positioner som konstrueras för domstolen har jag tagit upp två exempel i rättsfallsanalyserna. Dessa är intressanta på så sätt att i det fall där ett aktivt subjekt framträder, i hovrättens domskäl, görs detta i samband med en bedömning som inte motiveras. ”Till en början anser hovrätten att fordran gäller en sådan nyttighet som avses i 2 § andra stycket preskriptionslagen.”<sup>772</sup> En motivering behövs tydligen inte för att göra den rättsliga argumentationen legitim, vilket bidrar till en föreställning om den rättsliga metodologin som autonom och självklar. Läsaren behöver inte känna till de närmare motiven utan kan förutsätta att dessa är förankrade i den rättsliga metoden.

I Hansamålet däremot är argumentationen av en semi-autonom karaktär och överväganden avseende vad som händer på finansmarknaden spelar in för hur skuldebrevslagen ska tolkas. Detta i syfte att skapa ett så effektivt finansinstitut som möjligt. Här, där domskälen i stor utsträckning präglas av normativa överväganden, är domstolens subjektspostion helt passiv.<sup>773</sup> Domstolens subjektspostioner kan sägas vara överdeterminerade eftersom det inte går att upprätthålla en föreställning om autonom och objektiv ’intern’ metodologi och samtidigt öppna upp för semi-autonoma ’externa’ överväganden. I Hansamålet är det rättsliga narrativet uppbyggt kring ett narrativ som följer en autonom förståelse av rättstillämpning. Domskälen inleds med presentation av sakförhållanden, vilka följs av en presentation av rättsreglerna och som avslutas genom att sakförhållandena subsumeras under rättsreglerna. Upplägget skapar syntagmatiska effekter, vilka medför att den rättsliga argumentationen framstår som en tvåpartsprocess där domstolen passivt tillämpar (existerande) normer på fakta som åberopats av parterna. En närmare läsning av Hansamålet visar dock att argumentation i hög grad påverkar både förståelsen av skuldebrevslagen och av de fakta parterna fört in i processen. Detta döljs emellertid av den passiva och traditionella subjektspostion domstolen intar i domskälen. Detta skulle kunna betecknas som en typ av *metodologisk* överdeterminering av domstolens

---

<sup>771</sup> White, Lucie E. (1990) s. 167-168.

<sup>772</sup> Se avsnitt 5.2.1.3.

<sup>773</sup> Se avsnitt 5.2.3.2.

subjektsposition, det vill säga att föreställningen om en autonom metodologi läser domstolens subjektsposition och döljer de positioner där domstolen producerar och utvecklar normer samt självständigt lägger tillrätta tvistens händelseförlopp.

Rättsfallsanalyserna ger exempel på hur subjektspositionerna i målen är underordnade och överdeterminerade av olika typer av rättsliga representationer. Som jag nämnde tidigare är parternas subjektspositioner samtidigt helt avgörande. Det rättsliga narrativet är beroende av att kunna relatera händelser och tolkning av rätten genom parternas subjektspositioner. Utan subjektspositioner har det rättsliga uttrycket inte någonstans att ta vägen. Det innebär även att det ligger en potentialitet inbakad i subjektspositioner. Exempelvis innebär Mrs. G:s vägran, att låta sig inbäddas i ett rättslig narrativ, även ett effektivt hinder mot det rättsliga narrativets produktion. Utan Mrs. G. inget rättsligt narrativ. Samma sak gäller parterna i målen som analyserats här. Om inte Å hade klagat på det ”värkande lilla aset” hade inte den rättsliga representationen om ”tillämpligheten av näringsidkarens allmänna villkor och om betydelsen för betalningsskyldighetens inträde av överenskommelsen om att tjänsten skulle göras om” blivit möjlig.<sup>774</sup> Det är emellertid först när den rättsliga praktiken förstås genom sitt *uttryck*, parternas potentiella makt, som bärare av det rättsliga narrativet, blir synlig. Jag återkommer till detta i kapitel 7.

Jag vill här återigen påminna om att begreppet *överdeterminerade subjekt* utgör ett metodologiskt begrepp som medför artikuleringar inom en uttrycksdiskurs. Det innebär att subjektspositionerna inte gör anspråk på att representera parterna och domstolen i bemärkelsen att det skulle handla om att nå kunskap om vilka de *är* bortom deras språkliga betecknande. Istället är det, precis som med rättsliga entymem, här fråga om ett metodologiskt begrepp vilket kan användas för att studera *hur* parternas subjektspositioner bidrar till rättens uttryck, till det rättsliga blivandet. Det är därmed även av vikt att den narratologiska begreppsapparaten kompletteras med en uttrycksdiskurs eftersom de narratologiska begreppen annars riskerar att enbart förstås som alternativa representationer av rätten när de istället syftar till att utgöra verktyg för att studera rättens ständiga blivande genom dess användning.

---

<sup>774</sup> Dessa passager av Tandläkarmålet är refererade i kapitel 1.1 och återkommer i kapitel 6.2.3.





## 6. Narrativdissonans:

### Synliggörandet av kontradiktionens svårigheter

Jag har i kapitel 4 redogjort för de teoretiska och praktiska implikationerna av processrättsliga representationer, såsom rättsfakta, när de sätts i relation till rättsliga entymem. I kapitel 5 har jag redogjort för de processrättsliga subjektens överdeterminering samt hur olika typer av subjektpositioner bidrar till att föra det rättsliga narrativet framåt. I kapitel 6 kommer jag att fokusera på hur processrättsliga representationer förhåller sig till parternas och domstolens möjligheter att i text förstå och bemöta varandras argumentation. Detta genom begreppet *narrativdissonans*, vilket utgör det tredje och sista av de metodologiska begrepp avhandlingen huvudsakligen syftar till att utveckla.

Inom den dispositiva tvistemålsprocessen utgör kontradiktion en grundläggande princip.<sup>775</sup> Processens legitimitet bygger på att parterna får möjlighet att höra varandras argument samt bemöta dem. Jag kommer i det följande att illustrera hur skriftväxling och argumentation kring 'samma' omständigheter kan utgöra delar av disparata narrativ vilket leder till olika föreställningar om vad som utgör konkreta rättsfakta och hur rättstillämpning ska genomföras. Jag kommer, annorlunda uttryckt, att illustrera hur de rättsliga narrativen ska nå sin upplösning.

I narratologiskt hänseende kan en skriftväxling kring samma händelser se mycket olika ut. Parternas berättelser, och även domstolens, riskerar då att bli såpass skiftande att skriftväxlingen inte innebär att argument ställs mot varandra, utan istället framstår argumentationslinjerna helt parallella i förhållande till varandra. När de skiftande narratologiska uppläggen inte berörs av parterna blir möjligheten att vederlägga varandras argumentation ointetgjord. Istället för att skriftväxlingen kännetecknas av kontradiktion uppstår dissonans, narrativdissonans. I den mån narrativdissonansen blir alltför omfattande är det inte längre adekvat att tala om en kontradiktorisk rättegång.

Detta har inte bara betydelse för förståelsen av kontradiktionsprincipen utan även för parternas möjlighet att disponera över tvisten (dispositionsprincipen) och

---

<sup>775</sup> Se avsnitt 6.1.6. Kontradiktionsprincipen följer framförallt av Europakonventionen § 6 och "rätten till en rättvis rättegång" men ligger även till grund för hur rättegångsbalken är uppbyggd. Angående att kontradiktion utgör en grundläggande princip se Lindell, Bengt (2007) s. 180, Westberg, Peter (2012) s. 133, Maunsbach, Lotta (2015) s. 28-30 och Ervo, Laura (2014) s. 617-618. Se även NJA 2006 s. 394.



möjligheten för kollektiva intressen att få inflytande över parternas konflikt (officialprincipen). Dessa grundläggande processprinciper, och andra grundläggande ramar för dispositiva tvistemål i allmän domstol, kommer därför att presenteras närmare och det är även i förhållande till de grundläggande processrättsliga principerna som rättsfallsanalyserna avseende narrativedissonans kommer att kretsa.

## 6.1. Civilprocessuella begrepp och principer

Av själva benämningen *dispositiva* tvistemål antyds att dessa typer av rättsprocesser lämnar utrymme för parterna att själva välja vad processen ska handla om och hur rättegången ska fortskrida, det vill säga att parterna ges utrymme att bestämma över, *disponera*, rättsprocessen. Vad är det då parterna har rätt att disponera över och på vilket sätt kommer denna dispositionsrätt till uttryck i rättslig argumentation? För att kunna diskutera detta behövs först några korta introducerande ord om grundläggande processrättsliga koncept såsom *saken* och *processmaterial*.<sup>776</sup>

### 6.1.1. Saken

Föremålet för en rättslig tvist i allmän domstol betecknas i rättegångsbalken för *saken*. ”Rättens avgörande av *saken* sker genom dom” står det i RB 17 kap. 1 §. Enligt *Rättegång, första häftet* utgörs *saken* ”av frågan om käromålet skall helt eller delvis bifallas eller om det i stället skall ogillas”.<sup>777</sup> Det handlar således både om frågan hur händelseförloppet bakom en rättstvist ska förstås och bevisas samt om hur rättsreglerna, vilka aktualiseras av tvisten, ska förstås.<sup>778</sup> I kapitel 4 har vid flera tillfällen begreppen *rättsfrågan* och *sakfrågan* nämnts, och dessa tillhör enligt Ekelöf, båda *saken* (trots att det vid en första anblick kan antas att bara *sakfrågan* skulle tillhöra *saken*).<sup>779</sup> I doktrinen finns det emellertid skiftande åsikter om hur *saken* ska förstås. Olivecrona definierar *saken* som yrkandet och det åberopade saksammanhanget i förening, vilket skiljer sig från Ekelöf som främst fokuserar på rättsföljden.<sup>780</sup>

---

<sup>776</sup> Det kan tyckas vara sent att presentera så centrala processrättsliga begrepp först i kapitel 6. Detta är emellertid en effekt av att avhandlingen inte följer en processrättslig disposition. Den samlade bilden av mina processrättsliga utgångspunkter återfinns i avsnitt 4.1, 5.1 samt 6.1.

<sup>777</sup> Ekelöf, Per Olof et al. (2016) s. 46.

<sup>778</sup> Ekelöf, Per Olof et al. (2016) s. 46. På engelska kallas *saken* ofta för 'the issue', på tyska för 'der streitgegenstand', på norska för 'kravet' och på danska för 'realiteten' (det sistnämnda i relation till 'formaliteten' som avser processhinder), Ekelöf, Per Olof et al. (2016) s. 46, fotnot 130.

<sup>779</sup> Ekelöf, Per Olof et al. (2016) s. 47.

<sup>780</sup> Olivecrona, Karl (1966) s. 263, Ekelöf, Per Olof & Edelstam, Henrik (2002) s. 43ff, Lindell, Bengt (2012) s. 341.

Dessa nyansskillnader för hur saken ska förstås är dock inte särskilt viktiga för min egen framställning. De huvudprinciper jag här vill lyfta fram handlar om att domstolen inte får döma över någon annan sak än den parterna presenterat för domstolen. Inte heller får domstolen döma över en sak som, vid något annat tillfälle eller i en annan domstol, redan prövats.<sup>781</sup> Det sätt saken definieras på har därmed stor betydelse i rättssamhället. Oavsett nyansskillnaderna i definitionen av saken kan åtminstone sägas att de processrättsliga representationer, vilka beskrivits i kapitel 4 som konkreta rättsfakta, abstrakta rättsfakta, bevisfakta, preciserande normfakta, rättstillämpningsfakta med mera, kan sägas vara viktiga begrepp för att förstå och representera saken. Att dessa representationer, det som tidigare benämnts som *den etablerade processrättsliga diskursen vilken kretsar kring nodalpunkten rättsfakta*, är viktiga inom processrätten, framgår med tydlighet av följande uttalande från Lindell:

Processrätten har ambitionen att inte bara kunna benämna alla fakta som hör till den händelse som skall bedömas, utan också benämna de fakta som används vid själva bedömningen av de fakta som hör till det omtvistade händelseförloppet. Det får helt enkelt inte finnas några fakta som inte har något namn. Avsaknaden av en benämning kunde förhindra, allvarligt försvåra eller störa användningen av det system av regler och principer som skall tillämpas på olika slags fakta; fakta måste först identifieras och ges en beteckning innan principerna kan anbringas. Att olika regler och principer skall tillämpas på olika slags fakta är alltså en väsentlig del av förklaringen till att det finns så många olika slags fakta.<sup>782</sup>

Det Lindell uttrycker är att representationer av verkligheten i fakta utgör en förutsättning för rättstillämpning. Av citatet menar emellertid även Lindell att det krävs fakta för att kunna förstå "själva bedömningen av de fakta som hör till det omtvistade händelseförloppet". Lindell avser härmed exempelvis *rättstillämpningsfakta, preciserande normfakta, tolkningsfakta*. Det är dock oklart varför en förståelse av rättstillämpningen nödvändigtvis måste sorteras som just "fakta".

För egen del anser jag att uttryck såsom preciserande normfakta och rättstillämpningsfakta är missvisande eftersom de ger sken av att det skulle finnas en existerande representation av rätten vars bild går att förfina med olika typer av fakta.

---

<sup>781</sup> Domens *rättskraft* innebär att en part ska kunna lita på att en tvist vilken är avslutad verkligen är avslutad och att motparten inte kan väcka tvisten till liv igen genom en ny talan om samma sak, *res judicata*. Att en talan inte får väckas vid en domstol, när det redan pågår en tvist om samma sak vid en annan domstol, brukar benämnas *litispensens*, se RB 17 kap. 11 § 3 st. och 13 kap. 6 §, Lindell, Bengt (2012) s. 342ff och 365ff samt Ekelöf, Per Olof, Bylund, Torleif & Edlestam, Henrik, *Rättegång, tredje häftet* (7 uppl.). Stockholm: Nordstedts juridik, 2006 s. 171ff och 265ff.

<sup>782</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 23.

Detta föranleder i sin tur att subjektet, som påstår något om rättsregler och som påstår något om hur dessa ska förstås i en viss situation, hamnar i bakgrunden samt att illusionen om rättens permanens och koherens upprätthålls på bekostnad av en förståelse av dess ständiga tillblivelse.

### 6.1.2. Processmaterialet

Den information, eller de representationer, för att använda den terminologi som introducerats i kapitel 3, vilka utgör beslutsunderlag i en tvist kallas ibland för *processmaterial*.<sup>783</sup> Lindell delar in processmaterialet i en domstolsprocess i en 'synlig' del och en 'osynlig' del. Med 'osynlig' menar han att det finns ett antal processrättsfakta som spelar roll men, enligt rättegångsbalken, inte uttryckligen måste presenteras som en del av processmaterialet och vilka domstolen kan ta hänsyn till i sitt övervägande även utan att omnämna dem.

Den mest grundläggande processhandlingen, vilken initierar saken och ger information om vilket processmaterial som kan komma att bli aktuellt, utgörs av *yrkandet*. Yrkandet består i ett uttalande om att domstolen ska besluta om en viss rättsföljd, till exempel skadestånd med ett visst belopp, eller att domstolen ska fastställa att parterna har ingått ett avtal med det ena eller andra innehållet. Till grund för yrkandet kan en part åberopa omständigheter, konkreta rättsfakta, vilka motiverar varför parten har rätt till det som yrkats. Exempelvis kan käranden, i ett tvistemål om skadestånd, som konkreta rättsfaktum anföra att motparten genom handlingen, si och så på en bestämt plats, och vid en bestämd tid, har orsakat en skada för käranden. Sådana konkreta rättsfakta, omnämns som *omständigheter* i RB 17 kap. 3 § och har funktionen att de "ensamt eller i förening med andra rättsfakta leder fram till rättsföljden". Omständigheterna måste tydligt anges av parterna i målet (både käranden och svaranden) vilket brukar kallas för *åberopanden*.<sup>784</sup> De fakta, vilka i sin tur används för att ge stöd åt de konkreta rättsfaktumen, brukar betecknas som *bevisfakta* eller *hjälpfakta* (se kapitel 4). Dessa behöver inte åberopas av parterna utan det räcker att de är *införda* som processmaterial.<sup>785</sup>

Lindell har presenterat olika typer av processrättsliga representationer för dispositiva tvistemål i en tabell enligt följande.<sup>786</sup> Förutom *notoriska* fakta, vilka jag snart återkommer till, har dessa olika typer av processrättsliga representationer presenterats i kapitel 5.

---

<sup>783</sup> Lindell, Bengt (2012) s. 82.

<sup>784</sup> Ekelöf, Per Olof et al. (2016) s. 41.

<sup>785</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 34.

<sup>786</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 34.

Figur 5. Lindells processrättsliga fakta

	Åberopas	Införas	Omnämns
Rättsfakta (konkreta)	Ja	Ja	Ja
Bevisfakta	Nej	Ja	Nej
Hjälpfakta	Nej	Ja	Nej
Erfarenhetssatser	Nej	Nej	Nej
Tolkningsfakta	Nej	Nej	Nej
Preciserande normfakta	Nej	Nej	Nej
Notoriska fakta	Nej	Nej	Nej

Det bör här påpekas att icke-omnämnda fakta enligt Lindells terminolog, inte är detsamma som rättsliga entymem, eftersom entymemen inte gör anspråk på att representera något bortom den narratologiska dimensionen av den rättsliga argumentationen, det vill säga, entymemen utgör ett verktyg för att undersöka vad som för det rättsliga narrativet framåt snarare än att representera fakta i målet.<sup>787</sup>

Utifrån de typer av fakta vilka framgår i tabellen, jag kommer framöver att benämna dem som representationer, för Lindell ett resonemang om i vilken mån parterna bör få möjlighet att ta del av varandras representationer. Han frågar sig om alla representationer, som kan komma att få betydelse i ett mål, bör kommuniceras till motparten och domstolen, eller om det bara är de representationer, som enligt vissa former måste införas i processen, som bör kommuniceras.<sup>788</sup> Exempelvis utgör, enligt Lindell, slutledningar utifrån presenterade fakta eller de effekter för förståelsen av fakta som subsumtionen medför, inte en typ av representation av fakta som blir synliggjord mellan parterna eller i domstolens argumentation.<sup>789</sup> Det är därmed inte nödvändigt att alla representationer som har betydelse i målet påtalas under rättegången. Möjligheterna till kontradiktion och till ömsesidig förståelse av processmaterialet startar på så sätt i uppförbacke. Jag återkommer till detta. Innan dess ska jag kort presentera de grundläggande principer som sätter ramarna för den skriftliga rättsliga argumentationen i dispositiva tvistemål. Att jag fokuserar på skriftlig argumentation innebär att jag inte kommer att behandla de centrala principerna för huvudförhandlingen; muntlighetsprincipen och omedelbarhetsprincipen.<sup>790</sup>

<sup>787</sup> Erfarenhetssatser, tolkningsfakta, preciserade normfakta och notoriska fakta kan emellertid, precis som andra processrättsliga representationer, ta form som rättsliga entymem om de används som rättsliga entymem.

<sup>788</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 37.

<sup>789</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 36ff.

<sup>790</sup> Angående dessa se Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Heuman, Lars (2009) s. 27ff. I korthet kan *omedelbarhetsprincipen* sägas bestå i att domen inte får grundas på något annat än det som

### 6.1.3. Notoriska fakta

Enligt RB 35 kap. 2 § 1 st. krävs inte någon bevisning för det som är "allmänt veterligt". Omständigheter som är allmänt veterliga burkar även benämnas *notoriska fakta*. Sådana omständigheter kan bestå av konkreta fakta såsom att Göteborg ligger i Sverige eller att Socialdemokraterna är ett riksdagsparti. Det kan också handla om mer generella erfarenhetssatser såsom att en person handlar i en livsmedelsbutik genom att plocka till sig varor i butiken och bära dem till kassan för betalning, eller att det i en snickares arbetsuppgifter ingår kroppsarbete. Enligt Ekelöf kan även erfarenhetssatser om verklighetens beskaffenhet vara notoriska i den mening att alla känner till dem av egen livserfarenhet.<sup>791</sup> Att en porslinsvas kan gå sönder av att den tappas i golvet, att människor är dödliga eller att färsk frukt blir dålig om den ligger framme i flera veckor, skulle exempelvis kunna utgöra exempel på sådana notoriska erfarenhetssatser. Notoriska fakta får emellertid, på grund av att det i dispositiva mål är parterna som bestämmer ramarna för tvisten, inte dras alltför långt. Lindell uttrycker detta som att det måste vara fråga om 'fundamentala omständigheter'.<sup>792</sup> Till fundamentala omständigheter räknas även än mer grundläggande förhållningssätt till verkligheten. Lindell citerar Steven Pinker:

You know when Irving puts in the car, it is no longer in the yard. When Edna goes to church, her head goes with her. If Doug is in the house, he must have gone in through some opening unless he was born there and never left. If Sheila is alive at 9 A.M. and is alive at 5 P.M., she was also alive at noon. Zebras in the Wild never wear underwear.<sup>793</sup>

---

förekommit vid rättegången och *muntlighetsprincipen* sägas bestå i att både bevisning och annan framställning vid huvudförhandlingen som huvudregel ska föredras muntligt.

<sup>791</sup> Ekelöf, Per Olof & Boman, Robert (1992), Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Heuman, Lars (2009) s. 281. Utöver "allmänt veterliga omständigheter" talas i förarbetena till RB 35 kap. 2 § även om så kallad *domstolsnotoritet*, vilken består i sådant som "domaren i sin ämbetsutövning omedelbart iakttagat". Det kan handla om iakttagelser domaren gjort tidigare i målet eller i något annat mål eller ärende som rör parterna. Enligt Ekelöfserien måste dessa omständigheter tas upp vid huvudförhandlingen men de måste inte bevisas på samma sätt som omständigheter vilka förs in av parterna, Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Heuman, Lars (2009) s. 60-61.

<sup>792</sup> Lindell, Bengt (2012) s. 460.

<sup>793</sup> Lindell, Bengt (2012) s. 460, hämtat från Pinker, Steven, *How The Mind Works*. New York: Norton, 1997 s. 13-14.

Dessa exempel visar att utan antaganden om notoriska representationer (eller *notoriskt kända skript* i enlighet med en narratologisk terminologi) hade den rättsliga argumentation varit i princip omöjlig.

Omvänt framhåller Kallenberg att om en part framför argument eller medgivanden som är 'omöjliga' kan de lämnas utan avseende.<sup>794</sup> Domstolen skulle till exempel kunna bortse från medgivanden där svaranden godtar att en skada inträffat på grund av dennes utövande av magi, eller att en skada uppstått till följd av planeternas unika rörelsemönster i förhållande till varandra vid en viss tidpunkt. Det är även viktigt att hålla isär, framhåller Kallenberg, vad som är notoriskt och vad som ska åberopas. Ett konkret rättsfaktum, vilket ligger till grund för en parts talan, måste åberopas även om det utgörs av ett notoriskt faktum.<sup>795</sup>

Ett annat sätt för representationer av verkligheten att bli en del av processmaterialet, även utan bevisföring, är att en part medger (vitsordar) en motparts påstående. Om svaranden vitsordar att käranden lidit skada om 300 000 kronor behöver således käranden inte föra någon bevisning om detta. Enligt Heuman kan dock inte bevisvärderingsfrågor vitsordas. Det betyder att en generell erfarenhetssats, som inte är notorisk, såsom 'en kontrabas riskerar att spricka vid låg luftfuktighet', inte kan utgöra en representation av verkligheten som parterna fritt kan disponera över.<sup>796</sup>

Slutligen bör kanske även påpekas att vad som anses vara notoriskt i en rättegång är relativt till tiden och platsen för rättegången.<sup>797</sup> Att Brunnsparken är tungt trafikerad av spårvagnar utgör ett notoriskt fakta i Göteborgs tingsrätt men kanske inte i Värmlands tingsrätt. Vidare är det nog år 2017 notoriskt att Swish är en typ av betalningsapplikation men detta kommer antagligen inte att vara ett notoriskt faktum år 2045, och det var inte heller notoriskt år 2015.

För den narratologiska undersökningen om huruvida det föreligger narrativedissonas mellan parterna är det viktigt att påpeka att olika föreställningar om notoriska fakta, om de förstås som rättsliga entymem, kan föra det rättsliga narrativet mot olika upplösningar. Notoriska fakta kan därmed, precis som andra outtalade processrättsliga representationer, ta form som rättsliga entymem om de *används* som rättsliga entymem.

---

<sup>794</sup> Kallenberg, Ernst (1927-1939) s. 602.

<sup>795</sup> Kallenberg, Ernst (1927-1939) s. 605ff.

<sup>796</sup> Heuman, Lars, "Vilka rättsverkningar har processhandlingar som åklagaren företar till förmån för den åtalade", *Svensk Juristtidning*, 1982/1 (1982), 353-381 s. 371, Lindell, Bengt (2012) s. 462.

<sup>797</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 61.

#### 6.1.4. Dispositionsprincipen

Dispositionsprincipen har sitt ursprung i 1800-talets Tyskland, vilket den för övrigt har gemensamt även med officialprincipen, kontradiktionsprincipen och idén om rättstillämpning genom subsumtion. Dessa principer har sedan blivit starkt präglade av den första halvan av 1900-talets logiska positivism, vilken i stor utsträckning även har påverkat den skandinaviska rättsrealismen.<sup>798</sup> Det som inte går att iaktta eller mäta kan inte tillmätas betydelse i en rättsprocess eller över huvud taget inom ett juridiskt sammanhang.<sup>799</sup> Det är förmodligen även denna rörelse som fått till följd att den processrättsliga logiken i så stor utsträckning präglas av kategoriseringar av processmaterialet i olika typer av 'fakta'.<sup>800</sup>

Dispositionsprincipen och kontradiktionsprincipen, vilka kommer att behandlas i det förevarande kapitlet, kan båda ses som ett utslag av en mer generellt formulerad princip, nämligen förhandlingsprincipen.<sup>801</sup> Den sistnämnda samlar alla de bestämmelser som handlar om hur parterna lämnas utrymme till egna initiativ inom ramen för processen, vilket kan ställas i kontrast till officialprincipen, som handlar om aktiviteter initierade av domstolen.<sup>802</sup>

Enligt Lindell har inflytandet över processmaterialet växlat mellan domstolen och parterna under 1900-talet. Under första hälften av 1900-talet präglades processmaterialet av ett relativt stort inflytande från domstolens sida. "Domstolarna representerade fortfarande en överhöghet, en auktoritet, som enskilda och deras ombud hade stor respekt för."<sup>803</sup> Först på 70-talet kom denna auktoritet att på ett mer grundläggande sätt ifrågasättas. Samma tid präglades även av en utveckling av välfärdsstaten och därmed kom dispositionsprincipen att få stå tillbaka för olika typer av handlingsdirigerande välfärdsprogram. Ovanpå detta har sedan 70-talet och framåt vetenskapsfilosofiska teoribildningar, exempelvis genom 'den språkliga vändningen', i allt större grad ifrågasatt möjligheten att på ett neutralt sätt representera

---

<sup>798</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 156.

<sup>799</sup> Wacks, Raymond (2015) s. 177-178.

<sup>800</sup> Jfr Lindell, Bengt (2007) s. 156. Lindell lyfter fram att även koncentrations-, omedelbarhets-, och muntlighetsprinciperna samt den fria bevisprövningens princip hänger samman med den logiska positivismen. "Den fria bevisprövningens princip utarbetades och infördes under den logiska positivismens "storhetstid" och är, kan man säga, ett barn av denna tids syn på kunskap och hur man vinner kunskap. Idag har denna syn mer och mer ersatts av andra vetenskapsideal. Sanningen torde även i domstol antas ha blivit något mer subjektivt och personligt färgat och något som är mindre viktigt", Lindell, Bengt (2007) s. 157.

<sup>801</sup> Detta är dock i viss mån omtvistat se Ekelöf, Per Olof et al. (2016) s. 61 fotnot 180 och Westberg, Peter (2012) s. 133ff.

<sup>802</sup> Ekelöf, Per Olof et al. (2016) s. 74. Se avsnitt 6.1.5.

<sup>803</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 156-157.

verkligheten, vilket också det påverkat processmaterialet.<sup>804</sup> De senaste decennierna har även präglats av en osäkerhet kring i vilken mån det finns utrymme att upprätthålla de välfärdsstatliga inslagen i rättsprocessen.<sup>805</sup> När den offentliga sektorn minskat har partsinflytandet ökat och vice versa.<sup>806</sup> Härutöver har användningen av alternativa tvistlösningsinstitut ökat i stor omfattning de senaste 20 åren, vilket ytterligare inneburit att civilprocessen befinner sig i ett landskap som präglas av stor variation och få säkra, eller konstanta, utgångspunkter när det gäller vem, och vilka intressen, som ska prägla processmaterialet.<sup>807</sup> Denna underliggande polyvalens, vilken balanserar mellan exempelvis autonomi och skyddsbehov, har även visat sig i de narratologiska rättsfallsanalyserna som presenterats i kapitel 4 och 5.

Med dispositionsprincipen avses, vilket redan nämnts, att processen präglas av parternas rätt att bestämma över vad rättegången ska handla om.<sup>808</sup> Detta tar sig bland annat uttryck i rättegångsbalken genom att ”dom ej må givas över annat eller mera, än vad part i behörig ordning yrkat” (RB 17 kap. 3 §), att målet kan avgöras genom förlikning (RB 17 kap. 6 §), att svarandens medgivande medför att en dom i enlighet med medgivande omedelbart ska skrivas (RB 42 kap. 18 §) eller att en parts utevaro leder till tredskodom (RB 4 kap. 2 och 4 §§). Dessutom kan parterna helt undvika att processa i allmän domstol genom att istället komma överens om att tvisten ska hanteras enligt lagen om skiljeförfarande där möjligheterna att disponera över tvisten är än mer omfattande.

Dispositionsprincipens huvudpoäng är alltså att det är parterna som disponerar över vilka representationer av verkligheten, vilka fakta, som ska prövas i förhållande till rättsreglerna. Dispositionsprincipen är således även intimt sammankopplad med subsumtionsprincipen och bygger på den vetenskapsfilosofiska idén om att fakta och rätt kan hållas isär och att beskrivningar fria från *rättsliga* värderingar är möjliga att åstadkomma. Sådana beskrivningar utgör den rättsliga undersatsen för juridiska slutledningar genom subsumtion.<sup>809</sup>

Westberg lyfter fram fyra aspekter som präglar parternas möjlighet att disponera över rättegången i civilprocessmål:

- Det är en part (individen) och inte en domare (det offentliga samhället) som får ta *initiativ till en rättegång* inför en domstol.

---

<sup>804</sup> Jfr Lindell, Bengt (2007) s. 157. Angående olika typer av språklig kritik gentemot representationsidealet se Binder, Guyora & Weisberg, Robert (2000).

<sup>805</sup> Se exempelvis Vahlne Westerhäll, Lotta (2002) och Gustafsson, Håkan (2005).

<sup>806</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 157.

<sup>807</sup> Angående framväxten av alternativa tvistlösningsmetoder se Westberg, Peter (2012), Lindell, Bengt, *Alternativ rättskipning eller alternativ till rättskipning*. Uppsala: Iustus, 2006 och Diesen, Christian (2011).

<sup>808</sup> Ekelöf, Per Olof et al. (2016) s. 61.

<sup>809</sup> Se mer om detta i kapitel 4.



- Det är den part som tar initiativ till rättegången och inte domaren som bestämmer *vem som ska utpekats som parter* i rättegången.
- Det är parterna och inte domaren som bestämmer vilken *konflikt* som dras till rättegång och vilka specifika *tvistefrågor* som konflikten omfattar och som parterna begär domarens svar på.
- Det är parterna och inte domaren som bestämmer med hjälp av vilka *bevis* som domaren ska reda ut vilka av parternas åberopade fakta som ska läggas till grund för domen och tillämpningen av de civilrättsliga reglerna.<sup>810</sup>

Men samtidigt är det viktigt att påpeka att om en tvist väl initierats följer vissa konsekvenser av detta, vilka innebär att parterna släpper ifrån sig dispositionsrätten över hur de representationer av verkligheten, som lämnats till domstolen, ska förstås. Andersson påpekar att domen i ett tvistemål *träder in istället* för de omständigheter parterna fört in i målet.<sup>811</sup> I och med domen, prekluderas de rättsfakta som åberopats av parterna till stöd för eller emot yrkandet, och även omständigheter som hade kunnat åberopas prekluderas om de hade kunnat inrymmas i saken. Som nämnts tidigare kan samma yrkande inte heller prövas igen och inte heller vissa yrkanden som inte framställts.<sup>812</sup> Om en part exempelvis yrkat hävning men inte prisavdrag i en process, och talan ogillas, kan inte samma part stämma till domstol igen för att begära prisavdrag. Om en part hävdar att motparten är skadeståndsskyldig på grund av ett strikt ansvar i en viss situation kan inte parten i en annan process föra fram omständigheter vilka tyder på vårdslöshet avseende samma skada. Eftersom parterna inte heller har kontroll över vilka rättsregler som kommer att användas och hur dessa ska förstås, betyder det att tvistemålsinstitutet i sig medför omfattande påverkan på den konflikt som föreligger mellan parterna och den förståelse av konflikten som respektive part har innan processen initieras. Även om dispositionsprincipen är den mest vägledande principen inom civilprocessen får dock själva processandet i sig ses som ett relativt kraftigt intrång i parternas disposition av sina egna rättsförhållanden, vilket åtminstone för den ena parten kan vara helt ofrivilligt.

Dispositionsprincipen kan vidare sägas utgöra en central princip för att legitimera civilprocessen. Om parterna får bestämma över sina privata förehavanden i samhällslivet i övrigt ska de även kunna göra det i domstolsprocessen. Föreställningen om att det är möjligt att bestämma över avgränsade representationer av verkligheten (konkreta rättsfakta) och låta dessa oförändrat utgöra underlag för en rättsprocess har redan ifrågasatts, i synnerhet i kapitel 4, och denna fråga kommer även att bli aktuell för de rättsfallsanalyser vilka presenteras senare i det här kapitlet.

---

<sup>810</sup> Westberg, Peter (2012) s. 143.

<sup>811</sup> Andersson, Torbjörn (1999) s. 168.

<sup>812</sup> Andersson, Torbjörn (1999) s. 168-169.

### 6.1.5. Officialprincipen

Officialprincipen används som samlande princip för de regler vilka ger anvisningar om att domstolen ska vidta åtgärder på eget initiativ, det vill säga åtgärder parterna därmed inte disponerar över.<sup>813</sup> Gemensamt för de åtgärder, vilka görs på domstolens eget initiativ, är att de värnar om viktiga allmänna intressen som skulle riskera att inte få genomslag om de lämnades till parternas disposition.<sup>814</sup> De allmänna intressen som ska skyddas kan handla om att stärka positionen för en svagare part i processen, genom processledning eller genom rättsregler, vilka inte går att avtala bort, såsom konsumentskyddslagstiftning eller hyresgästlagstiftning. Det kan även handla om tvingande allmänna skyddsintressen såsom miljöhänsyn.<sup>815</sup> Som exempel på regler och åtgärder inom dispositiva tvistemål som ligger i linje med officialprincipen, kan nämnas domstolens *materiella processledning* vilken handlar om att ge svagare parter tillgång till, för dennes talan, viktiga rättskällor eller fingervisningar om att utredningen behöver kompletteras på olika sätt.<sup>816</sup>

I linje med officialprincipen ligger även principen om att 'domstolen känner rätten' vilket innebär att domstolen självständigt bestämmer vilka rättsregler som ska tillämpas på de fakta parterna åberopar.<sup>817</sup> Parterna har inte heller någon möjlighet att avtala om att domstolen ska tillämpa vissa regler eller bortse från vissa regler. Som ett uttryck för officialprincipen genomför också domstolen en rad formella prövningar av parternas talan i ett mål. Domstolen kontrollerar självmant i flera fall om det föreligger något processhinder och domstolen förelägger även parterna att komplettera sin talan om den exempelvis inte uppfyller de formella krav som ställs på en stämningsansökan eller ett svaromål.<sup>818</sup> Enligt Lindell har emellertid officialprincipen fått minskad betydelse de senaste decennierna. Även i indispositiva mål ligger numera det huvudsakliga utredningsansvaret hos parterna. Enligt Lindell har

---

<sup>813</sup> Ekelöf, Per Olof et al. (2016) s. 72ff. Lindell, Bengt (2012) s. 113. De processuella reglerna brukar systematiseras som *obligatoriska*, *fakultativa*, *tvingande* och *dispositiva*. Reglerna som är tvingande för parterna innebär att parterna måste agera på ett visst sätt i processen, medan dispositiva regler, som redogjorts för tidigare, innebär att parterna själva får bestämma om de vill vidta en viss åtgärd. En obligatorisk regel som riktar sig till domstolen innebär att domstolen måste agera på ett visst sätt medan fakultativa regler innebär större tolkningsutrymme för domstolen. Angående fakultativa och obligatoriska regler se Wallerman, Anna, *Om fakultativa regler: En studie av svensk och unionsrättslig reglering av skönsmässigt beslutsfattande i processrättsliga frågor*. Uppsala: Iustus, 2015.

<sup>814</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 158. Se även Westberg, Peter (1988).

<sup>815</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 164, Westberg, Peter (1988) s. 44ff.

<sup>816</sup> Westberg, Peter (1988) s. 25.

<sup>817</sup> Ekelöf, Per Olof et al. (2016) s. 64, Lindell, Bengt, *Partsautonomin gränser: i dispositiva tvistemål och med särskild inriktning på rättsanvändningen*. Uppsala: Iustus, 1988 s. 33, Andersson, Torbjörn (1997) s. 180.

<sup>818</sup> Westberg, Peter (1988) s. 37.

officialprincipens minskade betydelse även ett samband med arbetsbelastningen i Sveriges domstolar. Ironiskt nog kan detta leda till att utredningen i målet blir mer omfattande (vilket ger större möjlighet till fullständighet) i dispositiva mål eftersom parterna ansvarar för att föra fram all relevant bevisning. I de indispositiva målen finns enligt Lindell en risk att parterna litar på att domstolen ansvarar för utredningens tillräcklighet medan domstolen utgår från att parterna för fram all relevant information. Resultatet blir således att utredningsansvaret faller mellan stolarna.<sup>819</sup>

Frågan om officialprincipens genomslag i förhållande till dispositionsprincipen kans sägas matcha diskussionen som förts i kapitel 4 avseende processrättens funktion som handlingsdirigerande respektive konfliktlösande. I narratologiskt hänseende erbjuder officialprincipen en möjlig subjeksposition för domstolen, vilken ger utrymme för självständig agens i förhållande till parternas disposition av tvisten.

### 6.1.6. Kontradiktionsprincipen

Den kontradiktoriska principen syftar till att tillförsäkra att parterna ges möjlighet att "uttömmande argumentera och föra bevisning för sin sak".<sup>820</sup> Enligt Lindell är den kontradiktoriska principen den mest centrala processprincipen.<sup>821</sup> Westberg sammanfattar principen enligt följande:

Parterna står mot varandra i rättegången och representerar var sin sida i tvisten. Genom *förhandlingen* ska de få adekvata möjligheter att tala för sina intressen och rättigheter. Det säregna med kontradiktionen är att parterna visserligen pratar mot varandra men att var och en av dem riktar sin argumentation mot domaren. Det beror på att syftet med förhandlingen är att övertyga domaren om vem av de tvistande parterna som har juridiskt rätt och vem som har fel.<sup>822</sup>

---

<sup>819</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 164.

<sup>820</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 180. Uttrycket kontradiktion kommer från latinets *contrare* som betyder säga emot, Westberg, Peter (2012) s. 133. Angående att kontradiktionsprincipen är grundläggande inom all svenskt domstolsförfarande, inte bara inom civilprocessrätten se Wejedal, Sebastian & Östlund, Allison, *Advokatens roll: Om ändamålsenlig rollfördelning i mål om tvångsvård av barn*. Stockholm: Santerus, 2016 s. 32-33.

<sup>821</sup> Kontradiktionsprincipen har fått en starkare roll genom praxisbildning från Europadomstolen och tillämpningen av 6 § Europakonventionen om rätten till en rättvis rättegång. Att kontradiktionsprincipen är central för civilprocessen lyfts fram på många håll inom den processrättsliga doktrinen, se exempelvis Lindell, Bengt (2007) s. 181, Westberg, Peter (2012) s. 137ff, Mellqvist, Mikael & Wirdemark, Kristina, *Processrätt: Grunderna för domstolsprocessen*. Uppsala: Iustus, 2010 s. 28.

<sup>822</sup> Westberg, Peter (2012) s. 133.

Westberg påpekar vidare att kontradiktionen handlar om att parterna ska ges tillfälle att ge sin version av tvisten och även föra fram kritiskt granskande åsikter om motpartens version. När parternas skriftväxling och presentation av beslutsunderlaget är slutfört lämnar de över materialet till domstolen som dömer i målet.<sup>823</sup> Parterna står för underlaget, representationen av konflikten mellan parterna, och domstolen står för representationen av rätten, och hur denna ska kopplas samman med representationen av konflikten mellan parterna.<sup>824</sup> Kontradiktionsbegreppet hänger därmed även samman med subsumtionsbegreppet.

Lindell menar att kontradiktionsprincipen inte på ett fullständigt sätt motiveras i vare sig Europakonventionen eller inom svensk doktrin. Det krävs en mer djupgående förståelse för rättens funktion i samhället för att förstå syftet med kontradiktion. Lindell påpekar själv angående detta:

Bakom principen finns flera skäl, t.ex. att underlätta bevisvärderingen, att skapa offentlighet, att öka handläggningstakten, att ge rättsskydd, att tillgodose rättskipningens konfliktlösningsfunktion mm. Dessa syften träffar emellertid enligt min mening inte den mest närliggande förklaringen som är att kontradiktion är en nödvändig beståndsdel i en förhandling, utan kontradiktion kan parter inte förhandla med varandra. Saknas kontradiktion är det därmed frågan om diktat och ordergivning, varvid det grundläggande kännetecknet för en domstolsförhandling och en demokratisk rättsstat försvinner.<sup>825</sup>

Enligt Lindell är alltså kontradiktion en grundläggande förutsättning för att rättsprocessen ska ses som en del av en rättsstat. Antagandena bakom den nuvarande förståelsen av hur kontradiktion uppnås kan sägas vila på traditionella liberala värderingar om den privata individens rätt och ansvar över sina egna personliga angelägenheter och möjlighet att förstå och navigera genom att sätta sitt egenintresse i relation till information om omvärlden.<sup>826</sup> Den här typen av antaganden är även centrala för Europakonventionens principer för en rättvis rättegång. I Europakonventionens definition av en rättvis rättegång är kontradiktionsprincipen en nyckelkomponent. För att det ska vara fråga om en rättvis rättegång måste parterna nå till

---

<sup>823</sup> Westberg, Peter (2012) s. 133.

<sup>824</sup> Se även Maunsbach som till utgångspunkt för sin studie utgår från en renodlad kontradiktorisk modell vilken bland annat innebär att parterna genom sina yrkande och åberopade grunder, invändningar och bevisning, ska presentera sin talan för den passivt lyssnande och neutrala domaren. Maunsbach, Lotta (2015) s. 29. Maunsbach lyfter fram den renodlade kontradiktoriska modellen som analysverktyg för att "identifiera de grundläggande elementen i svensk civilprocess när det gäller rätten till domstolsprövning", s. 44.

<sup>825</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 181.

<sup>826</sup> Westberg, Peter (2012) s. 134.

en någorlunda likvärdig position när det gäller att föra fram sina egna intressen samt förstå motpartens. Detta brukar beskrivas som att parterna ska vara rustade med likvärdiga förutsättningar i förhållande till varandra, det vill säga *equality of arms*. I fallet *Dombio Beheer B.V.* uttrycks det på följande sätt:

That each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case – including his evidence – under conditions that do not place him at a substantial disadvantage vis á vis his opponent.<sup>827</sup>

Europadomstolens domar har hittills fokuserat på formerna för kontradiktionen mellan parterna och enligt Lindell har parterna, med stöd i Europakonventionen, inte någon rätt att veta hur domstolen resonerar avseende bevisvärdering och avseende vilka slutledningar som kan komma att få betydelse. Lindell menar dock att det borde kunna vara fråga om ett rättegångsfel om domstolen bygger avgörandet på omständigheter vilka parterna inte uppmärksammat och som domstolen inte gett parterna möjlighet att kommentera.<sup>828</sup> Lindell påpekar att domstolen borde bortse från indicier och slutledningar som uppkommer sent i domstolens övervägningar och vilka inte behandlats av parterna tidigare i processen. Detta gäller enligt Lindell särskilt i dispositiva mål, där parterna har ombud vars arbetsuppgifter bland annat handlar om att analysera processmaterialet.<sup>829</sup>

Även Westberg resonerar kring i vilken mån det vore önskvärt att rättegångsordningen ger garantier för att båda parterna, redan från tvistens början, får tillgång till exakt samma information avseende tvisten. Han menar även att det skulle kunna vara önskvärt att parterna tidigt i rättegången ges likvärdiga möjligheter att, på grundval av denna information, precisera sin juridiska position och leda de bakomliggande fakta i bevis. Mot detta intresse påpekar emellertid Westberg att den underliggande idén bakom kontradiktionsprincipen trots allt är att parterna ska lämnas ifred ifrån intrång i sina privata sfärer och affärsmässiga angelägenheter.<sup>830</sup>

När det gäller kontradiktionsprincipen menar Westberg vidare att plikten att lämna ut information till domstolen måste relateras till syftet en part har med att inte ge ut information. Det är skillnad på att dölja information och att vara omedveten om information som motparten har i sin besittning.<sup>831</sup> Frågor om i vilken mån parterna ska kontrahera all information de har tillgång till, behandlas även annorlunda i olika rättssystem. De olika åsikterna om hur kontradiktionsprincipen ska förstås har även blivit mer aktualiserad sedan antalet gränsöverskridande

---

<sup>827</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 181 som citerar Judgement of 27 October 1993, A.274, s.19.

<sup>828</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 187.

<sup>829</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 189.

<sup>830</sup> Westberg, Peter (2010) s. 11.

<sup>831</sup> Westberg, Peter (2010) s. 11.

rättstvister har ökat. Från europeiskt håll har det exempelvis framhållits att en aktiv domare kan underlätta de kontradiktoriska inslagen medan amerikanska jurister menar att europeiska civilprocesser tenderar att vara betydligt mer inkvisitoriska än de amerikanska.<sup>832</sup>

Westberg argumenterar för att rätten till information är mycket central inom ramen för principen om en rättvis rättegång. Utan tillgång till den information som krävs för att driva en tvist, eller möjlighet att tillgå information vilken motsäger motparternas information, har parten i praktiken inte någon möjlighet att vinna framgång. Information är en maktresurs och den måste även sättas i relation till parternas möjligheter att skaffa information.<sup>833</sup> Westberg menar att om parterna ges samma möjligheter att använda samma metoder för att konstruera sin talan kan sedan "egenintresset" göra resten.<sup>834</sup> Den kontradiktoriska principen är därmed även nära sammankopplad med den liberala idétraditionens syn på subjektet, vilket behandlats i kapitel 5. Kontradiktionsprincipen är på så sätt, enligt Westberg, direkt länkad till rättsfilosofiska frågor om samhällsmedborgarens möjlighet att forma sitt eget liv, rätten att få bestämma över sina ansträngningar, avtalsfrihet med mera. Kontradiktionen ligger även nära frågan om människor är lika och om det är möjligt att fördela resurser på ett sätt så att tillgången till information, och förutsättningar för en rättvis rättegång, uppfylls.

De principiella överväganden, avseende vilken typ av information som ska utgöra processmaterial i ett dispositivt mål, måste enligt Westberg också ta hänsyn till intressen utanför tvisten. Det kan handla om tredje mans intresse, intressen inom familjen (exempelvis att inte behöva vittna i egenskap av maka eller make), olika jurisdiktioner, preliminära bedömningar av bevisvärde och vad som är proportionellt att inrymma inom tvisten, upphovsrätt och yttrandefrihet med mera. Dessa intressen är kopplade till de inblandade personernas integritet, till informationens relevans och till storleken på arbetsinsatsen som kan krävas. Andra intressen är kopplade till vilken typ av information motparten kan tvingas avkrävas, till exempel vilken typ av intellektuell bearbetning av information som kan begäras av motparten. Andra faktorer Westberg tar upp handlar om vilken typ av information som avses (data, know-how, tyst branschkunskap etcetera), tidsaspekten, när information kan lämnas ut eller samlas in, hur verkställigheten av informationsinsamlandet ser ut och vilka tvångsmedel som finns tillhands med mera.<sup>835</sup> Westberg ställer sig skeptisk till en alltför långtgående modell för att tillförsäkra parterna lika information inom civilprocessen, eftersom detta skulle krocka i alltför stor grad med de principer vilka gäller för den individuella fria marknaden som råder i övriga samhället.<sup>836</sup> Westberg

---

<sup>832</sup> Westberg, Peter (2012) s. 134-135.

<sup>833</sup> Westberg, Peter (2010) s. 24-27, 32.

<sup>834</sup> Westberg, Peter (2010) s. 33.

<sup>835</sup> Westberg, Peter (2010) s. 14-17.

<sup>836</sup> Westberg, Peter (2010) s. 33-35.

föreslår istället en mellanväg formulerad som en ”princip om lika tillgång till informationskällor”.<sup>837</sup>

Sammanfattningsvis kan, med Westbergs ord, ”läran om den kontradiktoriska rättegången” sägas bygga på en stark tilltro till individens förmåga att på bästa sätt tillvarata sina egna intressen, och ansvaret för en rättvis rättegång läggs därmed ytterst på parten i tvisten.<sup>838</sup> För att parterna ska kunna ta ett sådant ansvar krävs att de har förmåga att förstå sin egen, och motpartens, talan i målet. Detta ska åstadkommas med hjälp av kontradiktion. Westberg tänker sig att kontradiktionen uppfyller sitt syfte i enlighet med den så kallade *samtalsmodellen*, vilken jag återkommer till i avsnitt 6.2.4.2.

### 6.1.6.1. Kommunikationsprincipen

Kommunikationsprincipen kan sägas vara instrumentell i förhållande till kontradiktionsprincipen och innebär att parterna bör beredas tillfälle att kommentera det material som tillförts ett tvistemål. Detta gäller enligt Lindell även i förhållande till domstolen, vilket betyder att domstolen inte kan använda sig av ett så kallat ’officialfaktum’ utan att först ha låtit parterna kommentera detta.<sup>839</sup> Enligt Lindell finns det en generell tendens de senaste decennierna om att fler och fler omständigheter ska kommuniceras mellan parterna, även sådana omständigheter som tidigare ansetts höra till själva dömandet.<sup>840</sup>

Eftersom parternas dispositionsrätt inte handlar om vilka rättsregler domstolen är tillåten att använda i målet, har det även förts fram i doktrinen att parterna inte har någon rätt att i förväg bli uppmärksammade på vilken rättsregel domstolen kommer att använda sig av eller att vissa fakta i målet kommer att ges större tyngd än vad parterna förutsett.<sup>841</sup> Den ökade betydelsen av Europakonventionen har dock medfört att det, numera i större utsträckning, krävs att domstolen förvarnar om en rättsregel som kan få betydelse, men som parterna inte uppmärksammat, och de konsekvenser detta kan komma att få för tvisten.<sup>842</sup> Enligt Lindell finns det emellertid alltså gränsdragningsproblem, exempelvis i förhållande till bevisfaktum vilka

---

<sup>837</sup> Westberg, Peter (2010) s. 36.

<sup>838</sup> Westberg, Peter (2012) s. 135.

<sup>839</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 178-179.

<sup>840</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 163.

<sup>841</sup> Heuman, Lars, ’Grundsatsen om kontradiktoriskt förfarande och principen om bevisomedelbarhet’, i Andersson, Torbjörn & Lindell, Bengt (red.), *Festskrift till Per-Henrik Lindblom* (Uppsala: Iustus, 2004), 261-280 s. 266, Lindell, Bengt (2007) s. 54, Lindell, Bengt (1988) s. 45ff.

<sup>842</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 178-179. Lindell bygger här sitt resonemang utifrån NJA 1997 s. 825. Jfr dock Westberg, Peter, ’Hemlighetsmakeri i dömandet’, i Andersson, Simon & Lainpelto, Katrin (red.), *Festskrift til Christian Diesen* (Stockholm: Nordstedts juridik, 2014), 179-206.

införs i processen genom slutledningar, och där det inte finns något enkelt svar på om kommunikering från domstolen till parterna ska genomföras eller inte.<sup>843</sup>

### 6.1.6.2. Samtalsmodellen

Samtalsmodellen används för att beskriva på vilket sätt den kontradiktoriska principen är tänkt att fungera i dispositiva tvistemål. Samtalsmodellen utgår ifrån att förutsättningarna för ett legitimt domslut inte bara förutsätter ett bra informationsunderlag utan även en bearbetning av informationen utifrån rationella men ändå konkurrerande perspektiv.<sup>844</sup> Westberg uttrycker det enligt följande:

Egentligen är det inte något mystiskt eller märkvärdigt med den kontradiktoriska samtalsmetoden. Den passar väl in i det allmänna schemat för att undersöka argumentens relevans, styrka och tillförlitlighet. Debatten följer ett pro-et-contra-schema, där tro, gissningar, självträffärdigande och önsketänkande i görligaste mån ska skiljas från vetande och fakta genom debattörernas förmåga att ge övertygande skäl för sina ståndpunkter. Viljan och ambitionen att skilja vad som är en säker kunskap till skillnad från något annat har en långvarig tradition i mänsklighetens historia. Så här långt har den i vart fall spårats tillbaka till den grekiska antiken och Platon.<sup>845</sup>

Tanken är dock inte att parterna ska komma överens om en samsyn på konflikten. Westberg menar att det snarare handlar om att vardera part ska ges möjlighet att ge sin egen version av konflikten och sin egen kritiska granskning av motpartens version.<sup>846</sup> Samtidigt betonar Westberg att det finns en poäng med att parternas samtal görs genom motsägande i förhållande till varandra, så att inte partberättelserna presenteras som "två från varandra skilda partsmonologer".<sup>847</sup> Eftersom kontradiktion innebär en typ av process, där påstående medför att motpartens påstående blir logiskt omöjligt, måste parternas berättelser vara relaterbara i förhållande till varandra. Tanken är att den stegvisa kommunikationen ska leda till preciseringar, att samstämmighet kan sorteras ut som icke-tvistig och att den kvarvarande tvisten vrids och vänds på samt görs mer detaljrik. Parterna ska "bedöma och granska styrkan och svagheten i varandras berättelser".<sup>848</sup> För att detta ska vara möjligt krävs att parterna

---

<sup>843</sup> Jfr Lindell, Bengt (2007) s. 180.

<sup>844</sup> Westberg, Peter (2012) s. 139.

<sup>845</sup> Westberg, Peter (2012) s. 139.

<sup>846</sup> Westberg, Peter (2012) s. 140.

<sup>847</sup> Westberg, Peter (2012) s. 140.

<sup>848</sup> Westberg, Peter (2012) s. 140-141.



har en lika stor chans att tala för sin sak och lika stor möjlighet att få tillgång till relevant information.<sup>849</sup> Lindell menar att det 'synliga' beslutsunderlaget har potential att bli större om parterna ställer klagande frågor och om processen präglas av öppenhet mellan parterna. Den långsamhet, vilken en process med mycket skriftväxling kan medföra, kompenseras av att det blir mindre sannolikhet att den tappande parten överklagar till nästa instans enligt Lindell.<sup>850</sup> Idén om att rättegången medför att parterna får tillgång till en liknande förståelse av beslutsunderlaget kallar Lindell för *tesen om det gemensamma seendet*.<sup>851</sup> Han påpekar att den är avgörande för en legitim rättsprocess:

Endast med stöd av denna tes blir det försvarbart om rätten inte fäster parternas uppmärksamhet på fakta som införs genom slutledning. Denna tes bygger på en annan tes, nämligen *tesen att vi är alla lika*. Endast om vi har likartad bakgrund och utbildning och tillhör samma kultur finns förutsättningar för att vi skall kunna se samma saker.<sup>852</sup>

Som en grundpelare för att skapa legitimitet för den kontradiktoriska processen framträder alltså också här idén om människan som rationell varelse inom ett gemensamt kulturellt sammanhang. Lindell framhåller dock att den synliga delen av beslutsunderlaget ökat de senaste decennierna, genom att omfatta fakta av mer detaljerad karaktär, och att även rättstillämpningsfakta inkluderats som något vilket kommuniceras mellan parterna samt mellan domstol och parter.<sup>853</sup>

Frågan om alla människors likhet ställer emellertid till det för frågan om vilka antaganden som kan göras avseende det 'osynliga' beslutsunderlaget. Lindell frågar sig hur slutsatser och tolkningar av kombinationer av olika processrättsliga representationer ska förstås. Frågan är om överväganden ska utgå från slutsatser som en 'normalbegåvad' person skulle dra från processmaterialet eller om det handlar om vilka slutsatser de inblandade parterna förväntas dra av materialet, eller om det handlar om domarens slutsatser etcetera.<sup>854</sup>

Sammanfattningsvis bygger den kontradiktoriska modellen på antaganden om människans (mycket goda) förmåga att både förstå sin egen och sin nästas position

---

<sup>849</sup> Westberg, Peter (2012) s. 140-141.

<sup>850</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 50.

<sup>851</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 50.

<sup>852</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 50.

<sup>853</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 50. Lindell menar att detta till stor del härrör från Europadomstolens praxis och den starka betoning av kontradiktionsprincipen som där framhålls.

<sup>854</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 37.

samt på en förmåga att tydligt kunna redogöra för ett händelseförlopp som leder till ett gemensamt seende mellan part och part samt mellan part och domstol.<sup>855</sup>

### 6.1.7. Funktionell terminologi

Jag har hittills i det här kapitlet presenterat principiella grunder, för rättegången i dispositiva tvistemål, som är relaterade till hur processmaterialet behandlas innan domstolen dömer i målet. De principiella grunderna sätter även ramarna för hur den processrättsliga terminologin kan användas. Konkreta rättsfakta ska åberopas, bevisfakta ska införas och detta ska dessutom göras enligt givna former redan i första instans. Hur detta görs och hur olika typer av representationer ska förstås är emellertid långt från självklart. Detta är något som även Lindell uppmärksammar. I *Notoritet och kontradiktion* uppvisar Lindell en kritisk hållning, eller åtminstone en ambivalens, avseende de processrättsliga representationernas möjlighet att bilda ett beslutsunderlag vilket kan kontraheras mellan parterna och som kan utgöra ett begripligt underlag för rättstillämpning. Detta framkommer exempelvis i följande uttalande:

Den princip- och begreppsexercis som är utmärkande för processrätten kan å ena sidan sägas innebära hög rättsäkerhet i ett mycket finstämt och välavvägt instrument – processen – som skall uppfylla många olika slags krav och funktioner; utan begreppsbildningen och principerna skulle detta inte vara möjligt eller allvarligt försvåras. Å andra sidan finns det en uppenbar risk för att en överdriven exercis med begrepp och principer slår sönder eller fragmenterar den berättelse som parterna vill förmedla till domstolen. Användningen av begreppen och principerna förutsätter att faktamaterialet sönderdelas i mycket små beståndsdelar; en slags *atomism*. Denna riskerar att skymma bilden av vad som är det rättsliga problemet eller åtminstone förvränga bilden av detta. En slags *holistisk* approach till processen och processmaterialet skulle förmodligen skapa avgöranden som bättre tillgodosåg parternas behov och intressen, utan att avgörandena för den sakens skull inte skulle vara grundade på rättsreglernas innehåll.<sup>856</sup>

---

<sup>855</sup> En kontradiktorisk modell som betonar just kommunikation, interaktion och partsautonomi verkar dessutom ha ett starkt tag om samtiden, se Ervo, Laura (2014) s. 617-618.

<sup>856</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 23.

Lindell betonar även den stora variation i abstraktionsgrad som exempelvis ett konkret rättsfaktum kan innefatta. Med narratologiska termer kan detta uttryckas som att konkreta rättsfaktum uppvisar en stor variation av paradigmatiske relationer. Inom en representationslogik, vilken bygger på en vertikal ontologi, kan exempelvis samma konkreta rättsfakta beskrivas på olika abstraktionsnivåer. Lisa Bengtsson kan inom en sådan vertikal ontologi passa in på var och en av nivåerna i abstraktionskedjan människa-primat-däggdjur-djur-levande varelse, men hon skulle också kunna placeras in på var och en av nivåerna i abstraktionskedjan logoped-arbetare-arbetskraft-kapital.<sup>857</sup> Genom att endast erbjuda en representation, Lisa Bengtsson, går det emellertid inte att avgöra om det är fråga om en form av kapital eller en människa. De alternativa spåren erbjuder olika tolkningsförståelse av hur Lisa ska förstås, vilket komplicerar möjligheten till kontradiktion.

Den här typen av variationer för representationer av processrättsliga fakta har undersökts av Lindell. Exempelvis kan omständigheter om tvisten mellan parterna beskrivas med skiftande abstraktionsgrad och beroende på hur subsumtionen genomförs i målet kan samma omständighet antingen få funktionen som konkret rättsfaktum, som bevisfaktum eller som hjälpfaktum med mera. Detta medför att beskrivningen av grunden för talan, den del av beslutsunderlaget som parterna disponerar över, blir mycket svårkontrollerad för parten samt att möjligheten till kontradiktion minskar. Lindell exemplifierar detta genom ett antal rättsfallsanalyser som visar att det inom ramen för samma domstolsprocess kan förekomma stor variation avseende inom vilka processrättsliga fakta olika delar av tvisten ska kategoriseras och förstås.<sup>858</sup>

Ett av de mål Lindell analyserar är refererat i NJA 1998 s. 617 och handlar om en telekabel Televerket grävt ner i marken på makarna L:s fastighet. Kabeln hade skadats i samband med att grävningsarbete utfördes på fastigheten med en traktor-grävare av grävaren G. Televerket stämde makarna L och grävaren G och hävdade att de av vårdslöshet orsakat skadan eftersom de inte tagit hänsyn till de skyldigheter som stod nedskrivna i ledningsrättsbeslutet för telekabeln. Av ledningsrättsbeslutet framgick bland annat att markägare inte utan Televerkets medgivande får ”schackra, spränga eller vidta annan åtgärd som kan medföra skada på ledningen samt att, om markägare måste utföra arbete som kan skada kabelanläggning, denne därvid i god tid före arbetets påbörjande skall begära kabelutsättning av Televerket”.<sup>859</sup>

Makarna L och grävaren G invände mot Televerkets krav att de endast luckrat upp marken på en betesvall för att kunna dränera den och att de bara hade grävt 30-40 cm ner i marken, vilket inte medfört djupare överkan på marken jämfört med vad som följer av normala jordbruksredskap. Makarna L menade att eftersom kabeln var

---

<sup>857</sup> Jfr Lindell, Bengt (2007) s. 24-25.

<sup>858</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 206ff. Jfr här även Lainpelto, Katrin (2012) s. 300-301 och Lindblom, Per Henrik (2006b) s. 166.

<sup>859</sup> Utdrag ur NJA 1998 s. 617.

nedgrävd i en mark, vilken både före och efter nedgrävningen betraktades som jordbruksmark, kunde inte åverkan, som följer av normalt jordbruksarbete, räknas som värdslost. Hovrättens bedömning i målet tog också fasta på vad som kan anses vara normalt jordbruksarbete. *Normalt jordbruksarbete* blev på så sätt översatsen (det abstrakta rättsfaktumet) i subsumtionen i hovrättens bedömning. Hovrättens domskäl lade vidare vikt vid att Televerket tillägnat sig ledningsrätten genom ett expropriationsliknande förfarande och att detta det därför var rimligt att fortsatt jordbruksarbete inte skulle anses vara värdslost. Lindell menar att detta påstående, om det expropriationsliknande förfarandet, ska förstås som ett *preciserat normfaktum*, det vill säga en precisering av hur det abstrakta rättsfaktumet värdsloshet ska bedömas. Eftersom det handlade om en precisering, vilken inte tidigare uttalats i praxis, kan det enligt Lindell inte heller krävas att någon av parterna ska ha åberopat ett konkret rättsfaktum som korrelerar med det preciserade normfaktumet. Det kan, enligt Lindell, därmed inte belastas svarandena att de inte åberopat de expropriationsliknande förhållandena eftersom de, innan domstolen skapat den preciserade normen, inte kan anses känna till att de måste åberopa just den omständigheten. Lindell menar att förhållandena, avseende hur ledningsrätten tillkommit, här även bildar *tolkningsfakta* eftersom förhållandena kommer att få betydelse utöver det aktuella fallet.<sup>860</sup> Lindell framhåller alltså härmed att de olika omständigheterna i målet får sin betydelse först i och med subsumtionen:

Vad som blir bevis-, rättsfaktum, normfaktum, hjälpfaktum eller rättstillämpningsfaktum beror alltså enligt det anförda också på *vilken metod som används vid rättstillämpningen, och hur fakta sorteras och tillmäts relevans.*<sup>861</sup>

Lindell tar även upp två andra omständigheter, vilka är av vikt för hovrättens domskäl. Svarandena har i målet "hävdade att arbeten att sätta upp stängsel i jordbruket ofta leder till att man måste ta upp hål i marken ned till ett djup om 45-50 cm från markytan" samt "att grävningsarbetet avsåg luckring av jorden på ett mycket begränsat område av åkern, som vid tillfället var besädd med gräs". Lindell påstår avseende dessa omständigheter att de inte kan anses vara konkreta rättsfaktum eftersom de lämnats först i hovrätten och enligt RB 50 kap. 25 § 3 st. är det förbjudet att åberopa nya omständigheter i hovrätten.

Det första påståendet kan istället förstås som en generell erfarenhetsats, vilken inte bestridits, och som därmed kan användas i bevisvärderingen. Det andra påståendet upphör att vara ett konkret rättsfaktum eftersom det istället kan ses som ett preciserat normfaktum i och med att 'begränsade områden' tillmäts generell

---

<sup>860</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 214-215.

<sup>861</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 217.

betydelse också för andra mål där vårdslöshet vid grävning prövas.<sup>862</sup> Inte heller omständigheten, att telekabeln täcktes av en mycket tunn plastfilm som också hade kunnat skadas vid manuellt grävarbete, åberopades av någon av parterna i tingsrätten. Hovrätten noterar omständigheten som något vilket framkommit av "utredningen". Lindell menar att plastfilmens tjocklek kan förstås som ett *bevisfaktum* till det *konkreta rättsfaktumet* att 'manuell grävning kan orsaka skador på telekabeln', vilket skulle ha åberopats av svaranden för att argumentera för att deras grävning inte var vårdslös. Men också här menar Lindell att ett sådant påstående skulle kunna förstås som en generell faktor vid culpabedömningen, vilket skulle få till effekt att inte heller denna omständighet behövde åberopas i tingsrätten. Vidare påpekar Lindell att plastfilmens tjocklek skulle kunna vara en del av bedömningen avseende huruvida det förelåg adekvat kausalitet mellan grävarbetet och skadan som uppstod på opto-kabeln. Då skulle istället påståendet om plastfilmens tjocklek bilda ett rättstillämpningsfaktum som bidrar till förståelsen av rekviritet adekvat kausalitet.

Sammanfattningsvis menar alltså Lindell att plastfilmens tjocklek, beroende på vilken typ av subsumtionen som görs i målet, kan vara *konkret rättsfaktum*, *bevisfaktum*, *preciserat normfaktum* eller *rättstillämpningsfaktum*.<sup>863</sup> Vilken subsumtion som görs beror enligt Lindell i sin tur på vilken typ av metod som används vid rättstillämpningen i det konkreta fallet. Exempelvis krävs en typ av semi-autonom funktionell metod, med den terminologi jag utvecklat i kapitel 3, för att kunna tolka omständigheter såsom 'områdets begränsade yta' i målet som preciserande normfakta och tolkningsfakta på det sätt Lindell gör. Metoden skulle kanske kunna beskrivas som en ändamålstolkning med syfte att åstadkomma en funktionell användning av skadeståndsinstitutet. Om istället en mer språkligt inriktad metod, eller en systemfunktionell metod, hade använts hade domstolen kanske i mindre utsträckning varit villig att låta den begränsade ytan spela roll vid bedömningen. Istället hade då förarbeten eller koherens, i förhållande till tidigare praxis eller likande typer av rättsfrågor, hamnat i centrum.

Här spelar det även roll hur detaljerade beskrivningar av händelseförloppet parterna åberopar som konkreta rättsfaktum. Om parterna argumenterar med vaga och abstrakta beskrivningar lämnar de enligt Lindell (med dispositionsfriheten som grund) till domstolen att fylla de abstrakta representationerna av verkligheten med omständigheter från 'utredningen'. Om parterna vill undvika att lämna sådan makt åt domstolen bör de, menar Lindell, se till att åberopa mer detaljerade omständigheter.<sup>864</sup> Samtidigt kan en sådan detaljbeskrivning möjligen hindra domstolen från en typ av tolkning som kan vara till partens fördel.

Hursomhelst, från Lindells redogörelse av målet är det tydligt att de olika omständigheternas klassifikation är beroende av dess *funktion* i den rättsliga argumen-

---

<sup>862</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 215-216.

<sup>863</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 216.

<sup>864</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 218.

tationen snarare än av någon inneboende egenskap i respektive faktum.<sup>865</sup> Eftersom domstolens val av metod, för att genomföra slutledning och subsumtion, inte beskrivs i detalj, är det svårt att i efterhand avgöra på vilket sätt metoden använts för olika typer av omständigheter. Detta innebär således att den noggranna processrättsliga begreppsapparaten undermineras och tappar sin mening eftersom det är olika typer av argumentationer och processer som är avgörande, snarare än olika typer av representationer. Svårigheterna att navigera mellan de olika representationerna får vidare betydelse, eftersom konkreta rättsfakta måste åberopas och bevisfakta måste omnämnas, medan andra typer av fakta kan bli del av argumentationen på ett mer fritt sätt.

Att de olika processrättsliga representationerna är funktionellt bestämda blir även tydligt när hovrättens domskäl i Telekabelmålet jämförs med domskälen från Högsta domstolen. Domstolen låter nämligen andra omständigheter vara tongivande för hur subsumtionen genomförs i målet. Högsta domstolen lägger vikt vid att svarandena i målet kände till att det fanns en telekabel nedgrävd på fastigheten. Domstolen lyfter även fram att risken för skada på optokabeln vid grävning visserligen är liten, men att möjligheterna att förebygga sådan skada genom att fråga Televerket om en kabelanvisning, det vill säga en ritning som visade var kabeln låg nedgrävd, hade varit gratis och inte heller tagit särskilt lång tid. Omständigheterna att svaranden "var väl förtrogen med institutet kabelanvisning och hade haft goda möjligheter att inse risken för skada" och att svaranden "måste, om han tänkt på saken, ha förställt att om en telekabel grävs av så ledes det till avbrott i den allmänna telesamfärdseln på det sätt som målet illustrerar" blir avgörande i Högsta domstolens domskäl. Lindell menar att Högsta domstolen hanterar dessa omständigheter som bevisfaktum för konkreta rättsfaktum, vilka avser svarandenas *insikter* angående riskerna med grävningen. Därmed kan Högsta domstolen bortse från att varken frågan om svarandens påstådda 'förtrogenhet med institutet kabelanvisning' eller svarandens 'förståelse avseende påverkan på den allmänna telesamfärdseln' utgör omständigheter som inte åberopats i målet. Detta eftersom dessa bara blir bevisfaktum till det konkreta rättsfaktumet *insikt om risken för skada*. Lindell verkar här mena att det istället är 'underlåtenheten att inte tänka på konsekvenserna' vilket i själva verket används som konkret rättsfaktum för subsumtionen i målet, trots att detta inte åberopats på ett tydligt sätt. Han är således kritisk till Högsta domstolens motivering av domen men även till utgången i målet, vilket framgår av hans, något syrliga, avslutande kommentar:

Prejudikatet ifråga innebär att anvisning alltid skall begäras av den som skall utföra minsta grävningsarbete, t.ex. plantera en blomma, om denne vill vara säker på att undgå skadeståndsansvar om olyckan skulle vara framme. Visserligen är risken liten

---

<sup>865</sup> Jfr Lindblom, Per Henrik (1988).

för att spaden i sådana fall ska träffa en nedlagd oktokabel, men tjälförskjutning kan innebära att kabeln på vissa ställen ligger mycket grunt och det borde väl en bonde fatta, eller...?<sup>866</sup>

Att utgå från de processrättsliga faktumens funktion, för att insortera dem och kontrahera dem, har fördelar genom att det undviker de språkteoretiska svårigheter det skulle innebära att istället försöka finna en typ av essens, eller sammanlänkade kärna, för respektive processrättsfakta.

Samtidigt är funktionsanalysen av varje omständighet enligt min mening problematisk eftersom sammanhanget för respektive representation inte framgår, om inte också en större bild målas upp som inkluderar subsumtionsmomentet, och kanske är inte detta heller tillräckligt för att se det större sammanhanget för den rättsliga argumentationens funktion. Utan en förståelse för representationernas *användning*, det vill säga en förståelse för det rättsliga narrativet, riskerar de processrättsliga representationerna att bli tomma skal som därmed även blir svåra att kontrahera på ett meningsfullt sätt. Särskilt problematiska blir de i förhållande till idén om att parterna presenterar omständigheter medan domstol står för rätts-tillämpning.

---

<sup>866</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 221.

## 6.2. Narrativdissonans i rättsliga narrativ

I de följande avsnitten används och testas begreppet narrativdissonans. Analysen bygger på den narratologiska begreppsapparaten, vilken presenterats i avsnitt 2.2.3. De frågor som ställts till texten, för att förstå hur narrativdissonans uppkommer, kretsar kring 'vilka övergripande narrativ som parternas och domstolens texter knyter an till och hur alternativa narrativ förhåller sig till varandra'. Det handlar i flera fall om att visa effekterna av att parterna och domstolen bygger sina rättsliga entymem på såpass disparata argumentationslinjer att parternas och domstolens rättsliga narrativ inte kommer i kontakt med varandra. När den ena parten exempelvis bygger ett rättsligt narrativ utifrån föreställningar om avtalsfrihet och den andra utifrån skyddslagsintressen riskerar parternas skriftväxling att utgöra parallella spår där möjligheten till kontradiktion försvåras. Analyserna fokuserar på att visa *hur* narrativdissonans uppstår mellan parterna samt mellan parterna och domstolen.

### 6.2.1. NJA 2005 s. 205 - Villareparationsmålet

Villareparationsmålet har behandlats i både kapitel 4 och 5. Målet rör en konflikt mellan villaägaren R och entreprenören W som tvistar om betalningen för de reparationer vilka W utfört på R:s fastighet. R menar att parterna kommit överens om ett "takpris" för reparationerna medan W menar att parterna kommit överens om att arbetet ska utföras "på löpande räkning".

#### 6.2.1.1. Domstolen känner lagen (och därmed verkligheten)

I Villareparationsmålet framträder en narrativdissonans som grundar sig i parternas fundamentalt olika åsikter om hur överenskommelsen mellan parterna (om att W ska utföra reparationer på R:s villa) ska tolkas. I stämningsansökan beskriver käranden grunderna enligt följande:

Parterna har träffat avtal om att W skall utföra till- och ombyggnadsarbeten på Villan. Något fast pris har inte avtalats, varför arbetena har utförts på löpnade räkning. W har fakturerat makarna R, som dock inte har erlagt full betalning utan resterar med omstämt belopp. Det av W krävda beloppen är skäliga varför makarna R är skyldiga att erlægga omstämt belopp.



Grunderna för svaromålet bestrids av R enligt följande:

W är näringsidkare. R är konsument. Parterna har träffat avtal om att W skulle utföra till- och ombyggnadsarbeten på den aktuella fastigheten. Avtalet har i relevant hänseende inneburit ett avtal på löpande räkning, med noggrann redovisningsplikt om hur arbetet fortskridit kostnadsmässigt från W:s sida till R och med avtalat takpris, initialt intill ett belopp om 150 000 kronor totalt och sedermera, sedan vissa dolda fel upptäckts i bjälklag i badrum och kök, ett belopp om 365 000 kr. Då R betalat ett belopp om 350 000 kronor återstår högst ett belopp om 15 000 kronor att betala i och för sig. Denna fordran skall dock R vara berättigad att räkna av – eftersom R fått slutföra det arbete som W åtagit sig att utföra – genom anlitan­de av andra hantverkare med merkostnader som följd.

I både citatet från stäm­ningsansökan och citatet från svaromålet handlar parternas berättelse om att ge information om faktiska händelser vilka motsvarar innehållet i en rättsakt, och som således är väl anpassade för subsumtion. Intrigen följer därmed materiella bestämmelsers uppbyggnad där det för de presenterade konkreta rättsfaktumen finns korrelerande abstrakta rättsfakta som i en rättsregel är kopplade till den rättsföljd vilka parterna är intresserade av. Intrigen är för W uppbyggd efter sambandskedjan att förutsättningarna avtal, prestation och bristande betalning ger rätt till rättsföljden betalning. För R utgörs intrigen av två led som tillsammans innebär att kärandens krav på betalning ska ogillas. Det första ledet handlar om avtal och uppfyllande av avtal (betalning), det andra ledet handlar om ett motkrav som leder till att käranden tappar sin rätt till ersättning. Med processrättsliga termer skulle bestridandet sägas bestå av ett förnekande och ett 'motfaktum av första graden'.<sup>867</sup> Förnekandet handlar om att avtalet inte ser ut på det sätt käranden påstått, medan motfaktumet (kvittningsinvändningen) utgör en omständighet som förändrar sättet domstolen ska hantera den, av W, åberopade omständigheten (krav på betalning för fullgjord prestation).

Intrigen följer en tydlig kausalitet (om rekvisit a, b, c är uppfyllda följer rättsföljden X) och narrationen är strikt och konstaterande. Det framkommer inte att grunden för talan är situerad hos en person. Stilen, i både kärandens och svarandens narrativ, påminner om den Bladini i sin avhandling beskriver som *den osynliga rösten*<sup>868</sup> där det inte framkommer att grunden för talan är situerad hos en specifik person utan snarare framstår fränkopplad från att ha en berättarröst. Parterna använder sig av liknande typer av representationer men de förhåller sig till två från

---

<sup>867</sup> Ekelöf, Per Olof & Edelstam, Henrik (2002) s. 41.

<sup>868</sup> Bladini, Moa (2013) s. 224ff.

varandra mycket disparata berättelser. Intrigen, vilken följer modellen 'om rekvisit a, b, och c är uppfyllda så följer rättsföljden X', skapar en bild av att parterna talar om samma händelser men den rättsliga etiketteringen gör att berättelserna blir fundamentalt annorlunda. Dissonansen mellan parternas narrativ blir inte heller mindre påtagligt av tingsrättens domskäl. I domskälen till tingsrättens dom sätts gränserna för de sekvenser vilka bildar berättelsens helhet av "vad som anses utrett". När det gäller frågan om huruvida parterna inledningsvis avtalat om ett "takpris" konstateras följande:

I den delen får följande anses utrett. Innan arbetet på huset påbörjades förde parterna diskussioner om vilka arbeten som skulle utföras. En arbetsplan upprättades vilken också tillställdes BJ som var arbetsledare. W uppskattade att arbetet skulle kosta cirka 150 000 kr. [...] Efter arbetsplanens tillkomst visade det sig sedermera, på grund av parkettbytet, att hela undergolvet fick göras om till en betydande kostnad. Sålunda var det endast en liten del av det arbetet som ingick i den ursprungliga arbetsplanen. Arbetet på huset påbörjades den 13 juli 1998. Redan i slutet av juli d.v.s. en till två veckor senare upptäcktes det första dolda felet på toaletten på bottenvåningen.

På grund av det anförda anser tingsrätten att det visat att W lämnat en uppgift om att arbetet i gruppupphandlingen skulle kosta cirka 150 000 kr. Eftersom den lämnade uppgiften får anses innebära vad arbetet maximalt skulle kunna kosta har W lämnat ett s.k. takpris vilket dock enligt tingsrättens mening är att likställa med en sådan ungefärlig prisuppgift som avses i konsumenttjänstlagen. Tingsrätten konstaterar vidare att förutsättningarna för den ungefärliga prisuppgiften omedelbart efter det att arbetet påbörjats väsentligt ändrats genom att de dolda felen upptäckts.

Efter att tingsrätten bestämt berättelsens ramar med en narration byggd kring "vad som anses utrett" presenteras hur denna helhet ska förstås, och förståelsen följer varken R:s eller W:s förstahandsgrunder. Tingsrätten förklarar att det W ansåg vara en uppskattning av vad den löpande räkningen skulle komma att slutligt uppgå till och vad R ansåg vara ett högsta pris, i själva verket var en "ungefärlig prisuppgift som avses i konsumenttjänstlagen"; *Jura novit curia*, domstolen känner rätten.

Att domstolen känner rätten innebär emellertid här, enligt min mening, även att domstolen känner verkligheten. Den rättsliga etiketteringen får effekten att det nu är utrett att W lämnat en ungefärlig prisuppgift. Rätten ställer sina krav och

verkligheten får anpassa sig.<sup>869</sup> Domen konstituerar den 'bakomliggande konflikten'.<sup>870</sup> Sekvenserna i berättelsen som helhet kan nu även definieras enligt berättelsen om en ungefärlig prisuppgift och inte enligt helheter uppbyggda kring takpris eller löpande räkning. Metaforer för prisuppgiften; takpris, löpande räkning samt ungefärlig prisuppgift ger alltså sekventiella effekter för hur överenskommelsen som helhet ska förstås. Detta innebär även att parternas rättsliga argumentation byggs upp utifrån alternativa underliggande narrativ, vilket påverkar möjligheterna för parterna att kommunicera och bemöta varandras argumentation. Parternas och domstolens resonemang följer, när det gäller deras rättsliga uttryck, egna banor vilka inte handlar om att bemöta de argument som de andra subjekten i processen använder sig av. Både parternas och domstolens argumentation i tingsrätten kan därmed i huvudsak kännetecknas som parallella i förhållande till varandra. Narrativedissonans uppstår därmed mellan parterna (och även i förhållande till domstolen) eftersom var och en av parternas och domstolens berättelser låter sig formas av skiftande abstrakta rättsfaktum i målet. Den som känner lagen känner därmed även verkligheten.

### 6.2.1.2. Misslyckat utbrytarförsök

I aktmaterialet i Villareparationsmålet förekommer även texter som inte resulterar i en subsumtion eller försök till tillämpning. Dessa texter riskerar också att hamna i dissonans med motpartens eller domstolens narrativ eftersom de, likt Mrs. G:s berättelse, inte förhåller sig till skript vilka är kopplade till rättsliga normer eller till intriger som kretsar kring subsumtion.

Efter viss skriftväxling i tingsrätten i Villareparationsmålet och efter att muntlig förberedelse hållits, presenterar R en ny sorts berättelse vilken inte inbegriper någon rättslig slutledning och vilken parten själv benämner som "kronologisk". Berättelsen bygger inte längre på en helhet tänkt att ge tillräckligt med information om faktiska händelser som motsvarar innehållet i en rättsakt och som är anpassade för subsumtion, utan har nu snarare fokus på vad R anser vara viktiga händelser kopplade till köpet och reparationen av fastigheten:

---

<sup>869</sup> Parafraas på Sherwin; "The world according to this genre is one in which logic makes its demands and reality complies". Genren är det rationella västerländska vetenskapliga idealet, i den rättsliga genren kanske 'logic' kan bytas mot 'law'. Sherwin, K. Richard (2009) s. 95.

<sup>870</sup> Jfr Andersson, Torbjörn (1999) s. 168.

1998-01-1

Utannonsering av fastigheten sker första gången såvitt R kan bedöma.

1998-03-20

R besöker fastigheten varvid de finner den så pass intressant att de önskar gå vidare för eventuellt förvärv.

1998-03-27

R besöker åter fastigheten tillsammans med W. Vid tillfället är badrumsgolv vid dusch uppbrutet (Försäkringsskadan). W uppriktar förslag till "offert". [...].

1998-06-16

Möte mellan W och R för att slutligt klarlägga förutsättningarna för Ws uppdrag. ... Prissammanställning sker mellan R och W. [...]. Vid mötet granskas vad som skulle göras rum för rum mellan W och R i samråd med KB. Framförallt diskuteras priser. [...]. Såvitt avser W skulle arbetena för W:s del inklusive material uppgå till totalt högst 150 000 kr. Det var också fullständigt klart att någon mervärdesskatt avseende det utförda arbetet inte skulle utgå utöver beloppet och R uppfattade W på så sätt att han skulle betinga sig beloppet som ett s.k. "svart pris". [...].

1998-10-26

Byggmöte på fastigheten. R är irriterad för de uppkomna förseningarna. Vid mötet kräver W ytterligare pengar. R är övertygad om att de pengar som är aktuella är 15 000 kr (skillnaden mellan det belopp som erlagts 350 000 kr och det bestämda takpriset 365 000 kr). Innan det beloppet betalas ut vill dock R ha en specifikation över det utförda arbetet.

1998-10-28

Möte mellan W och R. Syftet är att klara ut vissa åtgärder som W inte slutfört. Vid mötet kommer W med ett krav på ytterligare 192 000 kr. R blir förargad och kräver en fakturakopia på allt material samt tidrapporter avseende antalet nedlagda timmar m.m.

Den kronologiska berättelsen bygger på en annan intrig än den rättstillämpande och följer en tidslinje istället för ett antal rekvisit i en rättsregel. Många av händelserna i

berättelsen hade säkerligen kunnat presenteras som *bevisfakta* eller *hjälpfakta* om de relaterats till en sådan funktion. Det är emellertid inte detta som är intressant i sammanhanget. Istället vill jag peka på att den kronologiska intrigen öppnar upp för subjektspositioner hos parterna, vilka inte inryms i andra delar av partsargumentationen som är riktad mot subsumtion. Det förekommer fler känslomässigt laddade och subjektivt indikerande ord såsom "intressant", "uppfattade", "irriterad" och "förargad".

W, käranden, verkar till viss del påverkas av R:s kronologiska och mer personligt situerade berättelse. Han förhåller sig i sin nästkommande skrift till svarandens tidslinje men lämnar inte kommentar vid varje datum. W använder dock även han i större utsträckning personligt förankrade uttryck såsom "kan stämma" och "uppfattade":

1998-01-

1998-03-20

1998-03-27

Datumet kan stämma. R angav dock att duschrummet på första våningen skulle tas bort för att köket skulle göras större. [...].

1998-06-16

På mötet genomgicks vilka arbeten som skulle utföras. W lämnade en uppskattning om 150 000 kr exklusive mervärdesskatt som i huvudsak byggde på muntliga uppgifter från R. W och R var även nu överens om att arbetet skulle utföras på löpande räkning utan takpris och att mervärdesskatt tillkom.

Inte heller denna gång uppfattade W R så att en bestämd budget gällde. Vad som även talar emot att en budget gällde är att R under arbetets gång inte en enda gång har bett W avvakta med ett arbete trots att han informerats om kostanden för arbetet. [...]. W uppfattade R så att R ville att W skulle utföra arbetet på fastigheten "svart". W talade dock om för R att detta inte var möjligt. [...].

1998-10-26

W kan inte vitsorda datumet för mötet. W hade inte erhållit den banköverföring R skulle ordna och R var väl medveten om att det inte rörde sig om endast 15 000 kr.

1998-10-28

W åtog sig att överlämna en sammanställning till R.

De sekvenser W valt att kommentera är kopplade till en intrig, vilken följer samma logik som grunden för W:s talan, det vill säga att intrigen är uppbyggd efter sambandskedjan att förutsättningarna avtal, prestation och bristande betalning ger rätt till rättsföljden betalning. Den övergripande narrationen för W är således alltjämt rättstillämpande på ett sätt som svarandens inte är. I sakframställningen vid huvudförhandlingen fortsätter R försöket med den alternativa kronologiska berättelsen (vilket framgår av att sakframställningen givits in även i skriftlig form). Inte heller tingsrätten förhåller sig emellertid till alla de sekvenser svaranden lyft fram i sin ”kronologiska redogörelse”, vilket är något svaranden senare uppmärksammar i sitt överklagande:

De uppgifter som redovisas i domen avseende vad R uppgav under förhöret är i stora delar korrekt återgivet men däremot ofullständigt. Sålunda saknas helt en redogörelse för hans uppgifter om de påstådda avtal om takpriser som träffats under augusti och september månad 1998, trots att dessa uppgifter var av grundläggande betydelse för tingsrätten att ta ställning till. Av något för R okänt skäl saknas även redovisning av dessa rättsfakta i tingsrättens domskäl. Även i övrigt har tingsrätten underlåtit att på något sätt redovisa de olika tidpunkter som R redogjorde för i kronologisk ordning och som hade stor betydelse för målet.

Argumentet, som R lyfter fram, verkar här handla om att tingsrätten, för att åstadkomma en legitim dom i förhållande till R, måste behandla verkligheten enligt ett narrativ, vilket innehåller de sekvenser som R presenterat i sina inlagor. R:s narrativ har inte fått gehör. En tydlig narrativedissonans som medför att svaranden inte anser att kontradiktionsprincipen efterföljts. R gör sedan, utan framgång, gällande i både hovrätten och Högsta domstolen att bristen på domskäl utgör ett grovt rättegångsfel.

### 6.2.2. NJA 2013 s. 700 - Preskriptionsmålet

Preskriptionsmålet har tidigare analyserats i både kapitel 4 och kapitel 5. Arbetslöshetskassan har stämt A för att hon inte betalat medlemsavgift till Arbetslöshetskassan för en period då hon varit medlem. Den avgörande frågan i målet handlar om huruvida Arbetslöshetskassans fordran på A är preskriberad eller inte, vilket i sin tur beror på om relationen mellan parterna ska förstås som en konsument-näringsidkar-relation eller inte.

### 6.2.2.1. Path dependency

I Preskriptionsmålet ifrågasätter svaranden A, i tingsrätten i sitt svaromål, om arbetslöshetskassan ska ses som en helhet eller om olika delar av verksamheten kan ses var för sig. Svaranden refererar till NJA 1988 s. 503 och rättstillämpningsfaktumet att ”rättsförhållandet ska uppfattas ur en konsuments perspektiv”. Av svaromålet framgår vidare följande:

Att på egen hand försäkra sig mot framtida inkomstbortfall sker genom att den enskilde ansöker och erlägger avgift för att åtnjuta denna nyttighet. Isolerat är inte denna del i kassans verksamhet att likställas med ren myndighetsutövning.

Det blir här underförstått att A beskriver arbetslöshetskassans verksamhet inte bara som helhet utan också som delbar för den aktuella rättsfrågan. Något som även ligger underförstått i Svea Hovrätts och Högsta domstolens avgöranden, vilket redogjorts för i kapitel 4. Käranden däremot, inleder sitt överklagande till hovrätten genom att försöka etablera *hela* arbetslöshetskassans verksamhet som myndighetsutövning:

Inspektionen för arbetslöshetsförsäkringen (IAF) säger i sin granskningsrapport 2006:13 [...] bl.a. följande rörande gränsdragningen mellan myndighetsutövning och annan verksamhet hos en arbetslöshetskassa. I den inledande sammanfattningen skriver man; i denna rapport redovisas IAF:s granskning av arbetslöshetskassornas (kassornas) medlemshantering, det vill säga myndighetsutövning, ärendehantering gällande inträden och utträden, medlemsavgift samt medlemsgiftshantering.

Käranden hänvisar även till ett uttalande från IAF den 4 december 2007:

IAF har meddelat arbetslöshetskassorna att de inte får överlämna sina fordringar på medlemmar till externa inkassobolag. De fordringar som är aktuella gäller dels återkrav av felaktigt utbetald ersättning, dels obetalda medlemsavgifter. Anledningen är att IAF har bedömt att kravverksamheten innehåller förvaltningsuppgifter som innefattar myndighetsutövning. Sådan kan enligt Regeringsformen inte delegeras från en a-kassa till ett inkassobolag eftersom det saknas stöd i lag. IAF motverkar beslutet om att inte tillåta delegering av kravverksamheten till inkassobolag med att såväl återkravshantering som debitering av den del av medlemsavgifterna som täcker den förhöjda finansieringsavgiften

till staten kan ses som ett utflöde av samhällets maktbefogenheter i förhållande till medborgarna. Beslut om återkrav kan överklagas till domstol, och beslut om den förhöjda medlemsavgiften kan överklagas till IAF och slutligen till regeringen. Redan dessa omständigheter visar att hanteringen innefattar myndighetsutövning mot den enskilde. [...] Redan det faktum att arbetslöshetskassorna, enligt IAF:s beslut, inte får överlämna fordringar avseende obetalda medlemsavgifter till inkassobolag talar för att sådana fordringar ska ses som fordringar som grundas på myndighetsutövning och inte som konsumentfordringar grundande på ett rent civilrättsligt förhållande mellan medlemmen och arbetslöshetskassan. Av detta följer att en tioårig preskriptionstid gäller.

I argumentationen utgår den underliggande intrigen, precis som beskrivits tidigare, utifrån begreppsbestämning avseende arbetslöshetskassans verksamhet som helhet, antingen utgör den myndighetsutövning, eller så utgör den näringsverksamhet. Den sammanhållande logiken för det rättsliga narrativ som Högsta domstolen och Svea Hovrätt använder, det vill säga att tillämpningen ska göras med åtanke från en konsuments perspektiv, är inte närvarande i kärandens narrativ. Ett sådant narrativ skulle dock ha varit möjligt att konstruera (på ett sätt som var förenligt med kärandens intresse i målet) utifrån den information som finns i IAF:s yttrande. En sådan skrivning hade kunnat handla om att graden av offentlig maktutövning måste ha framträtt för den enskilde och att det av den anledningen ska vara tioårs-preskription som ska tillämpas. Att käranden inte placerat sin argumentation inom ett liknande narrativ som Högsta domstolen och Svea Hovrätt innebär att käranden i målet egentligen inte argumenterat i sak. Med detta menar jag att de inte argumenterar i sak så som saken *blev*. Kontradiktionen i målet har därmed för käranden handlat om något annat än vad prövningen i målet kom att handla om. Käranden höll fast vid den inslagna vägen om att se arbetslöshetskassan som helhet, en slags path dependency, vilket ledde till narrativedissonans. Det bör även påpekas att den skiljaktiga meningen i Högsta domstolen bekräftade svarandens narrativ.

Sammanfattningsvis framträder här hur den narratologiska dimensionen påverkar förutsättningarna för subsumtion samt att den kontradiktoriska processen haltar när parterna och domstolen förstår de faktiska omständigheterna utifrån olika grundläggande narrativ. Grundläggande narrativ, vilka möjligen osynliggörs av den detaljerade processfaktum-exercisen.



### 6.2.3. NJA 2011 s. 600 - Tandläkarmålet

Tandläkarmålet har nämnts redan i kapitel 1 och har även förekommit i analysen i kapitel 5. Målet handlar om Å som beställt en tandoperation av KI men som motsatt sig att betala eftersom han inte är nöjd med resultatet av operationen. Parterna är även oense om vad som avtalats mellan dem.

#### 6.2.3.1. Icke-kommunikation

I Tandläkarmålet är käranden, Karolinska Institutet (KI), företräd av en advokatfiskal på Kammarkollegiet medan svaranden Å, en privatperson, i tingsrätten och hovrätten inte har något biträde. KI har ansökt om betalningsföreläggande gentemot Å med grund i att Å inte har betalat för tandvårdstjänster som institutet utfört. Målet överlämnades från Kronofogdemyndigheten efter Å:s bestridande. I stämningsansökan redogör KI för grunderna:

Å har mottagit avgiftsbelagd vård för vilken han fakturerats enligt gällande prislista. För arbetena gäller en garanti, som emellertid förutsätter att den ursprungliga behandlingen betalats.

Under rubriken ”Grunder” har KI inte anfört att Å inte betalat de fakturor som tillsänts honom, detta framgår emellertid av texten under rubriken ”Bakgrund, omständigheter”. KI:s stämningsansökan kan därmed sägas ligga väl i linje med en intrig som förhåller sig till den processrättsliga representationen konkret rättsfakta.

Å:s första yttrande i målet är huvudsakligen skriven i dialogform, en dialog mellan Å och de anställda vid KI.<sup>871</sup> Texten, vilken även refererats i kapitel 1, är uppbyggd på ett helt annat sätt än vad som vanligtvis förekommer inom rättstillämpande praktiker:

Den 16 januari 2007 fick jag, mycket hastigt och dito olustigt, för första gången i livet erfara, vad som menas med ”riktig” tandvärk. Och efter en mycket lång natt fick jag kontakt med tandläkarhögskolans akutavdelning, som omgående tog in mig på avdelningen för översyn och troligtvis åtgärdande av det värkande

---

<sup>871</sup> Ett utdrag från Å:s yttrande har jag redan kort berört i kapitel 1. Jag har gjort några små justeringar för att underlätta läsningen av referatet i förhållande till originalhandlingen från tingsrättsakten. Dessa justeringar handlar om att jag tagit bort vissa radbrytningar och att jag ibland valt att skriva ut hela ord istället för förkortningar eller att jag i vissa fall tagit bort upprepade skiljetecken.

"lilla aset". De konstaterade snabbt att den lilla stump som inte var amalgam (gammal jättefyllning) knappast räckte för att bygga en ny tand runt.

- Vi blir nog tyvärr tvungna att dra ut er tand, är jag rädd, sa någon.

- Varför tyvärr? Undrade jag. Det låter som ett alldeles lysande förslag i mina öron. Eller förresten innan jag säger för mycket, hur mycket kommer det att kosta?

- Det kostar som ett vanligt akutbesök, d.v.s. 260 kronor.

- Jamendåså, då vill jag beställa "en sån".

Det tog någon timma men det var det definitivt värt. När de var klara frågade de lite försynt om jag möjligtvis kunde tänka mig att bli inskriven som en reguljär patient, att bli kallad osv. Min välvilja för dessa, i mina ögon "tand-ont-superhjältar", höll för ögonblicket på att spränga alla tidigare gränser. Så jag svarade naturligtvis: "ja tack, hemskt gärna." Jag trodde nog inte att det skulle bli speciellt hemskt, och det lät ju väldigt förnuftigt när de sedermera både förklarade varför det troligen skulle bli extremt besvärliga följder av att jag nu saknade en kindtand i underkäken och att de föreslog en förvisso ganska omfattande och behandlingskrävande åtgärd, men i gengäld skulle jag utan tvekan bli väldigt nöjd med resultatet.

- Så, vad vill du att vi gör? Frågade de mig!

- Ja, alltså, jag är ju inte direkt tandläkare så hur ska jag kunna svara på det? försökte jag.

- Ni får väl helt enkelt göra det ni anser vara nödvändigt. Jag vet bara att jag inte vill ha något mer tjafs med den. Eller rättare sagt, det som en gång var den tanden.

- Jamendåså. Då kallar vi dig så snart vi har en tid ledig. Då presenterar vi hela "operationen" lite mer detaljerat och du får samtidigt ett kostnadsförslag att ta ställning till. Låter det bra?

- Lysande, helt enkelt lysande, tyckte jag.

Hur som helst. De satte igång och allt verkade gå enligt någon form av plan. Det togs röntgenbilder, det gjordes avgjutningar (av hela garnityret och lite till), det gjordes förberedande borrarningar i tänderna där bron skulle förankras (för övrigt de enda friska tänder jag hade, i princip. Ja, innan alltså.) det testades att stommen till protesen passade och det justerades hit o dit, både i tänder och "byggmaterialet". Och när alla var nöjda och allt var

så där bra som det nästan bara blir i Disney-filmer, så cementsades gjutningen temporärt fast på sin slutgiltiga plats, och jag skulle få känna hur den skulle komma att verka när allt var klart. För säkerhets skull. Innan gjutstycket skickades till tandteknikerna för den slutliga finishen med att sätta dit själva "tandsurrogaten". När det väl var gjort gick det inte att ändra på "någon se".

Sammanfattningsvis kan jag nämna att hade jag anat att "projektet" skulle vara så inkräktande, på både min privata välbefinnande-status och "arbetstidsförkortning" (??) Dessutom: Det här är ingen Disney-film. Det verkade, sett med mina "lekmanögon", inte gå något vidare för "hemmalaget". Det gjorde ont i munnen för jämnan. De "metallhöljen" som sattes över de nu sönderborrade kindtänderna, som skydd mot bakterier och ILNINGAR från den blottade nerven, lossnade ideligen och skavde irriterande mm. Gjutningen blev det inte heller ngn riktig passform på.

På tisdagen sedan, ringer jag min kandidat igen. Jag berättar vad hon redan kunnat se genom journalanteckningarna som tillkommit under helgen, nämligen att bron måste göras om, med en annorlunda konstruktion, och att det dessutom föreligger en tidsaspekt o.s.v.

- Hon svarar att vi ju redan bokat en tid nästa vecka och före det kommer ingenting att hända. Så får vi se vad som måste göras.

- Visst (???). Kommer.

Då vi sedan har detta möte, för övrigt det sista, upplyser hon mej kort om, med förklaringen att jag nu är färdigbehandlad för denna gång. Och att jag kommer att kallas till den årliga kontrollen när det blir dags. Jag vet inte riktigt hur jag skall uttrycka mej men stammar fram något i stil med:

- Färdigbehandlad? Hur menar du? Hade du inte sett akutläkarens journalanteckningar, eller har du ev. missuppfattat något, eller är det jag som missat något?

- Nej då. Allt är helt i sin ordning. Men det är bara det att jag slutar min utbildning nu till sommaren, så jag kan inte vara din "tandis" längre. Min behandling av dig är färdig, E'ru me?

- Ja, jo, naturligtvis inser jag det. Självklart. Men jag har aldrig betraktat dig som min behandlingsledare. Jag är säker på att dina göromål granskas av någon som har den kompetensen så VEM

som gräver i min mun är ju inte behandlingen direkt avhängig av. Jag trodde du menade på att JAG var färdigbehandlad vad gäller implantatet och dylikt. Så...Vem skall ta över och göra om den? När ska jag vara här? Finns det någon jag kan ringa och checka planeringen med (eftersom det börjar bli mycket jobb ett tag framöver så är jag inte lika lättillgänglig som jag varit under "vår" tid tillsammans), E'du me?

- Nja jag vet inte exakt. De kallar dig när det blir dags. Det kan du vara säker på. Men hörru, vi måste gasa på lite, jag börjar få brådis.

- Men? Skulle inte din handledare vara med på det här mötet också? Det var ju så viktigt.

- Jo men hon har redan varit här, men hon skulle titta förbi igen om hon hann med det. Men du har väl inga klagomål på mej va, eller? Skojade hon.

- Joho'ra. Massor. Hi-hi. Bara skämta. Ja, lycka till i livet då, å ha det så bra, sa jag och var på väg att gå.

- Stopp, stopp. Tadenubalugnt. Du måste skriva på några papper först, säger hon och bläddrar fram något. Du måste bekräfta hur du vill betala och att du godkänner allt osv.

Samtidigt som hon räcker mej papperet säger hon glatt.

- Det blev ju inte så dyrt. Till slut. Ja jag gav dej lite extra rabatter. De där sista lagningarna bjöd jag på och så lite annat.

Jag kastar som hastigast en blick mot summan i nederkant: Hm, nitton nånting. Som hon hade antytt i början. Så jag svarade:

- Vadå rabatt? Det var ju ganska exakt vad du sa att du trodde det skulle gå på.

- Näe.

- Joho. Runt 2000 på ett ungefär. Och 19-hundra är ganska precis 2000, eller?

- Va? Det har jag aldrig sagt. Det är inte 19-hundra. Det står 19-TUSEN. 19-hundra? Var har du fatt det ifrån? [...]

- Såja. Då var vi klara, sa hon.

- Snyggt jobbat, sa jag, och satte mej upp.

- Du hittar väl ut va? Eller vill du att jag visar? Ja jag tänkte att eftersom du varit här så ofta så.

- Du har helt rätt. Någon guide behövs inte. Men jag undrar lite, när du nu gjorde på detta sätt, dvs att borra dej igenom bron för att nå roten. Då försvann väl det moment som skulle säkerställa att trycket som orsakat inflammationen avlägsnades, eller har jag

missat något? Skulle du inte slipa ner nånting som var för högt eller så? Sa jag.

- Eh, jo det stämmer men då du snart skall tillbaks så kanske det får vara. Det finns en risk att jag slipar bort så mycket att bron inte håller ihop vilket inte vore så bra. Och som sagt skulle det uppstå något mer problem så är det bara att du hör av dig. Det är ju gratis för dig, säger han samtidigt som han granskar något på sin skärm. Åtminstone ett tag till, till juni i alla fall, vad jag kan se här.

- Åh fan, svarade jag. Men lyckades hålla färgen. Är det så länge garantin gäller?

- Ja just det. Svarade han. (!!!!)

Aj-aj-aj. Tänkte jag. Då tror jag alla pusselbitarna börjar falla på plats. Kan de bara förhala det här till juni så är de av med problemet för gott. Vad garantin befattar. Återstår alltså att få mej att köpa det resonemanget eller att på något sätt binda mitt handlande till någon form av agreement angående levererad tjänst. T.ex. genom att jag gjorde en inbetalning, kanske? Jag vet inte vad som gäller rent juridiskt. Eller kan de kanske till och med hävda att jag "minsann verkar ha accepterat behandlingen, för garantin har jag inte dragit mig för att använda mig av." (Då med avseende på den senaste rotfyllningen. Så länge bron lossade är det för uppenbart att det skall räknas som deras ansvar, därav av den övertydlighet i bilagan till deras yttrande, vad gäller att övertyga "någon" om att allt de gjort bara varit temporärt. Kan alla köpa det så har de ju så att säga stått för sin del, nämligen att sätta tillbaks den "temporärt" igen. Rotfyllningen däremot skulle man kunna tolka som ett aktiverande av garantin, som i sin tur skulle kunna tolkas som ett bekräftande om att även de ursprungliga behandlingskostnaderna har acceptans eller något.) Ja, inte vet jag, som sagt. Hm. Det får räcka så.

Jag kan med lätthet finna möjligheter till en mängd imaginära scenarion med hänsyn av det minst sagt egendomliga förfarande som rullas upp vid närmare analys. De eventualiteter jag försiktigtvis belyst är godtyckligt valda. Jag har än så länge inte anklagat någon på allvar. Bara pekat på möjligheter som inte helt kan uteslutas av mej som ju de facto är den som har HELA "bilden" av "affären". Möjligen har den som kommer att granska målet varit med om liknande händelsekedjor, eller har erfarenhet av att utreda och få substans av en mängd "lösa trådar". Jag har i

så fall med dessa rader gett er möjligheten till det. De uppgifter som jag lämnat är helt korrekta och kan antagligen bekräftas av någon, om någon bemödar sej om att få en sådan.

Med likande form fortsätter berättelsen om Å:s kontakter med KI under drygt tio sidor. Rättegångsbalkens påbjudna narrativ, där konkreta rättsfakta bör åberopas och där intrigen bör byggas efter den materiella rättsregel parten tänker att de konkreta rättsfaktumen ska korrelera mot, lyser med sin frånvaro.

Från Å:s narration kan även konstateras att den inte förhåller sig till dispositionsprincipen. Han uttrycker detta genom exempelvis "[j]ag vet inte vad som gäller rent juridiskt", "[m]öjligen kan den som kommer att granska målet" och "[d]e uppgifter som jag lämnat är helt korrekta och kan antagligen bekräftas av någon, om någon bemödar sig om att få en sådan". Å förhåller sig även till att KI bör ta initiativ till de åtgärder som ska genomföras genom att skriva " – Så, vad vill du att vi gör? Frågade de mej! – Ja, alltså? Jag är ju inte direkt tandläkare så hur skall jag kunna svara på det?". Att Å tänker sig att det är någon annan som kommer att ta initiativ till utredning av målet framgår även av att han anger åberopandet av en muntlig bevisuppgift såsom "EVA kandidaten som var "behandlingsansvarig", Efternamn av mig okänt". Att Å utgår från att det inte är han som behöver ta ansvar för rättegångens disposition framgår även av hans avslutande stycke i svaromålet:

Slutligen måste jag uttrycka min förvåning över att motparten inte åberopar någon som helst bevisning. Försök ha överseende med min okunskap om exempelvis vilka saker som skall yttras i ett yttrande, vad som gäller angående regler för åberopanden mm. Jag vet helt enkelt inte vad som är rätt i en rätt. Men jag vet vad som är rätt. Och vad som är fel. De har gjort fel. Det är rätt.

Å:s narrativ och Å:s subjektsposition står i bjärt kontrast till den typ av intrig, ansvarstagande och förhållningssätt som präglar det principiella ramverket runt dispositiva tvistemål. Han förhåller sig varken till etablerade processrättsrepresentationer eller till sin påbjudna subjektsposition som part i en rättegång. Inför den muntliga förberedelsen yttrar sig KI över svaromålet:

Å:s yttrande, aktbilaga 11, är till största del en redogörelse av samtal med personal på Karolinska som, vid författandet av yttrandet, hållits för över ett år sedan. Innehållet i dessa kan följaktligen inte vitsordas. Dock kan det konstateras att yttrandet inte synes innehålla något bestridande till käromålet.

Här är narrativedissonansen av ett annat slag än den som redogjorts för avseende Villareparationsmålet och Preskriptionstidsmålet. KI anser att Å:s narrationsteknik,

dialogformen, inte kan anses vara trovärdig. Antagligen eftersom KI inte tror att någon människa kan ha ett såpass gott minne att en dialog kan återges efter att såpass lång tid har förflutit. Men att narrationen inte är trovärdig behöver dock inte innebära att innehållet i de sekvenser, vilka svaranden försöker att beskriva, inte är trovärdiga. Tvärtom visar den fortsatta processen att de behandlingssituationer som svaranden beskriver inte ifrågasätts av KI och att parterna är överens om att en fortsatt behandling bör ske. Så fort Å:s uppfattning presenteras i ett annat typ av narrativ förändras KI:s uppfattning om vilka omständigheter institutet är villiga att vitsorda. Påpekandet om att ”yttrandet inte synes innehålla något bestridande” kan även det förstås som en invändning mot att svaranden inte förhållit sig till det påbudna narrativet. Den som läser Å:s inlaga i sin helhet kan knappast vara tveksam till att Å inte vill betala det, av kändan, yrkade beloppet. Å:s narrativ hindrar således på ett effektivt sätt möjligheten till kontradiktion mellan parterna eftersom KI inte är villiga att se bortom svarandens uttrycksform.

### 6.2.3.2. Fel eller fel eller bara ofärdigt

Trots Å:s svårigheter att förhålla sig till vad som framstår som ett rättsligt narrativ vinner han målet i tingsrätten. Tingsrättens domskäl avslutas med följande motivering:

Mot bakgrund av att parterna är överens om att tandvårdsbehandlingen varit felaktig och att det krävs en korrigerande behandling för att den skall fylla sitt behov och då Karolinska Institutet inte har visat att parterna har avtalat om att betalning vid fel i tjänsten skall ske innan avhjälpande av felet, är det tingsrättens bedömning att Å har rätt att hålla inne med betalningen till dess felet avhjälpes. Käromålet skall därför lämnas utan bifall.

KI överklagar till hovrätten där institutet uppger att tingsrätten tillämnat konsumenttjänstlagen trots att den inte är tillämplig på behandling av människor, ett argument som vinner gehör. Från domskälen i hovrätten kan följande utläsas:

Å har sökt och genomgått en tandvårdsbehandling vid KI. Parterna är ense om att behandlingen måste göras om. Detta innebär emellertid inte att behandlingen i köprättslig mening har varit felaktig. Konsumenttjänstlagen är inte tillämplig på behandling av människor. Det har inte framkommit något som tyder på att behandlingen har utförts i strid mot vetenskap och beprövad erfarenhet. Å är därför skyldig att betala för den behandling han har genomgått.

Å överklagar till Högsta domstolen och får då även hjälp av ett ombud. Parterna fokuserar, i skriftväxlingen inför Högsta domstolens avgörande, på frågan om KI:s behandling ska anses ha varit felaktig eller inte. I protokollet från den muntliga förberedelsen i tingsrätten noterades att "[p]arterna är överens om att behandlingen är felaktigt utförd och att en ny behandling bör ske", vilket KI menar var en missuppfattning från tingsrätten sida, som de inte fått möjlighet att påpeka eftersom den muntliga förberedelsen omedelbart övergick till huvudförhandling. I sin svarskrivelse till Högsta domstolen påpekar KI:

Till grund för talan åberopar KI samma omständigheter som i tingsrätten. KI vill därutöver anföra följande. Som KI underströk i överklagandet till Svea hovrätt har KI, tvärtemot vad som sägs i tingsrättens dom, aldrig erkänt att tandvårdsbehandlingen var behäftad med fel. Trots detta har tingsrätten grundat sitt avgörande på att parterna skulle ha varit överens om att behandlingen var felaktig. Eftersom KI inte fick något protokoll från den muntliga förberedelsen fanns ingen möjlighet att rätta till missuppfattningen innan tingsrätten avgjorde målet. KI:s tillrättsläggande i hovrätten på denna punkt kan inte, såsom Å har gjort gällande, ses som en otillåten ändring av talan. Ostridigt är dock att behandlingen behövde göras om. Det ligger emellertid inte, som Å menar, i sakens natur att tjänsten därmed har varit felaktig. När tandläkarvård och annan medicinsk behandling utförs kan man aldrig vara helt säker på resultatet. Man kan inte sluta sig till att behandlingen har varit felaktig endast på den grunden att den inte har lyckats. Det är inte ovanligt att upprepade behandlingar av olika slag krävs för att önskat resultat ska uppnås. Detta betyder inte nödvändigtvis att värdgivaren har begått ett avtalsbrott. Svea hovrätt uttalade att det inte framkommit något som tyder på att behandlingen utförts i strid med beprövad erfarenhet. KI drar slutsatsen att hovrätten inte anser att det är tillräckligt att vården har misslyckats för att det ska röra sig om fel i tjänsten. Det måste också framgå att vården har utförts i strid med beprövad erfarenhet. Så är inte fallet här. Bevisbördan för att tjänsten är felaktig vilar enligt KI:s uppfattning på den som påstår detta. Å har inte åberopat någon bevisning till stöd för sitt påstående.

Det handlar här om att placera de sekvenser som beskriver behandlingen. Å sätter begreppet fel i förhållande till *resultatet* av behandlingen. Eftersom behandlingen måste göras om "ligger det i sakens natur" att den också är felaktig. KI placerar istället sekvenserna om behandlingens eventuella felaktighet till de *behandlande be-*



*sluten*, snarare än behandlingens resultat, genom att konstruera intrigen kring "beprövad erfarenhet". I den mån varje behandlande beslut kan motiveras med beprövad erfarenhet saknar det enligt KI betydelse om resultatet inte blivit tillfredställande för Å.

När det blir dags för föredraganden till Högsta domstolen att handskas med tvisten visar det sig dock att de omständigheter som parterna så flitigt diskuterat saknar betydelse. Istället för att fokusera på frågan om resultatet varit fel, eller om behandlingen i sig varit i enlighet med berövad erfarenhet, konstaterar föredraganden att behandlingen "inte färdigställts". Eftersom föredraganden bygger sitt resonemang kring om behandlingen färdigställs, aktualiseras andra rättsregler och därmed blir en annan sorts förståelse av de faktiska omständigheterna relevant. Det är här intressant att notera att det inte handlar om att parterna och domstolen har olika uppfattning om varken rättsreglernas innehåll eller de faktiska omständigheterna, utan det handlar snarare om att de faktiska förhållandena ger förutsättningar för flera rättsakter. Eftersom föredraganden väljer att placera de faktiska omständigheterna i ett narrativ kopplat till om behandlingen är färdigställd eller inte, blir frågan om behandlingens felaktighet oväsentlig. Föredragandens slutsats lyder:

Å har således rätt att hålla inne betalningen till dess Karolinska Institutet gjort om tandvårdsbehandlingen och Å erhållit en fungerande bro. Vid denna bedömning saknas skäl att särskilt pröva frågan om tandvårdsbehandlingen varit felaktig.

Högsta domstolen konstaterar att tjänsten inte är färdigställd och går sedan vidare för att diskutera när betalningsskyldighet uppstår i det aktuella fallet. Eftersom det därmed inte finns något avtal om när betalningsskyldigheten uppkommit måste detta avgöras på annat sätt:

Som ovan konstaterats är Å inte bunden av Karolinska Institutets allmänna villkor (se p. 11). Av vad som framkommit i målet följer inte heller att Karolinska Institutet när frågan diskuterades mellan parterna villkorade sitt åtagande att göra om hela behandlingen med att den faktura som skickades den 30 mars 2007 först betalades. När det saknas stöd för annat i parternas avtal finns det skäl att på ett åtagande om att göra om behandlingen tillämpa de principer för betalningsskyldighet som gäller när tjänsten ännu inte har utförts. Uppdragsgivaren har nämligen vid en sådan överenskommelse samma intresse av att inte behöva betala förrän uppdragstagaren utfört tjänsten som uppdragsgivaren har vid ett ursprungligt avtal om utförande av en tjänst. Å kan därför inte anses skyldig att betala förrän Karolinska Institutet har gjort eller låtit göra om behandlingen.

Vid denna bedömning saknas det skäl att särskilt pröva frågan dels om tandvårdsbehandlingen varit felaktig och om Å därför skulle ha haft rätt att hålla inne betalningen intill dess behandlingen gjordes om, dels frågan om Karolinska Institutet i tingsrätten har vitsordat att fel i tandvårdsbehandlingen föreläggat. Det saknas också skäl att pröva betydelsen av det avtal om avbetalning som ingicks mellan parterna efter avtalet om att tjänsten skulle göras om.

Högsta domstolen avgör visserligen målet på omständigheter som parterna fört in i processen, några andra omständigheter känner inte domstolen till. Men ingen av parterna har förutsett att det är rättsfrågan, kopplad till när behandlingen ska anses ha utförts, som ska komma att vara avgörande. Parternas argumentation avseende de faktiska omständigheterna har därmed inte varit kopplade till frågan om tjänsten varit färdigställd eller inte, utan argumentationen har helt varit relaterad till att beskriva de åberopade omständigheterna på ett sätt som ger dem mening i förhållande till frågan om behandlingen varit felaktig.<sup>872</sup>

Det har inte aktualiserats några nya omständigheter i Högsta domstolen men samtidigt är de avgörande omständigheterna i målet nya för varje instans. Det konkreta rättsfaktumet i tingsrätten utgörs av att KI gjort en felbehandling av en konsument. I hovrätten utgörs det konkreta rättsfaktumet av att KI inte gjort en felbehandling av en icke-konsument. I Högsta domstolen består det konkreta rättsfaktumet av att behandlingen inte är färdigställd. Det som förenar dessa olika versioner, av det avgörande konkreta rättsfaktumet i målet, är väl snarast att 'Å har varit hos tandläkaren och fått behandling si och så'. Något som ironiskt nog är just vad Å:s berättelse i tingsrätten handlade om. Ironiskt eftersom det narrativ Å placerar dessa omständigheter i inte är igenkännbara för KI som ett *rättsligt* narrativ. Samtidigt är de omständigheter som KI presenterar i alla tre instanser inte heller igenkännbara som det rättsliga narrativ Högsta domstolen slutligen bestämmer sig för. I retrospektiv har därmed både kärandens och svarandens skriftväxling under rättegången, i allt väsentligt, saknat mening. Processen har därmed präglats av en narrativedissonans både mellan part och part och mellan part och domstol.

---

<sup>872</sup> Jfr här med det tidigare resonemanget om domstolens skyldighet att kommunicera med parterna, när de har för avsikt att låta omständigheter eller rättsregler som parterna själva inte uppmärksammat få en avgörande betydelse, Lindell, Bengt (2007) s. 50. Jfr dock Heuman, Lars (2004) s. 266.

## 6.2.4. NJA 2012 s. 776 - Gymkortsmålet

Gymkortsmålet har analyserats i kapitel 5. Käranden, Rehab, har stämt AH angående en fordran baserad på att AH inte betalat ett träningskort som hon haft för att träna i Rehabs träningslokal. Argumentationen i målet handlar framförallt om i vilken mån villkoret i parternas avtal, om automatisk förlängning av gymkortet, är oskäligt eller inte.

### 6.2.4.1. 'Den gällande rätten'

I Gymkortsmålet förlorar AH målet i tingsrätten och överklagar till hovrätten. Av överklagandet framgår under "[o]mständigheter till stöd för prövningstillståndet" följande:

Riktigheten av tingsrättens dom kan betvivlas, och det finns synnerliga skäl att pröva detta överklagande.

Detta till följd av att domen är oförenlig med vad Göta hovrätt bedömt vara gällande rätt, då såväl vad gäller giltighet av klausuler om automatiskt avtalsförlängning med bestämd tid vid konsuments underlåtenhet att säga upp sådana, som i fråga om det kan anses ligga i konsuments intresse av automatisk avtalsförlängning.

Framhållas skall här även att Ystads tingsrätt till stöd för sin dom har hänvisat till avgörande av Marknadsdomstolen, men att de domskäl Marknadsdomstolen redovisat rimligen inte kan föranleda varken de slutsatser tingsrätten dragit eller den bedömning tingsrätten gjort i målet.

Här kan noteras att AH:s argument i det andra stycket handlar om att domen är oförenlig med vad Göta hovrätt har bedömt vara gällande rätt i ett annat mål. Narrativet är därmed uppbyggt på den outtalade premissen att prövningstillstånd ska meddelas för att undvika inkoherens i rättssystemet. Men argumentet handlar även om att den refererade hovrättens dom ska anses ha ett prejudicerande värde. Argumentet i det tredje stycket handlar om att tingsrätten missbedömt Marknadsdomstolens dom, i betydelsen att tingsrätten inte förstätt det uttryck för gällande rätt, som där kommit till uttryck, och att dessutom denna misstolkning av gällande rätt

inte subsumerats på ett korrekt sätt. Under "[g]runder för överklagandet" framgår avseende den nämnda domen från Göta hovrätt vidare:

Hovrätten har i sina domskäl redovisat att avtalsvillkor enligt EG-rätten måste anses oskäligt om det innebär automatisk förlängning om konsumenten inte uttalar sig däremot och konsumenten lång tid i förväg måste meddela att avtalet sägs upp.

Vidare har hovrätten funnit att huvudregeln i svensk rätt är att det inte ligger i konsumentens intresse med automatisk förlängning av ett avtal, och också att en ytterligare bindningstid om ett år är förhållandevis lång.

Jag vill särskilt understryka att Ystads tingsrätts mening att "det i flertalet fall torde ligga i en konsuments intresse att en avtalad tjänst fortsätter utan onödigt avbrott" således helt strider mot det Göta hovrätt funnit utgöra gällande svensk rätt, dvs att det normalt inte ligger i konsumentens intresse med avtalsförlängning vid passivitet.

Narrativet kan också här sägas vara uppbyggt kring frågan om tingsrätts dom är förenlig med gällande rätt. De sekvenser som bygger upp helheten hänvisar till Göta hovrätts resonemang. Intrigen är uppbyggd kring entymemet att om hovrätten och marknadsdomstolen slagit fast något i andra mål så måste samma sak även gälla i det förevarande målet. För att resonemanget ska förstås krävs således en association till den normativa målsättningen om rättens enhet. Det kan här även noteras att resonemangets situering är abstrakt och att de mest konkreta beskrivningarna består av tecken såsom "konsument" och "avtal". Argumentationen antyder inte att dessa skulle kunna vara nedbrytbara och att konsumenter skulle kunna ha skiftande intressen, eller att det kan vara fråga om olika typer av avtal. Detaljnivån för rätten handlar om "EG-rätt" och "svensk rätt" och det finns inte någon hänvisning till mer konkreta rättskällor.

I hovrätten handlar skriftväxlingen mellan parterna bland annat om huruvida omständigheterna i målet från Göta hovrätt liknar omständigheterna i det aktuella målet. Rehab presenterar en motberättelse mot AH:s mer abstrakta resonemang genom att bryta ner avtalsbegreppet:

Avtalsförhållandet (i Göta hovrätts dom ) rör avtal som träffats per telefon. Konsumenten har blivit kontaktad av säljaren. Konsumenten och säljaren har ingen regelbunden kontakt och "träffas" aldrig, varken i samband med avtalets tecknande eller under avtalstiden.

Avtalsvillkor går inte att jämföra med det nu aktuella avtalsförhållandet där man träffats personligen i samband med avtalets ingående. Avtalstexten är särskilt markerad för att kunden särskilt skall uppmärksammas på gällande förhållanden. Bolaget och kunden träffas regelbundet under hela avtalstiden. Kunden skall säga upp avtalet 30 dagar innan det löper ut, dvs inte lång tid i förväg. Avtalen skiljer således väsentligt åt och kan inte jämföras. Det går inte att styrka att kunden varit medveten om att ett avtal är ingånget.

AH är emellertid av en annan åsikt avseende omständigheternas likhet med varandra i de två rättsfallen vilket framgår av det följande:

Min uppfattning och bedömning är den att förhållanden, då utom i fråga om uppsägningstidens längd, är identiska med de i Göta hovrätts dom T755-09;

- det framstår inte som särskilt angeläget för konsumenten med förlängning
- en förhållandevis lång ny bindningstid om ett år (det kan ju hända mycket under ett år som gör att man inte längre kan utnyttja gymtjänsten, som t ex flyttning till en annan ort, sjukdom eller ändrade arbetsförhållanden)
- skriftlig uppsägning krävs
- är inte egentligen motiverat med uppsägningstid om ens en månad
- villkoren har bara tillkommit för att tillgodose säljarens intressen, utan några motsvarande förmåner för konsumenten.

AH befinner sig således åter på en betydligt mer generell nivå, vilket leder till att hennes berättelse ser andra paralleller, än vad Rehab gör. Med en förståelse av argumentationen utifrån en representationsdiskurs kan parterna här sägas tala om samma sak men på olika nivåer.<sup>873</sup> Båda pratar om avtal mellan näringsidkare och konsument. Skillnaden mellan dem handlar 'endast' om att parterna tar fasta på händelsen utifrån olika abstraktionsgrad. Detta föranleder visserligen att deras respektive argument inte riktigt förhåller sig till varandra. Rehab förstår situationen utifrån olika avtalskontexter medan AH talar om det mer principiella förhållandet mellan konsument och näringsidkare på en mer samhällsövergripande nivå.

---

<sup>873</sup> Jfr Lindell, Bengt (2007) s. 206ff, Lainpelto, Katrin (2012) s. 300-301 och Lindblom, Per Henrik (2006b) s. 166. Se även Searle, John R. (1999) s. 54-55.

Med Searles terminologi, och enligt en representationsdiskurs, kan slutsatsen dras att det här handlar om samma *råa fakta* som ligger i botten, avseende både avtalet de samtalar om samt avseende partsrelationen mellan AH och Rehab.<sup>874</sup> Men om skriftväxlingen mellan parterna istället förstås utifrån ett narratologiskt perspektiv, en uttrycksdiskurs, är det inte lika självklart att parterna talar om 'samma sak'. Berättelsen om den konkreta situationen och berättelsen om det principiella förhållningssättet mellan konsument och näringsidkare medför att olika typer av skript aktiveras och dessa medför därmed även olika typer av förväntningar på skillnadsgörande. För AH aktiveras skript, vilka handlar om förväntningar kopplade till kontextberoende faktorer i det enskilda fallet, medan Rehab fokuserar på det mer samhällsövergripande avtalsinstitutet för konsumenter och näringsidkare. Skillnadsgörandet i parternas respektive narrativ befinner sig således på nivåer där parternas respektive berättelse inte logiskt utesluter den andres. Därmed kan inte skriftväxlingen sägas vara kontradiktorisk. Den är snarare dissonant.

#### 6.2.4.2. Konfliktlösning mot handlingsdirigering

I Högsta domstolen yttrar sig Konsumentombudsmannen (KO) i tvisten, å AH:s vägnar, och dennes texter fokuserar på frågan om avtalsvillkor med automatisk förlängning. AH gör inte längre gällande att avtalet är ogiltigt på grund av omständigheter som gäller hennes eget hälsotillstånd. Argumentationen i överklagandeskriften kretsar istället kring att det inte ligger i konsumentens objektiva intresse med automatiska förlängningar såsom de avtalats i det aktuella målet. AH menar att en förnyelse av standardavtal som har löpt viss tid enbart kan försvaras om det, objektivt sett, kan antas ligga i konsumentens intresse att förlänga avtalet. KO visar, i sina skrifter till Högsta domstolen, intriger som är tydligt kopplade till samhälleliga resultat snarare än intriger kopplade till koherens (som ett värde i sig) eller intriger kopplade till rättskällor. Detta framgår bland annat av följande passage i kompletteringen till överklagandeskriften:

Hovrätten är inte bunden av Marknadsdomstolens ställningstaganden och Marknadsdomstolen är inte bunden av hovrättens slutsatser. För att näringsidkare och konsumenter ska ha rimliga möjligheter att förstå vad som gäller bör marknadsrätten och civilrätten ändå i största möjliga utsträckning sända samstämmiga signaler. Även kommunernas konsumentvägledare och Konsumentverket/KO har idag svårigheter med att förklara vad som avgör om ett standardavtal får förlängas automatiskt eller inte. Hur

---

<sup>874</sup> Jfr Searle, John R. (1999) s. 54-55.

frågan ska lösas verkar det till och med finnas olika uppfattning om hovrätterna emellan.

Argumentationen relaterar till i vilken mån domstolarna är bundna till varandras avgöranden, såsom rättskällor, och behovet av enhetlighet är kopplat till att "näringsidkare och konsumenter ska ha rimliga möjligheter att förstå vad som gäller" samt att myndigheter ska kunna ge klara besked till enskilda. Det vill säga, i den mån samstämmighet i rättssystemet efterfrågas, är det kopplat till funktionen; 'tydlighet för konsumenten'.

Att KO:s intrig är kopplad till att belysa de negativa, och övergripande, samhälleliga konsekvenserna med en automatisk förlängning av avtalet framgår också av efterföljande yttrande i HD där en rad olika argument lyfts fram, vilka antagligen inte hade getts utrymme i en narration kopplad till koherens eller förankring i legitima rättskällor. KO underbygger sin argumentation om "konsumentens objektiva intresse" genom hänvisningar till en ny departementspromemoria "App to date" (Ds 2012:31), konsumentverkets statistik ("under 2012 har Konsumentverket tagit emot över 50 anmälningar beträffande problem med automatisk avtalsförlängning") och det brittiska "Office of Fair Trading (OFT)", som också "reagerat på problemen som konsumenter vittnar om i samband med avtal om träning i gym eller motsvarande":

OFT väckte talan mot Ashbourne Management Services, ett företag som bl. a. utformar färdiga standardkontrakt avseende gymtjänster för konsumenter. OFT ansåg att standardvillkoren på olika sätt var oskäligen, och the High Court gav OFT rätt i flera avseenden i en dom från den 27 maj 2011.

KO bygger alltså sina inlagor med ett tydligt fokus på rättens resultatorienterade välfärdsstatliga funktion. Motparten, Rehab, tar fasta på en mer rättsstatlig argumentation. I en av inlagorna i Högsta domstolen anger Rehab följande:

AH har själv sökt upp Rehab. Hon har full rättslig handlingsförmåga. Hon tecknar ett avtal som är klart och tydligt utformat enligt såväl tingsrätt som hovrätt. Hon gör sina egna val. Hon får en låg månadskostnad. Inloggningsterminalen upplyser henne om vad som gäller vid varje träningstillfälle. AH glömmer att säga upp avtalet. AH har själv att ta ansvar för sitt handlande. Pacta sunt servanda.

Rehab bygger här narrativet genom sekvenser, vilka tydligt kopplar mot att AH måste behandlas som ett autonomt rättssubjekt med möjligheter att på ett rationellt sätt hantera sin situation och sin avtalsfrihet. I texten, där Rehab slutför sin talan inför

Högsta domstolens avgörande, framgår under rubriken ”nägra avslutande kommentarer”:

Vill göra gällande att man inte generellt kan påstå att konsumenter känner sig lurade av automatiska avtalsförklaringar och särskilt inte av vårt kontrakt. I vårt avtal har kunden gjort ett aktivt val låg månadsavgift ger lång uppsägningstid medan kort uppsägningstid ger högre månadsavgift. Valet har AH själv gjort. För det fall avtalstiden förkortas skall månadsavgiften ökas i motsvarande mån.

Under resans gång har AH haft flertalet olika förklaringar till uppkommen situation, allt ifrån svullna ben, kraftig övervikt, krisreaktioner, resttillstånd efter stroke på 90 talet, 15 år innan avtalet med oss ingicks, problem med sonen i skolan osv ... Jag ifrågasätter inte AH:s problem och lidanden, utan beklagar detta. Men fokus måste trots allt hållas på rätt saker. Jag anser att KO har tappat fokus på själva kärnfrågorna och helhetsbilden, men framför allt, det sunda förnuftet. Att ta fragment av en helhet, och skapa en ny sanning och verklighet. Så kan det nog lätt bli i juridikens komplicerade värld.

Om det nu är så att HD skulle komma fram till annan slutsats än TR och HR. Var går gränsen då för vårt ansvar att påminna AH om avtalsinnehållet? Vid vilken tidpunkt i avtalet skall vi påminna? Hur skall vi påminna, vilken metod är godtagbar? Hur många gånger skall vi påminna? Och till sist den svåraste, hur skall vi kunna påvisa och bevisa att en påminnelse har skickats och att konsumenten tagit del, läst, förstätt innehållet i en liknande situation där ord står mot ord, är det delgivningsman som återstår? Och var slutar AH:s ansvar över det skriftliga avtal som hon aktivt, på eget initiativ, och av fri vilja ingått?

Åter framträder en skillnad mellan parternas sätt att hantera omständigheterna i målet. AH:s talan fokuserar på kollektiva övergripande aspekter av konflikten, medan Rehab fokuserar på den enskilda situationen. Handlungsdirigering mot konfliktlösning. Rehab är uppenbart missnöjd med AH:s narration; ”[a]tt ta fragment av en helhet, och skapa en ny sanning och verklighet. Så kan det nog lätt bli i juridikens komplicerade värld”. Även Rehab tar i sista stycket upp konsekvenserna av en dom som går till AH:s fördel. Argumentationen består av retoriska frågor om hur Rehab ska kunna navigera i ett samhälle där de måste försäkra sig om att kunderna (konsumenterna) verkligen förstätt innehållet i avtalet samt påminnelsen om avtalet,



och där man inte längre kan utgå från kundernas möjlighet att avtala enligt sin fria vilja. De retoriska frågorna fungerar som metaforer för att uttrycka att motpartens lösning inte leder till goda samhällskonsekvenser. Här fungerar även anknytandet till det "sunda förnuftet" som en metonymi, vilken ger det efterföljande stycket en legitim förankring.

### 6.3. Parallell diktion

Argumentation och skriftväxling angående en rättslig konflikt kan, som de nämnda exemplen visar, genomföras på olika abstraktionsnivåer och genom olika typer av narrativ vilka medför att parternas och domstolens argumentation aldrig riktigt sätts i relation till varandra. Parternas berättelser, och även domstolens, konstrueras parallellt. Möjligheten att argumentera för att det är den egna berättelsen som ska läggas till grund för den rättsliga prövningen och inte motpartens, det vill säga möjligheten till kontradiktion, förtas i den mån att motsägelsefulla narrativ inte bidrar till ömsesidig genomlysning av konflikten. Skriftväxlingen ger visserligen upphov till skiftande perspektiv och alternativa synsätt men istället för *kontradiktion* präglas exemplen snarast av en slags *parallell diktion*. Det saknas ett förhållningssätt till argumentationens narratologiska dimension.<sup>875</sup> Parternas och domstolens narrativ präglas i de analyserade rättsfallen därmed av en narrativdissonans.<sup>876</sup>

Av såväl genomgången av det processrättsliga ramverket bakom rättegången i allmän domstol och i de exempel som givits från rättsfallsmaterialet framträder en bild, vilken visar att de processrättsliga representationerna uppstår i ett samspel med den subsumtion som genomförs i målet snarare än att subsumtionen genomförs utifrån redan färdigpaketerade bestämmningar av processrättsliga fakta. De processrättsliga representationerna *konkret rättsfaktum*, *bevisfaktum*, *rättstillämpningsfaktum* med mera utgör därmed en mycket begränsad hjälp när det gäller att förstå vad som *bör* kontraheras mellan parterna och vad som utgör det centrala navet för parternas och domstolens argumentation i ett dispositivt tvistemål. Lindells påstående, om att det är helt avgörande att varje fakta i en rättsprocess har ett namn, är kanske inte oviktigt<sup>877</sup> men jag skulle vilja tillägga att det är uppenbart att det finns fler aspekter av en rättsprocess än fakta som behöver ett namn. Rättsliga narrativ, rättsliga entymer, överdeterminerade subjekt och narrativdissonans är några sådana begrepp, vilka inte utgör påståenden om fakta, utan istället är begrepp som synliggör skillnadsgörande.<sup>878</sup>

Representationsdiskursen skulle kunna beskrivas med det idiomatiska uttrycket 'att inte se skogen för alla träd'. Fokuseringen på de mindre bestånds-

---

<sup>875</sup> 'Narratologisk dimension' är ett uttryckssätt jag hämtat från Andersson, se Andersson, Håkan (2006).

<sup>876</sup> Vid seminarier och föreläsningar har jag fått kommentarer från praktiserande processjurister att detta i många fall utgör en medveten strategi, i betydelsen att parterna 'håller inne' med viktiga detaljer och avgörande resonemang till huvudförhandlingen. Huruvida detta utgör en legitim processtrategi eller inte kommer inte att behandlas närmare här.

<sup>877</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 23.

<sup>878</sup> Se avsnitt 3.1.2 avseende begreppet *skillnad* och på vilket sätt det kan leda till en annan typ av kunskap än representationer för *fakta*.

delarna av processrättsfakta leder, precis som Lindell själv är inne på, till att den övergripande berättelsen hamnar i skymundan. KI letar febrilt i Å:s inlaga efter ett medgivande eller förnekande utan att acceptera hela inlagan som ett förnekande.<sup>879</sup> Den, för Preskriptionsmålet, avgörande berättelsen om Arbetslöshetskassans verksamhet som helhet eller som delbar, blir också den svår att extrahera om endast ögonblicksbilder av processrättsliga representationer används i den rättsliga argumentationen.<sup>880</sup> Först när det rättsliga narrativet identifieras kan de enskilda representationerna bilda en helhet som ger indikationer om vad målet 'egentligen' handlar om och därmed även förståelse om *hur* de enskilda representationerna kopplas samman för att leda fram till en upplösning av det rättsliga narrativet.

Vidare visar den narratologiska läsningen av de processrättsliga representationerna hur den rättsliga återkopplingen mot rättstvisten är fundamental.<sup>881</sup> I Villareparationsmålet och i Tandläkarmålet *blir*, de av parterna presenterade omständigheterna, genom domen, transformerade till något annat än de var vid tvistens initierande. Berättelserna om löpande räkning och takpris *blir* berättelsen om skälig prisuppgift och berättelsen om *fel* blir berättelsen om *färdigställande*.<sup>882</sup> Berättelsen får omedelbar effekt över de processrättsliga representationerna i målet. Det är först när en berättelse ramas in som de enskilda händelserna får mening. Det är först när ett narrativ upplöses som det är möjligt att förstå vilka skript som varit avgörande. Här finns anledning att återvända till ett citat från Cover:

There is a difference between sleeping late on Sunday and refusing the sacraments, between having a snack and desecrating Yom Kippur, between banking a check and refusing to pay your income tax... Law is a resource in signification that enables us to submit, rejoice, struggle, pervert, mock, disgrace, humiliate, or dignify.<sup>883</sup>

Det är i en rättstvist svårt att tänka sig att det skulle finnas något 'verkligt' underliggande händelseförlopp som givit upphov till den rättsliga subsumtionen i målet. Den sanna rättsliga representationen av målet kan inte sorteras ut genom att spalta upp och redogöra för varje händelse i narrativet (varje processrättslig representation) eftersom det aldrig funnits något sådant verkligt rättsligt förflutet. Detta visar, enligt min mening, även Lindells analyser där olika händelsers processrättsliga

---

<sup>879</sup> Se avsnitt 6.2.3.1.

<sup>880</sup> Se avsnitt 6.2.2.1.

<sup>881</sup> Jfr Anderssons påstående om hur domen *inträder istället* för den förståelse av tvisten som parterna inledningsvis disponerar över, Andersson, Torbjörn (1999) s. 168.

<sup>882</sup> Se avsnitt 6.2.3.2 och 6.2.1.1.

<sup>883</sup> Cover, Robert (1995) s. 99-100.

etikett och betydelse varierar mellan parternas argumentation och mellan domstolsinstanserna.<sup>884</sup>

Som diskuterats i kapitel 5 blir även kostnaderna för subjektspositionerna höga när de ska inrymmas i de processrättsliga representationerna. Å:s sätt att uttrycka sig leder i sig till en typ av narrativdissonans och R:s kronologiska berättelser visar att konflikten för honom innehåller betydligt fler aspekter, och fler känslor, än de som låter sig inrymmas som uppmärksammade fakta i målet.<sup>885</sup> Den icke-filtrerade versionen av konflikten, vilken inte anpassats till accepterade representationer, skapar dissonans trots att den grundläggande ambitionen, som kommer till uttryck i dispositionsprincipen, är att utgångspunkten ska vara tvärtom, det vill säga att parterna ska kunna erbjuda ett händelseförlopp som inte redan är rättsligt transformerat. Ett påstående från en part, vilket inte redan transformerats till ett rättsligt narrativ, riskerar att inte bli uppmärksammat. Men inte heller en part som disponerar över ett rättsligt narrativ disponerar över händelseförloppet. Ett rättsligt narrativ kan, som både Villareparationsmålet och Tandläkarmålet visar, enkelt transformeras till ett annat rättsligt narrativ med effekten att händelseförloppets beståndsdelar, på ett ögonblick, får förändrad betydelse.

Finns det då en kontradiktorisk process bortom grundantagandena om autonoma subjektet och bortom grundantagande om rättsligt värderingsfria representationer av verkligheten och bortom föreställningen om rätten som ett enhetligt objekt? Ja, som jag redan nämnt, i den mån förståelsen av den rättsliga argumentationen förstås som ett ständigt blivande ges förnyade möjligheter att fånga de aspekter vilka inte ryms inom de processrättsliga representationerna. Om rättslig argumentation förstås som ett ständigt blivande är det inte avgörande vilken typ av representationer som utgör grund för rätten, utan vilken typ av metodologi som bidrar till det konkreta uttrycket och skapar associationer och möjligheter till analogier och metaforer.<sup>886</sup> För att åstadkomma en rättslig epistemologi vilken förmår hantera skillnad mellan representation och uttryck, mellan rättstillämpning och rättsligt narrativ, krävs att mer fokus ges åt "rättens medium, tekniker, performativitet och artikulering".<sup>887</sup> Jag menar att den narratologiska terminologin har något viktigt att erbjuda i det avseendet.

I rättslig bemärkelse erbjuder den narratologiska terminologin nya typer av associationsvägar. På så sätt uppmärksammas även aspekter av parternas argumentation som annars förblir 'osynlig' och möjligheterna till ett gemensamt seende

---

<sup>884</sup> Förutom de, av Lindell, studerade rättsfall som redogjorts för (NJA 1998 s. 617) görs liknande analyser också av NJA 1993 s. 319, NJA 1980 s. 352 och NJA 2005 s. 862, se Lindell, Bengt (2007) s. 205-228.

<sup>885</sup> Se avsnitt 6.2.1.2.

<sup>886</sup> Mussawir, Edward (2011) s. 144.

<sup>887</sup> Mussawir, Edward (2011) s. 10-11. En metodologi som förmår hantera sitt eget uttryck, jfr Latour, Bruno (2010) s. 260.

ökar.<sup>888</sup> Eftersom narrativet hela tiden handlar om ett samspel mellan de enskilda händelserna, subjektspositionerna och berättelsens helhet, finns en större möjlighet att uppmärksamma de delar av den rättsliga argumentationen som inte rymms inom de processrättsliga representationerna. Rättsliga narrativ gör inte heller anspråk på att vara givna sedan tidigare. Den narratologiska terminologin ger därmed möjligheter till en förståelse för både rättens föränderlighet och dess pluralitet.<sup>889</sup> Vidare utgör ett narratologiskt perspektiv ett i grunden icke-representande perspektiv. Narrativet innebär berättande, blivande och utveckling snarare än deskription och tillrättaliggande. Rättsliga fakta (oavsett om dessa utgör påståenden om rättsregler eller om den konkreta situationen) blir således oundvikligen en del av sin berättelse snarare än fristående premisser. Vidare utgör sambanden i den rättsliga konstruktionen en retrospektivt konstruerad intrig snarare än ett påstående om ontologisk kausalitet. På detta sätt är narrativet ett begripligt verktyg för att genomföra den, från en representationsdiskurs, obegripliga kopplingen mellan abstrakt och konkret, mellan inkludering och exkludering och mellan nutid och dåtid.<sup>890</sup>

Den narratologiska terminologin läser sig därmed inte vid utgångspunkter såsom att parterna i processen förväntas agera och skriftväxla utifrån en ekonomiskt individuell nytto-maximerande rationalitet eller att det händelseförlopp parterna disponerar över ska beskrivas utifrån en vertikal ontologi där varje faktums relevans bottenar i dess länk till ursprungliga råa faktum. Istället är det självklart att varje händelses funktion är relaterad till den roll händelsen spelar i det rättsliga narrativet. Det rättsliga narrativet skulle därmed enligt min mening kunna fungera som en hanterbar och konstruktiv förståelsehorisont avseende kommunikationen mellan parter, och mellan parter och domstol, i ett dispositivt tvistemål. Narrativet utgör en mer överbyggande modell för ömsesidig förståelse av en tvist än vad 'saken', 'fakta i målet' eller 'utredningen' gör. Det utesluter emellertid inte att dessa begrepp alltjämt har en avgörande roll att spela för att relatera det rättsliga narrativet till maktfördelning mellan parterna eller till principer om att 'samma sak' inte ska prövas två gånger och så vidare. Vidare är rättegångsbalkens logik och Europakonventionens logik så intim sammankopplade med representationslogiken att denna förmodligen alltjämt måste utgöra en central modell för förståelse av rättslig argumentation.<sup>891</sup> Det ena behöver dock inte utesluta det andra. Det narratologiska perspektivet kan bidra till förståelsen av det rättsliga blivandet, vid sidan av andra metodologiska ingångar, och betoningen av uttrycksdiskursen innebär inte att

---

<sup>888</sup> För att återvända till Lindells förhoppningar om en kontradiktorisk process, Lindell, Bengt (2007) s. 49ff.

<sup>889</sup> Amsterdam, Anthony G. & Bruner, Jerome (2000) s. 141.

<sup>890</sup> Amsterdam, Anthony G. & Bruner, Jerome (2000) s. 141.

<sup>891</sup> Jfr Anderssons avvaktande hållning i förhållande till förhållningssätt som följer av en ontologisk förståelse med bas i Deleuze kan bidra till det processrättsliga kunskapsfältet, Andersson, Torbjörn (2008).

rättsliga representationer i alla sammanhang skulle vara betydelselösa. De är bara något ensidiga.



# Del III - Avslut

Begin at the beginning and go on till you come to the end;  
then stop.<sup>892</sup>

---

<sup>892</sup> Lewis Caroll från *Alice in Wonderland*. Aproå att den här texten (i snäv bemärkelse) har en sista sida oavsett om avhandlingen slutar där eller inte.





## 7. Rättstillämpningens tystnad

Låt oss inleda det avslutande och sjunde kapitlet med en kort rekapitulation med hjälp av några exempel från rättsfallsanalyserna.

I Preskriptionsmålet (NJA 2013 s. 700) beslutade Högsta domstolens majoritet att Arbetslöshetskassan inte utför myndighetsutövning när de kräver en medlem på betalning av obetalda medlemsavgifter. Detta utgör en viktig del av argumentationen för att kunna fatta beslut om att en treårig preskriptionstid ska gälla mellan parterna i målet. I den skiljaktiga meningen framställs emellertid argument för att arbetslöshetskassans verksamhet som helhet ska förstås som myndighetsutövning, vilket medför att tio års preskriptionstid gäller för fordringar om obetalda medlemsavgifter. Majoritetens motivering byggs upp av en rättslig metod vilken handlar om att göra funktionella överväganden avseende hur konflikten mellan parterna uppfattas ur en konsuments perspektiv. Minoritetens motivering bygger istället på en rättslig metod som betonar upprätthållandet av en klar och särskiljande systematik mellan juridiskt viktiga begrepp såsom myndighetsutövning och näringsverksamhet.

Enligt min mening kan skillnaden i majoritetens och minoritetens argumentation förstås med hjälp av rättsliga entymem vilka lyfter fram de rättsliga metoder argumentationen utgår ifrån. Valet mellan en ansats som betonar funktion och en ansats som betonar systemets tydlighet och koherens är avgörande för argumentationens utgång. Den rättsliga metod argumentationen utgår ifrån är dock en outtalad premis, ett entymem, domskälen är alltså tysta på den punkten.

I Villareparationsmålet (NJA 2005 s. 205) tvistar R och W avseende om de avtalat om att W ska göra reparationer på löpande räkning, alternativt om de avtalat om ett fast takpris. R är konsument och W är näringsidkare vilket medför att de åtminstone prima facie ska tillåtas inta olika subjekspositioner i tvisten, där samma krav inte kan ställas på den oerfarne konsumenten R i avtalsförhandlingen som på den erfarne näringsidkaren W. I tingsrättens avgörande passage i målet, vilket jag redogjort för i avsnitt 5.2.2.1, bygger emellertid argumentationen på en outtalad premis avseende parternas ömsesidiga rationalitet och förmåga att fritt avtala med varandra. Det rättsliga narrativet förs därmed framåt med hjälp av autonoma subjekspositioner, som överdeterminerar partssubjektet, och inte genom positioner som möjliggjorts med hjälp av konsument-näringsidkar-relationen mellan parterna. Subjekspositionerna är emellertid något den narratologiska begreppsapparaten drar ut ur domskälen som outtalade premisser för narrativets begriplighet. Trots sin

avgörande betydelse är parternas subjektspositioner i domskälen underförstådda och uttalade, de är *tysta*.

I Gymkortsmålet (NJA 2012 s. 776) bygger parterna sina argumentationslinjer utifrån olika föreställningar om rättssystemets syfte och parternas handlingsfrihet. Käranden framhåller å ena sidan att "man inte generellt kan påstå att konsumenter känner sig lurade", att "AH har själv sökt upp Rehab. Hon har full rättshandlingsförmåga" och att "AH har själv att ta ansvar för sitt handlande". Svaranden å andra sidan betonar ett samhällsövergripande perspektiv som är tänkt att säkerställa "konsumentens objektiva intresse" och att "näringsidkare och konsumenter ska ha rimliga möjligheter att förstå vad som gäller". Parterna bygger därmed sina argumentationer i mycket skiftande rättsliga narrativ. Käranden fokuserar på en individuell nivå och på en upplösning av det rättsliga narrativet som löser konflikten mellan parterna utifrån en privaträttslig logik, det vill säga konfliktlösning och avtalsfrihet. Svaranden bygger sitt narrativ utifrån en mer generell nivå där en rimlig balans mellan de abstrakta kategorierna näringsidkare och konsument ska uppnås, det vill säga handlingsdirigering och skyddslagstiftning.

Att parterna bygger sin argumentation utifrån skiftande perspektiv på det här sättet är väl i och för sig inte särskilt förvånande. De argumenterar var för sig på ett sätt som stämmer överens med deras intresse i tvisten. Men argumentationen saknar samtidigt motivering avseende varför en metod som betonar 'konfliktlösning i det enskilda fallet med en privaträttslig logik', alternativt varför en metod som betonar 'handlingsdirigering och konsumentskydd', bör användas. Detta innebär att argumentationens avgörande första steg, det steg som bestämmer arenan och ramarna för tvisten, förblir okommenterat genom tvisten. Parternas argumentation präglas av narratvidissonans, en dissonans vilken inte påtalas och som därmed, även den, utgör en del av rättstillämpningens *tystnad*.

Syftet med avhandlingen är, vilket jag redogjort för i kapitel 1, att utveckla metodologiska rättsvetenskapliga begrepp som bidrar till förståelsen av, samt möjliggör kritik av, hur rättslig argumentation genomförs inom ramarna för civilprocess i allmän domstol. I synnerhet kritik av den etablerade processrättsliga terminologin som kretsar kring begreppet rättsfakta. Jag har förhållit mig till syftet genom att utveckla och pröva narratologiska begrepp vilka svarar på frågor om vad som för det rättsliga narrativet framåt mot dess upplösning. Dessa frågor har då handlat om både uttalade premisser och om parternas och domstolens subjektspositioner. Jag har även använt de narratologiska begreppen för att undersöka hur den rättsliga argumentationen, uttryckt som narrativ, i vissa fall inte förs framåt utan snarast kännetecknats av dissonans.

I det förevarande kapitlet kommer jag att sammanfatta och sammanföra, men även att blicka framåt. I det avslutande avsnittet formulerar jag ramarna för möjligheterna till fortsatt forskning i samma spår som den här avhandlingen trampat i, genom benämningen; *mesoförrättsligande*.

De konkretiserade problem vilka behandlats inledningsvis kan nu sättas i relation till avhandlingens resultat vilket inledningsvis kan sammanfattas genom dess tre huvudbegrepp; *rättsliga entymem*, *överdeterminerade subjekt* samt *narrativedissonans*. De tre narratologiska begreppen ska förstås som metodologiska verktyg inom en uttrycksdiskurs snarare än som representationer inom en representationsdiskurs.

1) *Rättsliga entymem* har utvecklats som ett narratologiskt begrepp för att synliggöra den roll som uttalade grundantaganden och premisser spelar i den konkreta rättstillämpningen inom den rättsliga praktiken i civilmål i allmän domstol. Begreppet är kritiskt i bemärkelsen att det kan användas för att påvisa *hur* uttalade grundantaganden och premisser skapar bristande förutsättningar för att förstå och granska den rättsliga argumentationens bärande moment.

2) *Överdeterminerade subjekt* har utvecklats för att synliggöra *hur* den rättsliga argumentationen uppvisar svårigheter att på ett nyanserat sätt hantera domstolssubjektens skiftande subjekspositioner. Begreppet är kritiskt i bemärkelsen att det kan påvisa *hur* parten och domstolen som subjekt överdetermineras i rättsliga diskurser. Överdetermineringen, i synnerhet om den genomförs utan övervägda beslut, riskerar att underminera möjligheten att inom rättslig argumentation upprätthålla och konstruera legitima subjekspositioner för parterna och domstolen.

3) *Narrativedissonans* har utvecklats för att visa *hur* parterna i domstolsprocessen talar förbi varandra genom att argumentationen saknar förhållningssätt till tvistens narratologiska dimension. Begreppet är kritiskt i bemärkelsen att det påvisar brister avseende möjligheten till kontradiktorisk förståelse, vilket utgör en grundläggande princip för civilprocessens institutionella uppbyggnad.<sup>893</sup>

Än kvarstår emellertid många trådar att foga samman, vilket jag kommer att göra i det följande. Den avslutande delen av avhandlingen är uppdelad i tre delar (7.1 *Diskursiva inlåsningsar*, 7.2 *Öppningar genom rättens ständiga blivande* och 7.3 *Mesoförrättsligande*) vilka alla behandlar de metodologiska begreppen *rättsliga entymem*,

---

<sup>893</sup> Angående att kontradiktion utgör en grundläggande princip i svensk civilprocess se Lindell, Bengt (2007) s. 180, Westberg, Peter (2012) s. 133, Maunsbach, Lotta (2015) s. 28-30 och Ervo, Laura (2014), s. 617-618.

överdeterminerade subjekt och narrativedissonans, samt de narratologiska och teoretiska utgångspunkter som begreppen bygger på.

7.1 *Diskursiva inläsningar* behandlar de begränsade diskursiva möjligheterna som präglar rättslig argumentation vilken bygger på en diskurs som kretsar kring artikuleringar kring nodalpunkten rättsfakta. Detta avsnitt relaterar till rättsvetenskapliga metodologiska och teoretiska aspekter av rättslig argumentation såväl som till mer konkret processrättsligt förankrade aspekter av rättslig argumentation.

7.2 *Öppningar genom rättens ständiga blivande* behandlar de möjliga vägar framåt som den narratologiska terminologin (inklusive de begrepp jag utvecklat) kan medföra. Jag kommer här att behandla den potential till förändring och transformation som inryms i rättslig argumentation i allmän domstol.

7.3 *Mesoförrättsligande* behandlar hur mina studier avseende rättslig argumentation i allmän domstol kan sättas relation till det rättssociologiska begreppet *förrättsligande* samt hur möjlig framtida forskning på området skulle kunna se ut.

## 7.1. Diskursiva inlåsningsar

Learning to think like a lawyer is the suppression of narrative context.<sup>894</sup>

### 7.1.1. Metodologiska och teoretiska inlåsningsar

Tron på "The Grand Narrative" är död. Varken kristendomen, feodalismen, liberalismen med den subjektiva individualismen, marxismen, socialismen, konservatismen, kapitalismen, korporativismen, privatismen, ekonomismen eller marknadsdikturen kan längre ensam bestämma samhällsutvecklingen. Det gäller givetvis också inom processrätten: principen om den materiella sanningen, den fria bevisprövningen, handlingsdirigeringen, konfliktlösningen, brottsbekämpningen, rättssäkerheten, inkquisitionen, ackusationen, offentligheten, kontradiktionen, muntligheten, omedelbarheten, koncentrationen - ensamma kommer de alla till korta. Och vi måste ge upp hoppet om att allt skall klaras av datoriseringen: page down, escape, delete!<sup>895</sup>

#### 7.1.1.1. Metodologins marginella betydelse

I kapitel 3 redogjorde jag för skiftande metodologiska förhållningssätt till rättslig argumentation. Jag kategoriserade olika typer av metodologiska diskurser som *autonoma*, *semi-autonoma* och *kritiska*. Vart och ett av dessa förhållningssätt till metoder för rättstillämpning, skapar olika typer av gränsdragningar för vad som är möjligt inom ramarna för en *rättslig* argumentation.<sup>896</sup> Eftersom de tre förhållningssätten redan behandlats i kapitel 3 kommer jag att gå relativt direkt på frågan om hur de förhåller sig till diskurser för rättstillämpning i allmän domstol.

Det *autonoma* förhållningssättet kännetecknas av en överensstämmelse mellan metodologi och diskursivt uttryck. En autonom rättslig metodologi kan med hjälp av rättsligt 'interna' kriterier avgöra vad som utgör rättslig argumentation. Argumentationen som jag har undersökt visar i flera hänseenden prov på att vara förankrad i

---

<sup>894</sup> Watkins, Dawn (2011) s. 122.

<sup>895</sup> Lindblom, Per Henrik, "Rättegångsbalken 50 år: En saga och sex sanningar", *Svensk Juristtidning*, 1999/1 (1999), 496-513 s. 489-499.

<sup>896</sup> Jag har hämtat formuleringen gränsarbete från Svensson, Eva-Maria (2013a).

en autonom metodologi. Detta synliggörs narratologiskt, genom att argumentation inte överhuvudtaget behöver hänvisa till motiveringen för sitt beslut, såsom i formuleringen ”till en början anser hovrätten att fordran gäller en sådan nytthet som avses i 2 § andra stycket preskriptionslagen”.<sup>897</sup> Legitimiteten för ett sådant påstående behöver enligt min mening hämta stöd i föreställningen om att det hovrätten anser är förankrat i en rättslig metod, också är frikopplat från hovrättens godtycke. Det autonoma förhållningssättet bygger på föreställningen om att det finns ett, fritt från ’externa perspektiv’, självständigt sätt att representera den rättsliga argumentationen. Det diskursiva särskiljandet från andra (icke-rättsliga) diskursiva fält är därmed ett uttryck för något legitimt och eftersträvansvärt. Från en autonom utgångspunkt skulle den diskursiva inläsningen därför kunna betecknas som en diskursiv självständighet.

Att det är möjligt eller lämpligt att upprätthålla en sådan autonom rättslig metodologi ställer jag mig emellertid starkt kritisk till. De begrepp som prövats i kapitel 4-6 visar prov på hur argumentationen, under ytan, på intet sätt, kan sägas förhålla sig till en autonom metodologi. Argument vilka hämtar sin legitimitet i *föreställningen* om en autonom metod varvas fritt med argument vilka hämtar sin legitimitet från ’externa’ förhållanden såsom effektivitet och balans mellan samhällliga intressen och andra så kallade sakska. Att en autonom rättslig metodologi är omöjlig att upprätthålla är idag, utifrån ett rättsvetenskapligt perspektiv, dessutom ett näst intill helt okontroversiellt påstående.<sup>898</sup> Men, som jag redan nämnt i kapitel 3 och som jag visat prov på i rättsfallsstudierna, betyder inte detta att kritiken mot *enhetlig rättslig metod* fått genomslag i den etablerade rättstillämpande diskursen i allmän domstol. Det är fullt möjligt att använda sig av en heterogen metodologisk ansats som ikläds en narratologisk form vilken betonar metodologisk homogenitet. Detta ger anledning att beteckna de diskursiva effekter, vilka ett autonomt förhållningssätt leder till, som just inläsningar. Inläsningarna döljer att den rättsliga argumentationen i själva verket hämtar näring från en heterogen metodologi där olika kategorier av argument används. Dessa argument bygger, åtminstone till viss del, på disparata föreställningar om samhället och om syftet med tvistlösning i allmän domstol. Dessutom innebär en diskursiv inläsning risker för att normativa inslag ges stort utrymme utan att dessa präglats av en legitim genomlysning. På så sätt ökar risken för att normer som producerar ojämsstäldhet, och annat typ av förtryck och icke-legitim maktutövning, får större genomslag i den rättsliga argumentationen.

Om vi istället blickar mot det *semi-autonoma* förhållningssättet till rättslig argumentation blir bilden inte särskilt annorlunda. Till skillnad från det autonoma förhållningssättet värnas, inom det semi-autonoma perspektivet, å ena sidan den rättsliga kunskapen som central men samtidigt görs, å andra sidan, försök att öppna

---

<sup>897</sup> Se avsnitt 4.2.1.3 och 5.2.3.2.

<sup>898</sup> Vilket exempelvis läroboken *Juridisk metodlära* påvisar. Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (eds.), *Juridisk metodlära* (Lund: Studentlitteratur, 2013). Se även Gräns, Minna (2013b) s. 199ff.

upp den rättsliga argumentationen för en dynamisk och utvecklande interaktion med andra discipliner, såsom exempelvis ekonomi, sociologi eller psykologi.<sup>899</sup> Den semi-autonoma metodologin kännetecknas därmed, på ett epistemologiskt plan, av öppningar mot att låta nya typer av rättsliga argumentationslinjer göra inträde på den rättsliga arenan. I de rättsfallsmaterial jag studerat finns det flera exempel på den här typen av inslag i den rättsliga argumentationen. Samtidigt tillrättaläggs argumentationen i exemplen enligt narrativ vilka korrelerar med föreställningen om en autonom metodologi. Detta tar sig uttryck exempelvis genom att Högsta domstolen öppet påstår att de frångår ”området som lagstiftaren tänkt att bestämmelsen främst skulle komma att träffa”, såsom i NJA 2013 s. 524 (Fel i dörr), men samtidigt placerar argumentationen inom ett format vilket framstår som en deskription av gällande rätt.<sup>900</sup> Ett annat exempel utgörs av Högsta domstolens argumentation i NJA 2010 s. 467 (Hansamålet) där domstolen konstruerar nya riktlinjer för förvärv av löpande skuldebrev, som innebär en i grunden ny bestämning av hur 15 § skuldebrevslagen ska förstås samt vilken typ av faktiska händelseförlopp som ska kopplas till den nya förståelsen.<sup>901</sup> Dessa bestämmelser av domstolen placeras i en intrig där det nya händelseförloppet, där borgenären förväntas tillfråga gäldenären om denne har några invändningar mot skuldebrevet, subsumeras under den nya förståelsen av 15 § på ett sätt som framhäver att dessa påståenden om norm och fakta alltid funnits där som objektiva representationer av verkligheten, fastställda genom en autonom metodologi.

Det semi-autonoma förhållningssättet kännetecknas alltså av ett glapp mellan epistemologi och diskursivt uttryck. Den processrättsliga diskursen vilken artikuleras kring nodalpunkten rättsfakta kan sägas präglas av just detta, det vill säga att de teoretiska antagandena om rättslig argumentation inte står i överensstämmelse med den terminologi och det format igenom vilket rättslig argumentation tar sig uttryck.

Det kritiska förhållningssättet kännetecknas av att det försöker undvika den diskursiva inlåsningen, samtidigt som det påvisar glappet mellan kritiska teoretiska utgångspunkter och det rättsliga vetandets bristande förmåga att ta hänsyn till dessa utgångspunkter. I de rättsfallsmaterial jag undersökt saknas det tydliga exempel på kritisk metodologi, vilken förmår bryta sig loss från den självrefererande rättstillämpande diskursen. Det finns inte något exempel på vad som skulle kunna karaktäriseras som en *rättslig självkritik*. Att en sådan typ av argumentation är möjlig, också som praktiskt orienterad argumentation, visar emellertid till exempel antologin *Feminist judgements* prov på.<sup>902</sup>

---

<sup>899</sup> Stelmach, Jerzy & Brozek, Bartosz (2006) s. 2.

<sup>900</sup> Se avsnitt 4.2.2.3.

<sup>901</sup> Se avsnitt löpande exemplifieringar till Hansamålet i kapitel 3.

<sup>902</sup> Hunter, Rosemary, McGlynn, Clare & Rackley, Erika (eds.), *Feminist Judgements: From Theory to Practice*. Se kapitel 6 för en närmare redogörelse av texter från *Feminist judgements*.



I rättsfallsmaterialet finns det dock flera exempel på argumentation vilken inte passar in i den etablerade rättsliga logiken, även om argumentationen inte utgår ifrån ett etablerat kritiskt metodologiskt perspektiv. Svaranden Å:s yttrande i tingsrätten, i rättegången som refererats i NJA 2011 s. 600 (Tandläkarmålet), utgör ett exempel på en sådan typ av argumentation som inte låter sig formas av den etablerade rättsliga diskursen.<sup>903</sup> I det fallet med begränsad framgång. Även W:s försök, i NJA 2005 s. 205 (Villareparationsmålet), att konstruera det rättsliga narrativet utifrån en kronologi snarare än utifrån åberopandet av konkreta rättsfakta, kan sägas utgöra en typ av utbrytarförsök från den rättsliga rättstillämpande diskursen, vilket i just det exemplet får till följd att argumentationen blir mer tydligt situerad i parternas egna upplevelser av händelseförloppet.<sup>904</sup>

Sammanfattningsvis framträder i rättsfallsmaterialet en bild där förändringar i metodologiska förhållningssätt till rätten inte med automatik innebär att den rättsliga argumentationens uttryck förändras. Förklaringen till detta skulle kunna bestå i att den rättsliga metodologin inte tar rättsens diskursiva uttryck på allvar. Med systemteoretiska utgångspunkter är inte den diskursiva inläsningen särskilt överraskande. Den rättsliga diskursens självständighet innebär ju inte att rätten är fri från metodologiskt inlyftande eller att den rättsliga logikens avskiljande skulle göra rätten autonom från normativa influenser som inte är *rättsliga*. Poängen, även inom den systemteoretiska förståelsen av rätten, är att det visserligen ständigt pågår en interaktion med övriga samhällsområden men att dessa sker på rättsens egna *diskursiva* villkor. Detta kan därmed innebära att metodologiska influenser närmar sig den rättsliga sfären, översätts till den rättsliga diskursen, för att sedan framstå som en del av densamma. På så sätt kan subsumtionsbegreppet fortsätta att produceras, men med ständigt förnyat metodologiskt innehåll. Den autopoietiska slutenheten innebär att rättsens sätt att känna av sin omgivning är med hjälp av rättsens egna informationskanaler. Detta innebär visserligen möjligheter för förnyelse av den rättsliga argumentationen men, enligt min mening, innebär det även legitimitetsproblem för densamma. Detta eftersom översättningen, från rättsens omgivning till ett rättsligt sammanhang, osynliggör vissa källor till argumentationen genom att placera dem inom en självrefererande diskurs istället för att redogöra för dem och motivera argumentens legitimitet.

Om de sammanhållande och exkluderande mekanismerna i rättslig argumentation är diskursiva, snarare än beroende av en underliggande föreställning om ett rättsligt objekt, kommer försök att förändra föreställningen om rätten som objekt att misslyckas, eftersom sådana förändringar så att säga missar målet. Rätten kan enligt min mening inte skiljas från sitt diskursiva uttryck. Studier av rättslig argumentation vilken ramas in inom en uttrycksdiskurs snarare än en representationsdiskurs har

---

<sup>903</sup> Se avsnitt 6.2.3.1.

<sup>904</sup> Se avsnitt 6.2.1.2.

förmåga att nå bortom deskriptioner (representationer) av objektet rätten, vilket jag kommer att argumentera för i avsnitt 7.2.

### 7.1.1.2. Teoretiska vägval som gör skillnad

I det föregående avsnittet påstod jag att en avgörande svårighet gällande metodologi för rättslig argumentation handlar om att den inte förmår förändra rättens diskursiva uttryck. Jag menar att detta kan spåras till frågan om rätten ska förstås utifrån en representationsdiskurs eller en uttrycksdiskurs, vilket i sin tur är grundat i ontologiska föreställningar om rättens vara. I den mån rätten grundar sig på en ontologisk föreställning om rätten som objekt kommer rättens diskursiva uttryck att hamna i skymundan. Detta gäller oavsett om objektet konstrueras efter föreställningar om 'grundnormen', 'igenkänningsregeln', 'den mest välgrundade rättsteorin', 'lagstiftarens vilja', 'rättens ändamål' eller 'den gällande rätten'.<sup>905</sup> En metodologi, som bygger på en representationsdiskurs, medför att narratologiska och retoriska tillrättalägganden av rätten, i exempelvis domskäl, inte anses handla om *rätten*. Representationerna utgör endast försök att beskriva eller substituera rätten, det vill säga försök att substituera den 'egentliga rätten'. Inom en metodologi som bygger på en representationsdiskurs kan alltså olika uttryck i domskäl eller partsinlagor förvanska, förfela, eller i bästa fall, representera (den egentliga) rätten. Det argumenterande uttrycket i sig kan emellertid, enligt det här synsättet, inte förändra rätten.

Inom en uttrycksdiskurs däremot, såsom den narratologiska vilken presenterats i den här avhandlingen, upplöses åtskillnaden mellan rätten och dess uttryck. Detta medför att de narratologiska aspekterna av rätten också kommer att *vara* rätten. Rätten är, enligt det här synsättet, inte heller något mer än sitt diskursiva uttryck och, eftersom diskurser ständigt är under produktion, kan detta även uttryckas som att rätten är under ständig produktion, eller ständigt blivande.<sup>906</sup>

Förståelsen av rättens ständiga blivande kan jämföras med Wittgensteins påstående om att språklig förståelse inte kan vara extern från språkets användning. Detta föranleder att förståelsen av rättsligt språk inte heller kan vara extern från dess användning. Det rättsliga språket är då både beroende av dess användare och av den omgivning i vilken språket används. Inte heller den narratologiska förståelsen kan, med Wittgensteins utgångspunkter, fyllas med innehåll enbart utifrån den analyserade texten. Också narrativets mening skapas genom dess användning, i mötet mellan den rättsliga texten (till exempel domskäl, aktmaterial med mera) och den tolkande läsaren (juristen, rättsvetaren, domaren med flera) samt genom dess omgivning (den juridiska institutionella praktiken och de diskursiva maktförhållanden som omger och genomsyrar denna). Förståelse av rätten handlar därmed om en

<sup>905</sup> Jfr Svensson, Eva-Maria (1997) s. 332ff.

<sup>906</sup> För en mer noggrann redogörelse avseende diskursbegreppet och begreppet *blivande* se kapitel 3.

användning av rätten. Ramarna för rätten är inte möjliga att generalisera och bestämma i förväg. Ramarna för den rättsliga diskursen, de rättsliga släktförhållandena, är aldrig säkra eller fasta i förväg, utan alltid beroende av hur de mottas av andra deltagare i spelet. Rättens konventioner är på så sätt ständigt instabila och obestämbara. Detta leder till att det blir relevant att ställa andra frågor om varför rätten blir på det ena eller andra sättet. Eller frågor om varför rätten exkluderar eller inkluderar det ena eller andra perspektivet. Istället för att ställa frågan om vilken förståelse av en rättsnorm som bäst representerar rätten, bör istället frågan handla om vilken typ av skillnad en viss diskursiv artikulering åstadkommer.<sup>907</sup>

Sammanfattningsvis kan alltså ett viktigt forskningsresultat för avhandlingen bestå i att påvisa den avgörande betydelse teoretiska val har för möjligheterna att förstå vilka mekanismer som påverkar och bygger upp den rättsliga praktiken. I addition kan dessa teoretiska val omsättas i operationella begrepp, vilka kan fördjupa förståelsen för hur rättslig argumentation konstrueras i allmän domstol. De narratologiska begreppen *rättsliga entymem*, *överdeterminerade subjekt* och *narrativdissonans* kan bidra till en sådan förståelse genom att vidga förståelsen av rättens diskursiva uttryck i förhållande till de redan etablerade kategorierna för rättslig argumentation. Detta gäller i synnerhet i förhållande till de processrättsliga representationerna för rättslig argumentation, vilket jag kommer att redogöra för i de nästföljande avsnitten.

### 7.1.2. Processrättsliga inlåsningar

Jurister er opplært til å tro at riktige rettslige avgørelser er styrt av noen mystiske, skjulte normer, som utgør det sunne juridiske skjønnet. Men siden disse normene er utilgjengelige for erkjennelsen, forblir de ufattbare: Mange kan i en slik situasjon ha en tilbøyelighet til å frykte at når man ikke fatter normene, er det en personlig svakhet med ens eget intellekt eller innsikt. Det å følge de anvisninger man mener å oppfatte blir gitt av dem som presumtivt er klokere enn en selv, og som nok har fattet poenget, nemlig høyesterettsdommerne, professorene og andre autoriteter, kan gi trygghet for at man gjør det som er riktig, og beskyttelse mot at ens utilstrekkelighet blir avslørt for omverden. Det forhold at autoritetene strides om rettens innhold behøver ikke svekke autoritetstroen. Tvert imot kan selve det faktum at autoritetene strides, virke som bevis på at det finnes noe å strides om. Paradoksalt nok kan det således springe større orden og konformitet ut av en

---

<sup>907</sup> Jag avser här skillnadsgörande inom ramarna för en *platt ontologi*, se avsnitt 3.1.3.2.

situasjon hvor normløsheten råder, enn ut av en situasjon som er styrt av ytre normer tilgjengelige for allmenn diskusjon og kritikk.<sup>908</sup>

I de følgende tre avsnittene kommer jeg til å diskutere de metodologiske begrepens betydelse i forhold til den etablerede processrättslige terminologien vilken artikuleres kring nodalpunktene rettsfakta. Avsnittet utgjør på så måte, i processrättslig henseende, sammanfattende svar på avhandlingens tre spørsmål, som her oppregnes:

- 1) Hur kan begreppet *rättsliga entymem* bidra til forståelse, synliggjøring og kritikk av rettslig argumentasjon i sivilrett i allmän domstol?
- 2) Hur kan begreppet *överdeterminerade subjekt* bidra til forståelse, synliggjøring og kritikk av subjektsplasseringer for parter og domstol som konstrueres i rettslig argumentasjon i sivilrett i allmän domstol?
- 3) Hur kan begreppet *narrativedissonans* bidra til forståelsen av kontradiksjon og brister i kontradiksjon i rettslig argumentasjon i sivilrett i allmän domstol?

### 7.1.2.1. Subsumtionens blinde flekker

I kapittel 4 utviklet og prøvde begreppet *rättsliga entymem*. Begreppet har anvendt for å lyfte fram de avgjørende bestanddelene som ikke er uttrykkelig uttrykt i rettsfallsmaterialet. Dette innebærer at indirekte diskusjoner, som føres i tystnad, gjøres eksplisitte gjennom at entymembegreppet lyfter fram argument som blant annet handler om synen på *rättens funktion i samhället*, *rättssubjektet* og *den rättsliga metodologin*. Ikke noe av disse temaene håndteres i de rättslige narrativene på et uttrykkelig måte. De underliggende premisernes betydelse i rettesgangen synliggjøres først når den rättslige argumentasjonen forstås som et rettslig narrativ. Rättens funktion framstilles i de rättslige narrativene som pendling mellom ulike utgangspunkter såsom handlingsdirigering og konfliktløsning, eller koherens og effektivitet. Subjektene i domstolsprosessen er også preglade av ulike dragningskrefter, som jeg kommer tilbake til i avsnitt 7.1.2.2. Den rättslige metodologien pendler i de eksempler som studeres fram og tilbake mellom ulike grunnantaganden kopplade til formalisme, effektivitet og koherens samtidig som argumentasjonen i andre sammenheng

---

<sup>908</sup> Graver, Hans Petter (2010) s. 81.

hämtar sin legitimitet från föreställningen om att det skulle finnas en autonom metodologi att falla tillbaka på.

Samtidigt är det inte någon nyhet att den svenska civilprocessen präglas av parallella och skiftande värdegrunder.<sup>909</sup> Civilprocessen skulle i det avseendet kunna sägas vara polyvalent.<sup>910</sup> De olika skolbildningarna kring processrättens ändamål är inom rättsvetenskapen och processrättslig forskning i hög grad levande. Även den rättsliga metodologins mångfald är ett frekvent tema.<sup>911</sup> Att motstridiga strömningar, vilka påverkar rättstillämpningen i enskilda fall, inte kommer till uttryck i rättsfallsmaterialet beror därmed troligtvis inte på att de skulle vara obekanta för rättsvetenskapen eller den rättsliga praktiken. Trots detta har den epistemologiska problematiseringen, som sedan flera decennier förts inom den processrättsliga rättsvetenskapen, inte gett någon betydande diskursiv effekt på vare sig rättsfallsmaterialet eller den processrättsliga terminologin för hur rättstillämpning bör representeras. Detta har lett till, och detta är en viktig poäng, att den rättstillämpande diskursen, som artikuleras kring processrättsliga representationer av rättsfakta, saknar sätt att artikulera hur växelverkan mellan fakta och norm görs i det konkreta fallet. Detta är då framförallt ett diskursivt problem snarare än ett epistemologiskt problem. Det är väletablerat inom den processrättsliga rättsvetenskapen att rättstillämpning utgör en mer komplex handling än vad den rättsliga argumentationen ger uttryck för, men denna kunskap medför inte någon betydande förändring för den processrättsliga terminologin. En följd blir då att avgörande premisser för den rättsliga argumentationen osynliggörs, eftersom de inte passar in i den etablerade processrättsliga diskursen som artikuleras kring nodalpunkten *rättsfakta*.<sup>912</sup> Representationsdiskursen, vilken genomsyrar den etablerade processrättsliga terminologin och den rättsliga praktiken, medför därmed, vad som kan betecknas som, *subsumtionens blinda fläckar*.

När jag påstår att detta främst inte handlar om ett epistemologiskt problem menar jag att den rättsliga argumentationen, trots sina diskursiva inläsningar, ändå i stor mån kan sägas kännetecknas av en semi-autonom metodologi, där det finns öppningar för metodologiska nyheter och relativt stort utrymme vad gäller vilka typer av argument som kan ta sig in. Den rättsliga argumentation jag studerat i rättsfalls-

---

<sup>909</sup> Se Lindblom, Per Henrik (1993) s. 31-32.

<sup>910</sup> Men det är ändå fråga om *civilprocess*, det vill säga en praktik som präglas av en viss ideologisk diskursordning avseende samhälle och ekonomi. I förhållande till detta finns det ideologiska alternativ inom det diskursiva fältet vilka inte alls får utrymme ens i en rättslig polyvalens.

<sup>911</sup> Lindblom, Per Henrik (1988) s. 437.

<sup>912</sup> Jfr här även med Lindells *preciserande normfakta*. För dessa finns enligt Lindell inte någon åberopsbörda vare sig för rättssatsen eller de konkreta rättsfakta som rättssatsen ska jämföras med eftersom rättssatsen inte existerade före att den preciserade normen skapats av domstolen. Lindell påpekar att "part kan inte vara skyldig att åberopa rättsfakta som motsvarar en rättssats som inte existerar", Lindell, Bengt (2007) s. 210. Detta utgör enligt min mening ännu ett exempel på den epistemologiska öppenheten som likväl snavar på mållinjen genom att använda kategoriseringen "fakta" angående något om "ännu inte existerar".

materialen passar därmed väl in med den systemteoretiska, frekvent refererade, frasen om att rättssystemet präglas av kognitiv öppenhet men operationell slutenhet.<sup>913</sup> Den processrättsliga diskussionen, vilken presenterats i avhandlingen, visar i stor utsträckning prov på kognitiv öppenhet. Jag har redan uppmärksammat hur Ekelöfs sätt att tala om 'verkligheten' i princip lägger lika stor vikt vid livserfarenhet och intuition som till erfarenhetssatser vilka baseras på induktiva empiriska vetenskapliga resultat. Lindell påpekar återkommande hur växelverkan kännetecknar både subsumtionen och definieringen av olika processrättsliga representationer. Andersson, Lindblom och Westberg är noga med att betona den funktionella delen, i tydligt normativ bemärkelse, avseende bestämningen av processrättslig representation och subsumtion. Trots dessa processrättsliga ifrågasättanden på en epistemologisk nivå, återfinns inte någon nämnvärd påverkan på den processrättsliga terminologin. Denna kretsar alltså kring representationer mellan vilka sambandet framstår som mystiskt, nästintill metafysiskt. Det gäller både de exempel som givits från den rättsliga praktiken och från den processrättsliga doktrinen. Detta stämmer även väl överens med den problematik som drabbar representationsdiskurser. Kopplingarna mellan olika kategorier av representationer, såsom fakta och norm, måste då göras genom begrepp såsom 'identitet', 'likhet', 'motsats' eller 'analogi', snarare än med hjälp av begrepp som förmår sammansmälta hanteringen norm och fakta, och vilka inte är uppbyggda kring föreställningen om olika typer av representationer.<sup>914</sup>

Sammanfattningsvis. Resultatet av mina undersökningar, i förhållande till avhandlingens första frågeställning i processrättsligt hänseende, handlar om att begreppet *rättsliga entymem* kan erbjuda en väg ut ur den diskursiva inläsningen genom att lyfta fram aspekter av den rättsliga argumentationen som annars osynliggörs. Anledningen till detta beror på att begreppet har andra ontologiska och epistemologiska rötter jämfört med de etablerade processrättsliga kategoriseringarna. Som påpekats flera gånger tidigare undviker begreppet *rättsliga entymem* att tolka eller definiera konkreta och abstrakta rättsfakta som avskilda från varandra. Istället utgår entymemen från en narratologisk förståelse av rättstillämpning där rättsnorm och händelse uttrycks gemensamt inom ramen för ett rättsligt narrativ. Rättsliga entymem kan därmed bidra till att synliggöra hur föreställningar om rätten, om samhället, om rättslig metodologi och om rättssubjektet med mera bidrar till att forma både förståelsen av rättsregler och förståelsen av händelser som ligger till grund för en rättskonflikt samt förståelsen för hur mötet mellan dessa kan formuleras i rättsliga narrativ. Jag vill då även återigen påtala att rättsliga entymemen utgör ett metodologiskt begrepp inom en uttrycksdiskurs, vilket innebär att entymemen inte syftar till

---

<sup>913</sup> Att tänkande präglas av kognitiv öppenhet bekräftas även av den processrättsliga forskningen som uppenbarligen är beredd att dekonstruera och vända ut och in på både konkreta och abstrakta rättsfaktum samt deras oförmåga att inrymmas i de representationer som de tilldelats. Se avsnitt 4.1.2 och 6.1.7.

<sup>914</sup> Jfr Mussawir, Edward (2011) s. 8-9.

att representera (implicita) rättsliga normer, utan istället utgör ett sätt att studera rättsliga uttryck under ständigt blivande. Entymemen *blir till* i den narratologiska läsningen av rättslig argumentation, snarare än att de skulle upptäckas eller att de 'egentliga' argumenten skulle demaskeras.

### 7.1.2.2. Det osynliga subjektet

I processrättsligt hänseende är subjektet inte omsatt till ett operationellt användbart begrepp på samma sätt som olika typer av *rättsfakta*. Subjektets betydelse för den rättsliga argumentationen är således inte självklar inom den processrättsliga terminologin för att förstå och studera rättstillämpning.

De exempel jag fört fram i kapitel 5 uttrycker emellertid att parternas subjektposition, trots att de inte uttryckligen behandlas i den rättsliga argumentationen, på många sätt är helt avgörande för att föra det rättsliga narrativet till en upplösning. Detta är i sig inte förvånande eftersom en tvåpartsprocess i allmän domstol, vilken präglas av dispositionsprincipen, på något sätt måste kanaliseras genom parternas subjektpositioner.

I de exempel på rättslig argumentation som jag studerat är parternas positioner i målet vidare konstruerade som underordnade i förhållande till det rättsliga narrativet. Parterna kan därmed sägas vara rättsligt överdeterminerade, även om detta inte betyder att de nödvändigtvis konstrueras som rättssubjekt i traditionell (autonom) betydelse. Om det rättsliga narrativets upplösning så tillåter, kan subjektet även vara ekonomiskt irrationellt, exempelvis angående till vilken bank betalningar görs.<sup>915</sup> Likaså kan subjektet, om det rättsliga narrativet så tillåter, vara slarvig med att undersöka nyinköpta dörrar.<sup>916</sup>

Den narratologiska läsningen av rättslig argumentation, i syfte att studera subjektens överdeterminering, kan således användas för att nyansera bilden av vilka positioner som är möjliga och vilka positioner som inte är möjliga. Detta blir särskilt intressant i den mån spänningar uppstår mellan subjektpositionen i det rättsliga narrativet och subjektpositioner vilka framträder i de rättsregler som behandlas i det rättsliga narrativet. I den mån autonoma rättssubjekt konstrueras i rättslig argumentation, för att föra rättsliga narrativ som behandlar konsumentskyddslagstiftning framåt, riskerar konsumentskyddet att undermineras. Frågan om subjektens överdeterminering är vidare relevant i förhållande till föreställningen om att tvisten *disponeras* av parterna. Exemplet i avhandlingens rättsfallsmaterial ger anledning att efterfråga studier av det omvända, det vill säga att rättstvisten, som diskursiv ordning, överdeterminerar partssubjekten, och att parterna disponeras av rättstvisten.

---

<sup>915</sup> Se NJA 2010 s. 467 – AK Hansa, avsnitt 5.2.3.

<sup>916</sup> Se NJA 2013 s. 524 – Fel i dörr, avsnitt 4.2.2. och 5.2.4.

Överdeterminerade subjekt kan användas som metodologiskt begrepp för att studera hur, och i vilken mån, parternas subjektspositioner överdetermineras av rättsliga subjektspositioner. I rättsliga narrativ, som landar i upplösningar vilka skapats utifrån intriger som bygger på rättens funktion, rättens enhet, skyddsvärda intressen och metodval med mera, kan det då förväntas att parterna får anpassa sig till de subjektspositioner narrativet kräver. Gustafsson har framhållit att det alltid kommer att finnas ett glapp mellan rättssubjektet och det samhälleliga subjektets konkreta levnadsvillkor, även om dessa visserligen befinner sig i en ständig process av rörelse mot en rättslig fixering av subjektet samt en motrörelse mot att åter politisera och göra subjektet öppet för förändring.<sup>917</sup> Överdeterminerade subjekt kan, som ett rättsvetenskapligt narratologiskt begrepp, användas för att studera ett sådant glapp.

Sammanfattningsvis. Resultatet av mina undersökningar, i förhållanden till avhandlingens andra frågeställning i processrättsligt hänseende, påvisar att *överdeterminerade subjekt* kan utgöra ett operationellt begrepp för att förstå på vilket sätt olika typer av subjektspositioner bidrar till att leda den rättsliga argumentationen framåt. Vidare kan begreppet bidra till att undvika motsägelsefulla argumentationslinjer där skyddslagstiftning, som försöker komma till rätta med parternas icke-jämställda relationer, undermineras av osynliggjorda subjektspositioner vilka i vissa fall kan motverka skyddslagstiftningen. Samtidigt bör det påpekas att varken begreppet *överdeterminerade subjekt* eller *subjektsposition* här används för att representera parterna i tvisten. De utgör metodologiska begrepp för att studera rättens uttryck. Att rättens uttryck i viss mån visar prov på en heterogen uppsättning subjektspositioner utgör enligt min mening även en möjlighet till ett rikare rättsligt språkbruk vilket skulle kunna utvecklas för att åter ge tvisten till parterna.

I förhållande till domstolens roll i den rättsliga argumentationen kan begreppet *överdeterminerade subjekt* användas för att påvisa vilken typ av rättslig metodologi domstolen lutar sig mot för att skapa legitimitet för domskälen. Begreppet *överdeterminerade subjekt* kan synliggöra hur domskälens narratologiska upplägg bidrar till att överdeterminera domstolen i en position vilken präglas av passivitet och objektivt tillrättaläggande, och därmed osynliggör den subjektsposition som präglas av aktivt normativt övervägande från domstolens sida.<sup>918</sup> Den *metodologiska* överdetermineringen av domstolens subjektsposition döljer på så sätt domstolens ansvar för den rättsliga argumentationen. Detta i bemärkelsen att domstolens produktion av normer, och narratologiska tillrättaläggande av händelser, inte blir en del av den rättsliga argumentationen.

---

<sup>917</sup> Gustafsson, Håkan (2013) s. 53.

<sup>918</sup> Jfr Bladini, Moa (2013) s. 375-376.



### 7.1.2.3. Avsaknaden av kontradiktion

Inom den dispositiva tvistemålsprocessen utgör kontradiktion en grundläggande princip. Processens legitimitet bygger på att parterna får möjlighet att höra varandras argument samt bemöta dem.<sup>919</sup> Kontradiktion i domstol är, som Westberg lyft fram, säregen på det sätt att den görs inom ramen för en tvåpartsprocess där parterna inte argumenterar direkt med varandra. Istället har båda parterna, åtminstone formellt sett, i uppgift att rikta sina argument gentemot domstolen.<sup>920</sup> Detta innebär vidare att frågan om kontradiktion i hög grad är en fråga vilken inbegriper domstolen som aktivt subjekt och där ansvar för en meningsfull kontradiktion även kan sägas åvila domstolen.

Som jag redan varit inne på är det emellertid inte självklart vad som ska kontraheras mellan parterna. En första möjlig ingång är helt enkelt att påpeka att det är parternas skrifter och uttalanden som ska kontraheras, det vill säga en typ av *formell kontradiktion*. En sådan utgångspunkt ger emellertid inte information om varför kontradiktion är viktigt och i vilken mån de effekter, vilka ska åstadkommas med kontradiktion, uppfylls. Om vi istället talar om vilken typ av skillnad kontradiktion ska åstadkomma, det vill säga *materiell kontradiktion*, utgörs den centrala frågan av vad kontradiktionen ska uppnå. Med ett strikt särskiljande mellan konkreta rättsfaktum och abstrakta rättsfaktum, handlar kontradiktionen om att åstadkomma rättsligt neutrala redogörelser för händelseförlopp, vilka sedan motparten och domstolen kan förhålla sig till genom att bekräfta eller vederlägga. Ett sådant strikt särskiljande av norm och fakta är emellertid inte kännetecknande för vare sig den etablerade processrättsliga terminologin eller de exempel som givits från rättsfallsmaterialen, vilket jag redogjort för i kapitel 4 och 6, åtminstone inte på ett metodologiskt plan. Detta yttrar sig bland annat i den praxis som kräver att domstolen informerar parterna om potentiellt viktiga rättsregler, vilka de ännu inte givits tillfälle att kommentera. Detta yttrar sig vidare även i den processrättsliga terminologin som kretsar kring rättsfakta och som betonar att förståelsen av rättsregler och förståelsen av händelseförlopp påverkar varandra.<sup>921</sup> Den processrättsliga terminologin är därmed även i princip överensstämmande med de teoretiska utgångspunkter jag presenterat, vilka hävdar att en neutral redogörelse för ett händelseförlopp är omöjlig. En redogörelse av ett händelseförlopp, som utgör en del av en rättsprocess, kommer med nödvändighet att påverkas av att det är fråga om en *rättslig* redogörelse av ett händelseförlopp.

Detta leder vidare till att kontradiktion inte bara handlar om att diskutera en icke-rättslig version av händelseförloppet, utan snarare att den oundvikligen måste

---

<sup>919</sup> Se avsnitt 6.1.6 avseende kontradiktionsprincipen.

<sup>920</sup> Westberg, Peter (2012) s. 133.

<sup>921</sup> Se avsnitt 6.1.6.1, se även NJA 1997 s. 825, Lindell, Bengt (2007) s. 178-179 och Westberg, Peter (2014).

handla om att kommunicera rättsliggjorda påståenden. Dessa påståenden är enligt narratologiska utgångspunkter för redogörelser av händelser också inramade i någon form av narrativ. Narrativ, vilka inte bara är beroende av representationer av händelseförlopp och representationer av olika typer av rättskällor. De rättsliga narrativen är även beroende av exempelvis grundläggande antaganden om rättens funktion i samhället, om subjektets position i rättstvisten samt av den rättsliga metodologin som bidrar till konstruktionen av den rättsliga argumentationen. Dessa grundläggande antaganden kommer att produceras inom ramarna för den rättstillämpande diskursen. Detta oavsett parternas och domstolens medvetna tillrättslägganden. De diskursiva ramarna möjliggör en argumentation som kretsar kring artikulationen av olika typer av processrättsliga faktum, vilket medför att de försvårar och osynliggör en artikulation vilken kretsar kring det som inte låter sig insorteras som processrättsliga faktum. De argument, vilka inte passar in i faktum såsom konkreta rättsfakta, abstrakta rättsfakta, normpreciserande fakta, bevisfakta med mera, kommer helt enkelt vid användningen av en sådan terminologi att exkluderas från den rättsliga argumentationen.

Från genomgången av det processrättsliga ramverket bakom rättegången i kapitel 6, samt i de exempel som givits från rättsfallsmaterialet, framträder en bild, vilken betonar att de processrättsliga representationerna uppstår i ett samspel med den subsumtion som genomförs i målet. Detta snarare än att subsumtionen genomförs utifrån redan färdigpaketerade bestämmingar av processrättsliga fakta. De processrättsliga representationerna utgör därmed en mycket begränsad hjälp när det gäller att förstå vad som bör kontraheras mellan parterna och vad som utgör det centrala navet för parternas och domstolens argumentation i ett dispositivt tvistemål. Lindell framhåller som sagt att varje faktum måste ha ett namn.<sup>922</sup> Men processen består, enligt min mening, av betydligt mer än representationer av fakta. Rättsliga narrativ, rättsliga entymem, överdeterminerade subjekt kan användas som metodologiska verktyg för att påvisa just detta. Skriftväxlingen ger visserligen uttryck för skiftande perspektiv och alternativa synsätt, men istället för *kontradiktion* präglas flera av exemplen från rättsfallsmaterialet i avhandlingen av *parallell diktion*. Det vill säga att materialet innehåller parallella påståenden om tvisten som inte kan mötas eller vederläggas så länge inte även frågor om rättens funktion, subjektspositioner samt den rättsliga metodologin synliggörs. Det saknas i dessa skriftväxlingar förståelse och bemötande av grundläggande narratologiska skillnader i argumentationen som konstrueras av parter och domstol. Det råder därmed en *narrativedissonans* mellan parterna.

Jag vill även betona hur den narratologiska läsningen av de processrättsliga representationerna visar hur den rättsliga återkopplingen mot parternas konflikt är

---

<sup>922</sup> Lindell, Bengt (2007) s. 23.

fundamental.<sup>923</sup> I Villareparationsmålet<sup>924</sup> och i Tandläkarmålet<sup>925</sup> blir, de av parterna presenterade omständigheterna, genom domen, transformerade till något annat än de var vid tvistens initierande. Berättelserna om löpande räkning och takpris blir berättelsen om skälig prisuppgift och berättelsen om fel blir berättelsen om färdigställande. Berättandet får omedelbar och konstituerande effekt i förhållande till de processrättsliga representationerna i målet. Fokuseringen på de mindre beståndsdelarna av processrättsfakta leder, precis som Lindell också är inne på, till att den övergripande berättelsen hamnar i skymundan. Först när det rättsliga narrativet extraheras till en berättelse kan de enskilda representationerna bilda en helhet vilken skapar förståelse för *hur* de enskilda representationerna kopplas samman för att leda fram till en upplösning av det rättsliga narrativet.

Sammanfattningsvis. Resultatet av mina undersökningar, i förhållande till avhandlingens tredje frågeställning i processrättsligt hänseende, påvisar att *narrativedissonas* kan uttrycka de effekter en bristande förståelse för rättens narratologiska dimensioner medför. Narrativedissonans kan användas för att identifiera en typ av problematik som förhindrar kontradiktion mellan parterna och som därmed underminerar en av de mest grundläggande legitimerande principerna för civilprocess i allmän domstol. Påståendet, om att en narrativförståelse inom ramarna för parterna och domstolens skriftväxling är eftersträvsvärd, är givetvis inte ett självklart påstående. De legitimerande ståndpunkter för kontradiktionsprincipen, vilka framförts av framförallt Westberg och Lindell och som redogjorts för i avsnitt 6.1.6.2, avseende "samtalsmodellen" och "tesen om det gemensamma seendet", talar emellertid för att *narrativedissonans* skulle underminera den legitimerande grunden för domstolsprocessen.<sup>926</sup> Frågan om domstolsprocessens institutionella uppbyggnad i förhållande till kontradiktionsprincipen är emellertid en betydligt mer omfattande och komplex fråga vilken jag inte kommer att behandla närmare här.<sup>927</sup>

---

<sup>923</sup> I likhet med Anderssons påpekande om hur domen *träder istället* för den förståelse av tvisten som parterna inledningsvis disponerar över. Se Andersson, Torbjörn (1997) s. 160.

<sup>924</sup> NJA 2005 s. 205, se avsnitt 4.2.4, 5.2.2 och 6.2.1.

<sup>925</sup> NJA 2011 s. 600, se avsnitt 5.2.5 och 6.2.3.

<sup>926</sup> Westberg, Peter (2012) s. 139 och Lindell, Bengt (2007) s. 50. Jfr även följande uttalande av Lindell: "Kontradiktion är en nödvändig beståndsdel i en förhandling, utan kontradiktion kan parter inte förhandla med varandra. Saknas kontradiktion är det därmed frågan om diktat eller ordergivning, varvid det grundläggande kännetecknet för en domstolsförhandling och en demokratisk rättsstat försvinner." Lindell, Bengt (2007) s. 181.

<sup>927</sup> För alternativa sätt att tänka om kontradiktion än den traditionella liberala, och för en historisk utredning om dess roll i svensk rättshistoria, se Ervo, Laura (2014).

## 7.2. Öppningar genom rättens ständiga blivande

What about autonomy? Why is it that this sharp membrane between inside and outside remains unable to stop the infinite permeability of legal paths to any sort of influence? In every legal case you take, *extra-judicial* elements immediately begin to multiply. If law is like a protective roof, it leaks aplenty; if it is a border, it is so badly defended that it is crossed by thousands of migrants!<sup>928</sup>

### 7.2.1. Metodologiska öppningar

I avsnitt 7.1 har jag sammanfattat och diskuterat den metodologiska begreppsapparat som kan användas för att påvisa och förklara *hur* rättslig argumentation präglas av diskursiva inläsningar. Den begreppsapparat jag använt mig av för att peka på de diskursiva inläsningarna kan emellertid även användas för att lyfta fram möjligheterna till förändring och anpassning. Potentialen till förändring ligger enligt min mening i när de narratologiska metodologiska begreppen används som artikuleringar, inom det som jag här kommit att benämna för *uttrycksdiskursen*. Om rättslig argumentation förstås som ett ständigt blivande genom dess uttryck, dess användning, består det avgörande inte i vilken typ av representationer som utgör grund för rätten, utan i vilken typ av metodologi som bidrar till det konkreta uttrycket och som skapar associationer och möjligheter till analogier och metaforer.<sup>929</sup>

I rättslig bemärkelse erbjuder den narratologiska terminologin nya typer av associationsvägar. På så sätt uppmärksammas även aspekter av parternas argumentation, vilka annars förblir 'osynliga' och möjligheterna till ett gemensamt seende ökar, för att använda Lindells terminologi.<sup>930</sup> Eftersom en narrativ läsning hela tiden handlar om att uppmärksamma ett samspel mellan enskilda händelser, subjekspositioner och berättelsens helhet finns en större möjlighet att uppmärksamma delar av juridisk argumentation, vilken inte rymms inom de processrättsliga representationerna. Rättsliga narrativ gör inte heller anspråk på att vara givna sedan tidigare.

---

<sup>928</sup> Latour, Bruno, 'The Strange Entanglement of Jurimorphs', i Mcgee, Kyle (red.), *Latour and the passage of law* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2015), 331-353 s. 339.

<sup>929</sup> Mussawir, Edward (2011) s. 144. Jfr även Lindroos-Hovinheimo, Susanna, *Despairing Justice and the Ethics of Legal Interpretation*. Helsingfors: Faculty of Law University of Helsinki, 2011 s. 249-250.

<sup>930</sup> Ett 'gemensamt seende' utgör Lindells ideal för en väl uppnådd kontradiktorisk process, se Lindell, Bengt (2007) s. 49ff.

Den narratologiska terminologin ger därmed möjligheter till en förståelse för både rättens föränderlighet och dess pluralitet.<sup>931</sup> Från redogörelsen i kapitel 2 och 3 framgår vidare att ett narratologiskt perspektiv, i grunden, innebär ett icke-representande perspektiv. Narrativet ger uttryck för berättande, blivande och utveckling snarare än deskription och tillrättaläggande. Rättsliga fakta (oavsett om dessa utgör påståenden om rättsregler eller om den konkreta situationen) blir således integrerade med berättelsen snarare än fristående premisser. Vidare utgör sambanden i den rättsliga konstruktionen en retrospektivt konstruerad intrig, snarare än ett påstående om ontologisk kausalitet.

Den narratologiska terminologin läser sig inte vid utgångspunkter, såsom att parterna i processen förväntas agera och skriftväxla utifrån en ekonomiskt individuell nyttomaximerande rationalitet, eller att det händelseförlopp parterna disponerar över ska beskrivas utifrån en vertikal ontologi där varje faktums relevans bottenar i dess länk till ursprungliga råa faktum. Istället är det självklart att varje händelses funktion är relaterad till den roll händelsen spelar i det rättsliga narrativet. Eller rättare sagt, den roll händelsen spelar *kanaliserat genom subjekspositionerna* i det rättsliga narrativet.<sup>932</sup> Det rättsliga narrativet skulle därmed kunna fungera som en hanterbar och konstruktiv förståelsehorisont avseende kommunikationen mellan parter, och mellan parter och domstol, i ett dispositivt tvistemål. Narrativet utgör en mer överbyggande modell för ömsesidig förståelse av en tvist än vad 'saken', 'fakta i målet' eller 'utredningen' gör. I det här hänseendet är det relevant att framhålla att rättsliga narrativ bör *ersätta* rättstillämpningsbegreppet. I andra sammanhang är det mer rimligt att tala om rättsliga narrativ som ett komplement till rättstillämpningsbegreppet. Det senare har alltså en viktig roll att spela för att relatera det rättsliga blivandet till principer såsom att 'samma sak' inte ska prövas två gånger och så vidare.<sup>933</sup> Det ena behöver dock inte utesluta det andra.<sup>934</sup> Diskurserna kan i vissa hänseenden rent av komplettera varandra. Begrepp vilka används för en förståelse av rätten som artikuleras kring olika nivåer av rättsfakta, kan kompletteras av begrepp som artikuleras kring rättens narratologiska konstruktion. Det handlar här om en rättsvetenskaplig förståelse. Det är emellertid inget som hindrar användningen av narratologiska begrepp även för andra rättsliga praktiker, till exempel inom ramen för en domstolsprocess, vilket jag återkommer till i avsnitt 7.2.2.1.

---

<sup>931</sup> Jfr Amsterdam, Anthony G. & Bruner, Jerome (2000) s. 141.

<sup>932</sup> Jfr Lindroos-Hovinheim, Susanna (2011) s. 252: "[W]hat should be balanced is not so much a norm and facts but the interests of a text and the situation where the interpretation takes place, most importantly the interests of the people involved."

<sup>933</sup> Angående 'saken', funktionalistisk processrätt och Deleuze, se Andersson, Torbjörn (2008).

<sup>934</sup> Vilket antagligen är ett sunt förhållningssätt till rättsvetenskaplig praktik över huvud taget, se Eriksson, Lars D., 'Den kritiska teorins utvecklingsgång', i Modéer, Kjell Å & Sunnqvist, Martin (red.), 1968 och därefter: *De kritiska rättsteoriernas betydelse för nordisk rättsvetenskap* (Köpenhamn: Museum Tusulanums Forlag, 2010), 99-114 s. 114.

Begreppen narrativ, skript, berättelse, intrig och diskurs samt begreppen entymem och överdeterminerade subjekt kan påvisa *hur* sammanlänkningen mellan representationer såsom konkreta och abstrakta rättsfakta går till. Den avgörande skillnaden jämfört med representationsdiskursen blir här att det rättsliga narrativet behandlar *både* händelsen som ligger till grund för den rättsliga tvisten och rättsnormerna gemensamt, det vill säga, de narratologiska begreppen håller inte isär fakta och norm. Med ett narratologiskt perspektiv innebär föreställningar om rättens syfte och föreställningar om subjektet omedelbar skillnad för såväl konkreta som abstrakta rättsfakta.<sup>935</sup> Den narratologiska begreppsapparaten ger exempelvis, vilket jag redogjort för i kapitel 4, möjligheter att på ett mer nyanserat sätt förstå hur representationerna 'motprestation' och 'nyttighet' (Preskriptionsmålet NJA 2013. 700) kopplas samman.<sup>936</sup> Det narratologiska perspektivet fokuserar på att visa hur underliggande skript, vilka grundar sig i subjektets handlingsfrihet och utbytet av resurser som något med egenvärde, bidrar till att skapa en förståelse och förväntning på ett händelseförlopp där både motprestationen och nyttigheten är en del av ett gemensamt skript. Det gemensamma skriptet handlar då om att självständiga subjekt kan utgå från att frivilliga utbyten av resurser är nyttiga.

Händelsen och normen är i det rättsliga narrativet sammanfogade och den ena behöver således inte subsumeras under den andra. De ingår redan i en gemensam berättelse som producerar skillnad genom att leda till en upplösning av narrativet. De narratologiska perspektiven är visserligen alltid retrospektiva i betydelsen att den narratologiska inramningen är möjlig först i efterhand. Detsamma kan emellertid sägas även för funktionellt bestämda processrättsliga representationer. En avgörande skillnad består emellertid i narratologins möjlighet att påvisa *hur* den retrospektiva inramningen genomförs, snarare än att framställa argumentationen som en illusorisk representation av rättsfakta 'som om' de hade funnits där från början. Det är även viktigt att påpeka att narrativ kan upplösas på flera olika sätt. Det kan handla om att påminna om viktiga, men svåra, skript. Det kan handla om att prioritera mellan skript. Men det kan även handla om att transformera skript. Det är möjligt att skapa legitimitet för vart och ett av dessa, vilket kan jämföras med den traditionella dikotomin av *de lege lata* och *de lege ferenda* där den legitimerande möjligheten för rättstillämparen handlar om att fastlägga den redan fixerade representationen av rätten. *De lege lata* och *de lege ferenda* är en dikotomi vilken i allt väsentligt upplöses med ett narratologiskt perspektiv på rättsligt blivande.<sup>937</sup>

---

<sup>935</sup> Angående subjektes performativitet se kapitel 6, se även Butler, Judith, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*. London: Routledge, 1990 s. 5.

<sup>936</sup> Se avsnitt 4.2.1.

<sup>937</sup> I likhet med Svenssons begrepp *de lege interpretata*, Svensson, Eva-Maria (2014).

## 7.2.2. Rättsliga öppningar

De två nästkommande avsnitten behandlar teoretiska konsekvenser av den begreppsapparat som utvecklats i avhandlingen. Avsnitten betonar de möjligheter begreppsapparaten för med sig både avseende rättens och rättsprocessens funktion och roll i samhället samt avseende den rättsvetenskapliga förståelsen av rätten. Det handlar här framförallt om att lyfta fram innebörden av en betoning av rättens *användning* snarare än dess *tillämpning*, avsnitt 7.2.2.1, och dess *tillblivelse* snarare än dess *varande*, avsnitt 7.2.2.2.

### 7.2.2.1. Öppningar genom rättens användning

Det narratologiska perspektivet, om det sätts i relation till rätten, och inte bara i relation till studier av rätten, får även konsekvenser för förståelsen av rättstillämpning som rättslig praktik.

När det gäller frågan om vad som utgör rätt och rättstillämpning kan en jämförelse göras med hur Wittgenstein avfärdar två vanligt förekommande ytterligheter avseende förståelse och användning av regler. I den ena polen återfinns det som kan betecknas platonisk realism, där varje regel eller normsystem innehåller information i sig själv för att kunna avgöra vad som utgör en korrekt tillämpning av en regel.<sup>938</sup> Wittgenstein beskriver detta som att regeln slår an ett spår, vilket regeltillämpningen är skyldig att följa.<sup>939</sup> Den här typen av metafysiskt synsätt på regler och regeltillämpning råkar i teoretiska problem eftersom det går att tänka sig en oändlig mängd situationer regeln kan tillämpas på. Det kommer därför att uppstå problem mellan regelns nödvändiga generalitet och de enskilda situationernas specifika särdrag. Regler kan därmed, enligt Wittgenstein, inte ses som något självständigt som finns 'där ute', vilket kan bestämma det korrekta agerandet i olika situationer.<sup>940</sup> Även om en sådan perfekt representation av rätten gick att fixera skulle likväl problematiken med tillämpningen kvarstå.<sup>941</sup>

Den andra polen för regeltillämpning som Wittgenstein målar upp avfärdar, likt den skandinaviska rättsrealismen, helt tanken på en regelentitet som existerar i sig och fokuserar istället på att identifiera regler i vanligt förekommande handlings-

---

<sup>938</sup> Återigen står här Aristoteles för motsatsen, det vill säga en norms tillämpning är omöjlig att förutse enbart med hjälp av normen i sig, Graver, Hans Petter (2010) s. 129.

<sup>939</sup> Wittgenstein, Ludwig (2012) s. 100-101, Björkholm, Thérèse (1997) s. 189.

<sup>940</sup> Se Björkholm, Thérèse (1997) s. 189-190.

<sup>941</sup> Wittgenstein, Ludwig (2012) s. 91-93. Angående att det är problematiskt att inkludera tillämpningen som en del av den rättsliga representationen även utifrån ett rättspositivistiskt perspektiv, se Spaak, Torben (2013). Se även Baier, Matthias & Svensson, Måns (2009) s. 50.

mönster. Genom att studera beteenden och deras effekter kan normativa förklaringar ersättas med empiriska observationer om etablerade beteendemönster eftersträvansvärda effekter. Problemet med denna ingång är emellertid att det saknas referens att utvärdera beteendemönstren mot.<sup>942</sup> Wittgenstein illustrerar detta med en analogi till standardmetern, vilken förvaras i Paris. ”Det finns *ett* ting varom man inte kan utsäga att det är 1 meter långt, inte heller att det inte är 1 meter långt, och det är standardmetern i Paris.”<sup>943</sup> Förståelsen av regler, med grund i empiriska mätningar, kommer oundvikligen få problem i likhet med att standardmetern i Paris inte kan mäta sig själv. Therese Björkholm sammanfattar dilemmat mellan de två polerna för rättslig förståelse enligt följande:

Here then we have the philosophical dilemma - on the one hand, there is the idea of metaphysical entities determining in advance what is correct, justifiable and right, and on the other hand, a reductive analysis in terms of empirical descriptions of what people are actually and in general disposed to do.<sup>944</sup>

Som en möjlig mellanväg, vilken också den avfärdas av Wittgenstein, kan det framhållas att det visserligen finns ett glapp mellan förståelsen av en norm och tillämpningen av densamma, men att detta glapp kan läkas genom *tolkning* av regeln.<sup>945</sup> Tolkningens syfte är i detta fall att ge en mer explicit förståelse av regeln i förhållande till den situation för vilken regeln ska erbjuda vägledning. Även detta tillvägagångssätt, vilket förespråkats av bland annat Aarnio, Alexy och Peczenik,<sup>946</sup> kan drabbas av samma problematik som idén om regeln som en metafysisk entitet. Eftersom det alltid går att variera, specificera och fördjupa förståelsen av den enskilda tillämpningen är behovet av tolkningar oändligt och efterfrågan på ytterligare förklarande tolkningar av en regel kommer därmed aldrig att kunna mättas.<sup>947</sup>

Anledningen till att jag här presenterar Wittgensteins kritik mot regeltillämpning beror på att han löser problematiken på ett sätt vilket passar mycket väl in med idén om rätten som ett ständigt blivande och vilket tar sig förbi den typ av ytterlighetsproblematik som just målats upp. Enligt Wittgenstein är regeltillämpning alltid *handling*. Som jag redan nämnt i kapitel 2 är en avgörande utgångspunkt för Wittgenstein att språket varken få sin mening genom att det utpekar/representerar saker 'i verkligheten' eller att språket i sig innehåller alla komponenter för att skapa

---

<sup>942</sup> Jfr dock Dahlstrand, Karl (2013) s. 101-102.

<sup>943</sup> Wittgenstein, Ludwig (2012) s. 36.

<sup>944</sup> Björkholm, Thérèse (1997) s. 192.

<sup>945</sup> Björkholm, Thérèse (1997) s. 192.

<sup>946</sup> Se avsnitt 3.2.2. och de passager där som hänvisar till Aarnio, Aulis, Alexy, Robert & Peczenik, Aleksander (1981).

<sup>947</sup> Wittgenstein, Ludwig (2012) s. 51, 95. Se även Björkholm, Thérèse (1997) s. 193.



mening. Istället utgörs det avgörande momentet av språkets användning. ”Ett ords betydelse är dess användning i språket.”<sup>948</sup> Med en utgångspunkt att rättstillämpning är en typ av språkligt uttryck gäller samma sak för rätten, det vill säga att rättens betydelse är dess användning i språket. Det centrala här är att lägga betoningen på *användning*, rättens mening är dess användning. Wittgenstein lyfter fram att det inte finns något glapp mellan förståelsen av en regel och tillämpningen av regeln. ”När jag följer regeln, väljer jag inte. Jag följer regeln *blint*.”<sup>949</sup> Att regeln följs i blindo innebär att den inte kan förklaras med någon extern rationalitet eller legitimering, eftersom en extern förklaring aldrig kan vara densamma som regelns användning.<sup>950</sup> Med extern avses här alla förklaringar som är externa i förhållande till användningen av en regel, oavsett om dessa benämns rättsliga eller inte. Detta betyder emellertid inte att regelanvändningen skulle vara godtycklig eller bortom föreställningar om rätt och fel. Det handlar snarast om att regelanvändning är en teknik, en aktivitet, snarare än en tolkning, ett *beslut* snarare än en reflektion.<sup>951</sup>

En viktig poäng är att regeln, eftersom dess mening är dess användning, alltid är sammankopplad med den konkreta omgivning i vilken den används. Att användningen är central innebär vidare att rättens mening består av fler komponenter än de som ryms i en förteckning av rättskällor.<sup>952</sup> Rättsanvändningens *omgivning*, dess institutionella och diskursiva sammanhang, i mycket konkret bemärkelse (i varje enskild rättegång), blir med det här perspektivet avgörande för förståelsen av rätten.

De diskursiva öppningar ett uttrycksperspektiv ger i förhållande till rättsanvändningen, ställer även andra krav på vilket ansvar som bör tillskrivas såväl den praktiserande juristen som rättsvetaren. Ansvar måste med nödvändighet även gälla formatet, det retoriska tillrättaläggandet av rättslig argumentation, eftersom detta utgör en del av rätten. Detta innebär att målen aldrig kan helga medlen eftersom dessa två, i rättens ständiga blivande, är integrerade med varandra. Rättstillämpningen och den rättsliga argumentationen kan här sägas trängas mellan poler som varit kända sedan antiken:

As every classical rhetorician from Isocrates through Quintilian and from Seneca to Tertullian would have told you, a central problem of persuasion (and we'll propose for the moment that any good story must persuade, whatever else it does) is to find a way between being *convincing* or *believable* and being *true* or

---

<sup>948</sup> Wittgenstein, Ludwig (2012) s. 31. Se även Dahlstrand, Karl (2012) s. 271-272.

<sup>949</sup> Wittgenstein, Ludwig (2012) s. 101.

<sup>950</sup> Björkholm, Thérèse (1997) s. 196.

<sup>951</sup> Jfr Samuelsson som också betonar det rättsliga praktiserandet med grund i Wittgenstein. Avtalsolkning blir då en pågående praktik snarare än en tillämpning av systematiserade tolkningsregler, Samuelsson, Joel, *Tolkningslärans gåta: En studie i avtalsrätt*. Uppsala: Iustus, 2011 s. 142-150.

<sup>952</sup> Jfr Peczenik och Strömholms förståelse av normer i kapitel 3.

*truthlike*. But a storyteller must also find the way between *truth* and *excitement*, between *believability* and *epiphany*, between *truth* (or *believability*) and *desire*.<sup>953</sup>

Med ett perspektiv på rätten som inbegriper dess diskursiva uttryck kan varken juristen eller rättsvetaren gömma sig bakom föreställningen om den gällande rätten. Att svara på interpellationen "Hallå, ni där borta! Ange gällande rätt!" innebär att bli medproducent av rätten.<sup>954</sup> De metodologiska begreppen *rättsliga entymem* och *överdeterminerade subjekt* kan enligt min mening förbättra möjligheten att ta ansvar för det rättsliga görandet, också inom den rättsliga praktiken.<sup>955</sup> Detta genom att erbjuda begrepp som bidrar till att förklara och motivera hur den rättsliga argumentationen konstrueras.

### 7.2.2.2. Öppningar genom rättens tillblivelse

I föregående avsnitt framhölls att rätten alltid är i samspel med sin konkreta omgivning.<sup>956</sup> Eftersom en regels betydelse är dess användning kommer regelns betydelse alltid att vara sammankopplad med den konkreta omgivning, i vilken den används. Rättsanvändningens *omgivning*, dess institutionella och diskursiva sammanhang (i varje enskild rättegång), blir med det här perspektivet avgörande för förståelsen av rätten, och också del av rätten.<sup>957</sup>

En annan viktig poäng som följer av Wittgensteins syn på språket, och i förlängningen rättsliga narrativ, är att den rättsliga användningen med nödvändighet är under ständig produktion, vilket jag redan berört vid flera tillfällen i kapitel 3.

---

<sup>953</sup> Amsterdam, Anthony G. & Bruner, Jerome (2000) s. 119-120.

<sup>954</sup> Angående den av Gustafsson myntade interpellationen "Hallå, ni där borta! Ange gällande rätt!" se Gustafsson, Håkan (2011) s. 26-27.

<sup>955</sup> Jfr det ansvar för rättens enskilda uttryck som lyfts fram av Juha Karhu, Karhu, Juha, "Det rättsliga ansvarets grunder i det senmoderna samhället", *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*, 3-4 (2009), 351-361. Karhu utgår i artikeln från Wilhelmssons idé om att privaträtten innehåller en potential vilken kan leda till motmakt i förhållande till de effekter som marknadsorienteringens ökade inflytande föranleder, se Wilhelmsson, Thomas (2001) s. 134-163.

<sup>956</sup> Avseende vad som ingår i det 'språkliga' se avsnitt 3.1.1.

<sup>957</sup> Lindroos-Hovinheimo uttrycker en likande slutsats i följande passage: "The argument about the ethics of interpretation is twofold. Firstly, there has to be a certain attitude of the interpreter towards the text in order for the interpreter to be able to understand at all. This attitude can best be described as ethical. It has been called textual responsibility. Secondly, especially in the field of law, where interpretation is inscribed in the demand for justice, there is the challenge of every interpretation taking place in a particular time and place. This amounts to what has been called situational responsibility. The idea is that by being responsible *this* interpretation of *this* text in *this* situation is also right and correct, that is, as correct as it can be. Ultimately, no other criteria are to be found for a correct interpretation of a legal text." Lindroos-Hovinheimo, Susanna (2011) s. 250.

Vad innebär det då att rättsliga narrativ är under ständigt blivande på ett mer specifikt rättsteoretiskt plan?

För *det första* innebär rättens ständiga blivande, vilket jag också redan påpekat i kapitel 3, att benämningen *rättstillämpning* blir obsolet (i teoretisk mening). Åtminstone i traditionell betydelse. Uppställningen av tillämpning som en typ av subsumtion är kontraproduktiv i förhållande till den rättsliga användningen där den rättsliga förståelsen och den narrativa förståelsen av händelser integreras till en gemensam användning.

För *det andra* innebär rättens ständiga blivande att strålkastaren tänds över en domstol som redan står på estraden, men vilken alltså står där i mörker. Förhoppningsvis kan det ge möjligheter till att öka intressen för värdefrågan och att skapa en bredare integrativ jurisprudens.<sup>958</sup> *Rättstillämparen* utgör en (illusorisk) förmedlare för rätt och fakta medan *författaren av ett rättsligt narrativ* fattar beslut som gör skillnad genom att hantera de skript som är 'hotade' i den rättsliga berättelsen. Författaren av ett rättsligt narrativ är därmed oundvikligen medskapare av rätten.<sup>959</sup> Den gränsdragande faktorn för *det rättsliga* sätts då inte av formen utan av beslutet som leder till det rättsliga narrativets upplösning. Ett beslut som formar ett rättsligt narrativ innebär samtidigt anspråk på något rättsligt, rent av ett anspråk på rättvisa. Susanna Lindroos-Hovinheimos uttrycker detta enligt följande: "The demand for justice is ultimately what sets *legal* interpretation apart from other practices of interpretation."<sup>960</sup>

För *det tredje* innebär rättens ständiga blivande ett nödvändigt fokus på rättsanvändningens omgivning i konkret betydelse.<sup>961</sup> Med omgivningen avses inte bara konflikten mellan parterna utan även den konkreta domstolsmiljön i vilken rättegången genomförs.<sup>962</sup> Denna konkreta förståelse för den rättsanvändande miljön kan med fördel ta spjörn mot en narratologisk terminologi, vilket jag återkommer till i avsnitt 7.3.

För *det fjärde*, och på den här punkten kommer jag att uppehålla mig något längre, innebär rättens ständiga blivande en oundviklig pluralism. I kapitel 2 beskrev jag hur narrativets upplösning har potential att transformera narrativets egen

---

<sup>958</sup> Petersen, Hanne, "Polycentri som utvecklingsperspektiv - Polycentrisk ret og pluralistiske værdier", *Retsvidenskabeligt Institut B. Årsberetning 1993*, Studier nr 54 (1994), 131-138 s. 136.

<sup>959</sup> Jfr Lindroos-Hovinheimos, Susanna (2011) s. 249.

<sup>960</sup> Lindroos-Hovinheimos, Susanna (2011) s. 252.

<sup>961</sup> Jfr här det vanligt förekommande särskiljandet mellan *civil law* och *common law* där den förstnämnda sägs fokusera på fakta i målet medan *civil law*-rättskipning istället har som målsättning att snabbt eliminera alla spår av den konkreta situationen för att istället fokusera på ett abstrakt rättsligt koncept av något slag, se Legrand, Pierre, "European Legal Systems are not Converging", *International and Comparative Law Quarterly*, 45 (1996), 52-81 s. 68-69: "The contrast can be introduced thus: where, as in Continental legal systems, a propositional logic prevails, the question put by the courts (and by the interpretive community at large) is: 'Quid juris?'; however, where, as in English law, a situational logic governs, the relevant question to ask is: 'Quid facti?'"

<sup>962</sup> Jfr Latour, Bruno (2010). Jfr vidare Karhu, Juha (2007).

problemformulering. Det skript som initierat narrativet måste således inte vara en del av dess upplösning. Den rättsliga initieringen kan *bekräftas*, *avfärdas* eller *transformeras*.

I rättsfallsmaterialet finns det gott om exempel på hur narrativets upplösning inte bara handlar om att bekräfta på förhand säkra skript. Ett exempel på detta utgörs av Tandläkarmålet där det initialt avbrutna skriptet avseende felbehandling upplöses i ett narrativ vilket bygger på ett skript om en icke-färdigställd behandling.<sup>963</sup> Eller i Villareparationsmålet där initiala skript baserade på löpande räkning respektive takpris landar i en upplösning baserad på en ungefärlig prisuppgift enligt konsumenttjänstlagen.<sup>964</sup> I Hansamålet transformeras skriptet avseende god tro genom att avsaknaden av frågor angående fordringen från förvärvaren till gäldenären förändrade det sätt på vilket det rättsliga narrativet kunde upplösas.<sup>965</sup>

Möjligheten till transformerande rättsliga narrativ skapar även förutsättningar för den rättsliga argumentationen att vända blicken mot det som rätten (ännu) inte är.<sup>966</sup> Teubner och Zartaloudis menar att även en till synes autopoietisk och slutna rättslig diskurs kan möjliggöra rättsliga öppningar. Problemet för den rättsliga diskursen, menar Teubner, är att den, på grund av sin uppbyggnad genom självreferering, inte kan fungera utblickande utan att samtidigt vara självomstörtande eller självundergrävande.<sup>967</sup> Samtidigt är den diskursiva självrefererande positionen omöjlig eftersom rättsreglerna inte är tillräckliga i sig själva utan beroende av att de uppkommer i sitt sammanhang, i relation till sin omgivning.<sup>968</sup>

Den rättsliga diskursen måste således handskas med problemet att rättslig kommunikation inte förmår sträcka sig bortom det rättsliga, men samtidigt är beroende av det icke-rättsliga. Här närmar vi oss alltså de rättstillämpande diskursernas omöjliga uppgift. Hänsynstagande och anpassning till det icke-rättsliga framstår som 'self-subversive', det vill säga självomstörtande, för den rättsliga diskursen.<sup>969</sup> Vägen ur detta dilemma kan, enligt Teubner, vara att rättens legitimitet inte kan grundas i *en* nodalpunkt. Istället måste den rättsliga diskursen kännetecknas av att

---

<sup>963</sup> Se avsnitt 6.2.3.2.

<sup>964</sup> Se avsnitt 6.2.1.1.

<sup>965</sup> Se löpande exemplifieringar från Hansamålet i kapitel 3.

<sup>966</sup> Jfr Gustafsson, Håkan (2002) s. 426, Eriksson et. al, (1998) s. 4-7. Eriksson, Lars D., Hirvonen, Ari & Minkinen, Panu, 'Introduction: A Polytical Manifesto', i Hirvonen, Ari (red.), *Polycentricity: the multiple scenes of law* (Sterling: Pluto Press, 1998), 1-7. Liknande slutsatser dras även av Eva-Maria Svensson. Svensson, Eva-Maria (1997) s. 273.

<sup>967</sup> Zartaloudis, Thanos, "On Justice", *Law Critique*, 22 (2011), 135-153 s. 136, se Teubner, Gunther, 'Alienating justice: On the social surplus value of the twelfth camel', i Nelken, David & Priibán, Jiri (red.), *Law's new boundaries: Consequences of legal autopoiesis* (Aldershot: Ashgate, 2001), 21-44 s. 23.

<sup>968</sup> Se angående detta Wittgensteins kritik av regeltillämpning i avsnitt 7.2.2.1. Se även Zartaloudis, Thanos (2011) s. 136, se Teubner, Gunther (2001) s. 23.

<sup>969</sup> Zartaloudis, Thanos (2011) s. 136. Att det vore paradoxalt att hantera rättslig rättvisa på en annan 'nivå' är en tanke som ursprungligen kommer från Luhmann.

vara inlyssnande.<sup>970</sup> I detta rättens ständiga inlyssnande (blivande) uppstår tillfälliga möjligheter vid rättsliga paradoxer eller andra typer av öppningar. Men detta utgör enligt Teubner inte någon form av 'upphöjd' avvägning av intressen eller principer. Själva kärnan ligger istället i ständiga försök till anpassning och tillpassning till rättens angränsande 'ekologier'. Ett sådant perspektiv innebär att rätten oundvikligen kommer att kännetecknas av pluralism, vilket inte måste innebära större risker för godtycke eller ensidig maktutövning. Tvärtom, har Wilhelmsson framfört att, genom att valet av värdegrund blir öppen i en pluralistisk rätt tvingas juristen att motivera sitt val, snarare än att gömma ett irrationellt subjektivt val bakom idén om enhetlighet.<sup>971</sup> Även Teubner betonar att strävan mot enhetlighet och universalism snarast utgör ett hinder mot en legitim rättslig diskurs. Inte minst eftersom det bygger på antagandet om att den rättsliga diskursen skulle ha förmågan att vara allomfattande. Samma tendens kan, enligt Teubner, förekomma även inom exempelvis ekonomi, det vill säga att världens problem ska lösas genom modeller som enbart förmår beakta det ekonomiskt mätbara, det vill säga att *hela* det goda samhället utlovas men med hjälp av en diskurs, eller diskurser, som uppenbart är avsedda att hantera *delar* av samhällets subsystem:

'Justicialization' as an attempt to bring the whole of society to justice with juridical instruments is disastrous: the imperialism of legal rationality, parallel to economic, political and scientific expansionism – a unidirectional growth of juridical justice which needs to be restricted politically. This imperialism of a partial rationality is dangerous because it meets the human desire for a non-divisible justice.<sup>972</sup>

Med andra ord anser Teubner att i ett pluralistiskt samhälle är universella lösningar omöjliga, och begränsade förklaringsmodeller vilseledande. Vad blir då kvar? En legitim rättslig diskurs blir något ständigt undflyende. Något som inte är rättsligt i traditionell meningen men vilket inte heller kan representeras som något icke-rättsligt. Jacques Derrida formulerar den omöjliga startpunkten för legitimt rättslig användning på följande sätt:

Since the origin of authority, the foundation or ground, the position of the law can't by definition rest on anything but themselves, they are themselves a violence without a ground. Which is not to say that they are in themselves unjust in the

---

<sup>970</sup> Teubner, Gunther (2009), Zartaloudis, Thanos (2011) s. 137 Luhmann, Niklas, *Social Systems*. Stanford: Stanford University Press, 1995 s. 220-221.

<sup>971</sup> Wilhelmsson, Thomas (1993) s. 505f.

<sup>972</sup> Teubner, Gunther (1983) s. 23.

sense 'illegal'. They are neither legal nor illegal in their founding moment.<sup>973</sup>

Men samtidigt vill jag, apropå referatet från Derrida, *för det femte*, påminna om att föreställningen om rättens "founding moment" utgör ett problem främst för rättens representation. Rättens *representation* kommer med det här synsättet alltid, å ena sidan, att vara bristfällig och trasig. Rättens *uttryck*, å andra sidan, förmår uppenbarligen att frodas i detta paradoxala landskap gång på gång.

En effekt av synen på rätten som blivande innebär även att synen på rättskällor förändras. Istället för att leta efter dessa i förhållande till deras ursprung, eller i förhållande till hur de representeras inom en koherent helhet, blir det nu fråga om att förstå inom vilka processer rättskällor kommer till uttryck. Vidare tappar den rättsliga argumentationens slutsatser sin logiska form, till förmån för transformativa beslut.<sup>974</sup> Det som för representationsdiskursen benämns som rättstillämpning utgör i en uttrycksdiskurs ett beslut inom ramen för ett rättsligt narrativ. Det är alltså inte fråga om en logisk sammankoppling mellan representationer för normer och representationer för fakta utan om en narratologisk sammanlänkning genomförd av den som håller i den rättsliga argumentationens penna. Detta innebär vidare att den rättsliga epistemologin, jurisprudence, och dess objekt rättskällorna, smälter samman. Den rättsliga metodologin utgör då den enda rättskällan.<sup>975</sup>

---

<sup>973</sup> Derrida, Jacques, "Force of Law: The "Mystical Foundation of Authority"", *Cardozo Law Review*, 11/5-6 (1990), 919-1046 s. 943.

<sup>974</sup> Jfr Ekeland, Björn. C., *Rettferdige ord: Humanistisk rettsstenkning mellom rett og retorikk, lov og litteratur*. Bergen: Universitetet i Bergen, 2009 s. 239.

<sup>975</sup> Deleuze illustrerar detta genom följande exempel: "I remember the time when it was forbidden to smoke in taxis. The first taxi driver who forbade smoking in their taxis – that made a lot of noise, because there were smokers. And among them was a lawyer ... There was this guy who didn't want to be forbidden from smoking in a taxi. So he took the taxi driver to court. I remember it very well: the taxi driver was ruled guilty. If the trial were to take place today, the taxi driver wouldn't be guilty, it would be the passenger who'd be the guilty party. But back then, the taxi driver was found guilty. Under what pretext? That, then someone took a taxi, he was the tenant. So the taxi passenger was likened to a tenant; the tenant is allowed to smoke in his own home. So the taxi was made out to be a sort of mobile apartment in which the passenger was the tenant. Ten years later, it's become almost universal: there is almost no taxi in which one can smoke, period. The taxi is no longer made out to be like renting an apartment, it's a public service. In a public service, forbidding smoking is permitted. All that is jurisprudence." Deleuze, *L'abécédaire de Gilles Deleuze*, avec Claire Parnet (Paris: DVD editions Montparnase, 2004), transkriberat i Mussawir, Edward (2011) s. 86.

### 7.3. Mesoförrättsligande

Latour redogör i *The Making of Law* för ett rättsfall i den franska högsta förvaltningsdomstolen *Conseil D'Etat*.<sup>976</sup> I målet hade en bonde, Herr D, stämt La Rochefoucauld, en fransk mindre kommun, för att kommunen inte sett till att hålla stadens duvor i schack. De många duvorna hade bland annat hållit till på D:s solrosfält vilket medfört att Herr D:s skörd delvis blivit förstörd.

Frågan var nu om den franska kommunen varit oaktsam som inte förhindrat duvorna, exempelvis genom att minska duvpopulationen i staden. Polisen, vilka enligt "Code of communes" hade ansvar för att se till att förhindra och avhjälpa missöden som kunde inträffa på grund av farliga och vilda djur, hade enligt Herr D varit grovt oaktsamma genom att de inte vidtagit tillräckliga åtgärder för att förhindra att duvorna skadade hans solrosodling. Latour beskriver hur de annars så fredliga duvorna, vilka brukade underhålla stadens invånare med upptåg och luftakrobatik, genom sammanlänkningen med bestämmelsen i "Code of communes" i ett slag istället förvandlats till 'farliga djur' vilka kommunen ansvarade för, och som berättigade D till ersättning eftersom polisen inte vidtagit några åtgärder för att förhindra duvornas framfart. Staden invände mot detta med att polisen visst vidtagit åtgärder genom att försöka sterilisera delar av duvpopulationen. En åtgärd som dock inte hade givit ett tillfredställande resultat. Underinstanserna i målet hade beslutat att inte ge någon ersättning till D eftersom det inte var utrett att, kommunen i sina försök att hantera duvpopulationen, agerat genom grov oaktsamhet.

*Conseil D'Etats* sätt att argumentera i målet bestod av två steg. I steg ett konstaterade domstolen att underinstanserna missat att bedömningen av insatserna mot farliga djur ska bedömas både avseende beslut om vilka åtgärder som ska vidtas och avseende i vilken mån kommunen verkställt de åtgärder som beslutats om. För den första grunden, den som handlar om vilka åtgärder som ska vidtas, bestod rättsfrågan i om staden agerat oaktsamt eller inte. För den andra grunden, den som handlade om verkställigheten av åtgärdsprogrammet mot duvorna, bestod rättsfrågan i om staden agerat med grov oaktsamhet eller inte. Domstolen konstaterade sedan vidare att underinstanserna, genom att göra en helhetsbedömning avseende både åtgärdernas art och verkställighet, inte hade nyanserat sin bedömning tillräckligt. Eftersom underinstanserna därmed hade dömt på fel sätt hade D gjort rätt som överklagade beslutet till *Conseil D'Etat*. Den högsta förvaltningsdomstolen i Frankrike har emellertid möjlighet att i dessa fall även pröva frågan om D hade rätt till ersättning från La Rochefoucauld.<sup>977</sup> Över tio år hade nu förflutit sedan Herr D först stämde in till den första instansen och påbörjade rättegången mot kommunen.

---

<sup>976</sup> Latour, Bruno (2010) s. 6-21.

<sup>977</sup> Det vill säga; målet behövde inte återförvisas utan kunde prövas omedelbart av *Conseil D'Etat*.

Domstolen stämde in i föredragandens motivering angående frågan om hanteringen av stadens duvor:

Pigeons are not so dangerous that the risk that was taken by using a less efficient measure could not be justified by a concern not to endanger the health of human beings, the health of other animals, or the peace of mind of environmental activists, who are very hostile to more violent measures.<sup>978</sup>

Sammanfattningsvis hade alltså underrätterna dömt fel, vilket innebar att D gjorde rätt i att överklaga besluten till Conseil D'Etat, men D hade dock ändå gjort fel bedömning avseende om La Rochefoucauld agerat oaktsamt när staden inte hindrat duvorna från att äta upp D:s solrosfrön. Duvorna var helt enkelt inte tillräckligt farliga djur för att ge D rätt till skadestånd.

Jag tar upp, den kanske något aparta, berättelsen om franska duvor så här i avhandlingens avslutande avsnitt, eftersom den illustrerar flera intressanta aspekter av vad det innebär att processa i domstol. Rättsfallet säger något om vad det innebär att låta konflikter *förrättsligas*. Rättsfallet kan sägas illustrera den avgörande betydelse den rättsliga diskursen har för rättslig argumentation. Den sammanhållande kraften för den rättsliga argumentation handlar inte om att säkerställa vissa typer av funktionella resultat (målet ändras inte i sak) och inte heller att argumentera för hur händelseförloppet hänger samman med rättsnormerna (frågan om *varför* duvor inte är tillräckligt farliga hanteras inte i beslutet). Rättsfallet illustrerar dock väl att den rättsliga diskursen lägger sitt särskilda filter över omgivningen.<sup>979</sup>

Det är min uppfattning att forskningen avseende *hur* detta görs, i den institutionella miljön för rättegångar i civilmål i allmän domstol, även kan göras på en större skala med hjälp av begreppen rättsliga entymem, överdeterminerade subjekt och narrativdissonans samt med hjälp av den övriga narratologiska begreppsapparaten. Resultat av sådana narratologiska studier bör då även kompletteras med, och förstås i ljuset av, en uttrycksdiskurs vilken inte eftersträvar representationer utan snarare förmår fånga rättens ständiga blivande. Jag menar alltså att det narratologiska perspektivet på rättslig argumentation, kombinerat med en uttrycksdiskurs, kan bidra till förståelse av förrättsligandeprocessen som äger rum inom ramarna för ett tvistemål i allmän domstol. Ett sådant förrättsligande skulle kunna samlas under benämningen *mesoförrättsligande*. För att utveckla vad jag menar med mesoförrätts-

---

<sup>978</sup> Latour, Bruno (2010) s. 18.

<sup>979</sup> Ungefär på samma sätt som det urbana upprättar en ny horisont för hela samhället trots att bara en del av alla människor bor i städer. I diskursivt hänseende kan samhället betraktas fullständigt urbaniserat (jfr förrättsligat) på ett sätt som trycker undan icke-urbana perspektiv och exkluderar tillgång till potentiella icke-urbana resurser, se Björling, Nils, *Sköra stadslandskap: Planeringsmetoder för att öppna urbaniseringens rumsliga inläsningar*. Göteborg: Institutionen för Arkitektur Chalmers tekniska högskola, 2016 s. 81.



ligande måste jag, trots att vi befinner oss i avhandlingens slutskede, kort redogöra för begreppet förrättsligande.

Förrättsligande (tysk: *verrechtlichung*) har som begrepp använts i skiftande sammanhang och med ganska differentierat innehåll. Begreppet härstammar från tiden för Weimarrepubliken och användes för att kritisera den rättsliga formaliseringen av relationerna på arbetsmarknaden.<sup>980</sup> Förrättsligande har sedan dess främst använts på ett nedlåtande sätt för att beskriva ett överdrivet användande av lagar och regler; "Juridification is an ugly word – as ugly as the reality which it describes."<sup>981</sup> Kärnan i kritiken har handlat om att detaljerade och omfattande rättsliga konstruktioner inte förmått lösa 'livsvärldens' problem, åtminstone inte utan att samtidigt förstöra livsvärldens strukturer.<sup>982</sup> Leila Brännström har närat sig förrättsligandebegreppet från ett språkteoretiskt perspektiv. Med förrättsligande avser Brännström att något, som beskrivs på ett visst sätt i den sociala verkligheten, förskjuts eller byter skepnad till en rättslig diskurs och därmed beskrivs på ett förändrat sätt.<sup>983</sup> Det är i den här senare, språkligt diskursivt fokuserade betydelsen, jag placerar begreppet mesoförrättsligande.<sup>984</sup>

Studier av förrättsligande har emellertid främst fokuserat på hur rättsregleringar får genomslag på ett makroplan och förändrar den samhälleliga diskursen på ett visst område.<sup>985</sup> Men det finns även exempel på hur studier gjorts på mikro-nivå, för att undersöka effekterna av hur de materiella aspekterna av en konflikt måste anpassas till den materiella tolkningen av rättsliga regler inom ramen för en tvist.<sup>986</sup> Mitt fokus, och bidrag till den här typen av förståelse av rättslig kommunikation, ligger i spannet mellan det övergripande samhälleliga och det konkret

---

<sup>980</sup> Teubner, Gunther (1987) s. 9, Habermas, Jürgen, *Theory of communicative action* (2). Boston: Beacon Press, 1987 s. 357.

<sup>981</sup> Teubner, Gunther (1987) s. 3.

<sup>982</sup> Teubner, Gunther (1987) s. 34, Habermas, Jürgen, 'Law as Medium and Law as Institution', i Teubner, Gunther (red.), *Dilemmas of Law in the Welfare State* (Berlin: Walter de Gruyter, 1986), 203-220.

<sup>983</sup> Brännström, Leila (2009) s. 36.

<sup>984</sup> Med *språklig* avser jag här den förståelsen av språk som följer av Wittgenstein och av diskursbegreppet såsom det utvecklats av Laclau och Mouffe, det vill säga en förståelse där språket är sammanbundet med sin omgivning, se kapitel 2 och 3.

<sup>985</sup> Jfr exempelvis Brännströms avhandling, Brännström, Leila (2009), och de perspektiv som behandlas i Teubner, Gunther (1987). Jfr även Granström, Görel (ed.), *Förrättsligande – rapport från 2011 års forskningsinternat*.

<sup>986</sup> Jfr bland annat det som skrivits om Alta-konflikten, se Mathiesen, Thomas, *Rätten i samhället: en introduktion till rättssociologin*. Lund: Studentlitteratur, 2005 s. 180f. och även Christie, Nils (1977) och White, Lucie E. (1990). Gustafsson och Vinthagen har framhållit att sociala rörelser som ägnar sig åt legalstrategiska processer i domstol riskerar att fångas vid rättsliggörandet av rörelsens politiska agenda. Genom att anpassa sig till den rättsliga diskursen kan rörelsen visserligen få gehör för sina krav men de riskerar då samtidigt att rätten övertar makten att definiera de sociala problemen, Gustafsson, Håkan & Vinthagen, Stellan, "Rättens rörelser och rörelsernas rätt", *Tidsskrift för Rettsvetenskap*, 123/4/5 (2010), 637-693 s. 690.

individuella, det vill säga på en *mesonivå*. På mesonivån befinner sig den processuella och institutionella miljön samt de diskursiva praktiker vilka definierar ramarna för det som utspelar sig på mikronivån, och det är därmed här, som jag med mina rättsfallsstudier, kan påvisa systematiska aspekter av förrättsligande.<sup>987</sup>

Mesoförrättsligande innebär alltså en typ av diskursiv anpassning mot, i allmän domstol, accepterade diskurser för rättstillämpning. Som vi sett tidigare i avhandlingen finns det emellertid indikationer på att den institutionella miljön inte kännetecknas av en sammanhållen diskurs för rättslig argumentation. De rättsliga narrativ vilka jag studerat, skiftar mellan olika föreställningar om vilken typ av metodologi och vilken typ av funktion som bör prägla konstruktionen av ett rättsligt narrativ. De narratologiska begrepp jag utvecklat kan användas som operationella verktyg för att undersöka *hur* tillnärmningen mot den institutionella miljön går till. Hur rätten får sin mening genom sin användning, det vill säga studier av rätten vilka inte bara innebär studier av byggnadsställningarna runt rättens användning, för att använda Latours uttryck.<sup>988</sup> Det handlar om uttryck snarare än representation.<sup>989</sup> Narrativanalysen kan påvisa vilken betydelse olika typer av rättsliga representationer har för hur det rättsliga narrativet konstrueras och förs mot sin upplösning. Narrativanalysen kan vidare påvisa hur rättsliga representationer är beroende av underliggande entymem och av föreställningar om de subjekt vilka deltar i rättsprocessen. De mest avgörande aspekterna av mesoförrättsligande verkar därmed inte handla om att låta påståenden om verkligheten, och påståenden om rätten, passa in under processrättsliga representationer. Nej, de mest avgörande aspekterna av mesoförrättsligande handlar om de *beslut vilka formar rättsliga narrativ*. Notera då att *beslut om rättsliga narrativ* med nödvändighet gör rätten både relationell och förankrad i subjektets handling. Ett beslut kräver en handling (och en omgivning) och ett narrativ kräver ett språk, vilket, enligt Wittgenstein, aldrig kan tillhöra enbart ett subjekt.<sup>990</sup> En avgörande fråga för hur mesoförrättsligande tar sig uttryck handlar därmed om vilka typer av narratologiska tillrättalägganden som dominerar den konkreta rättstillämpande diskursen inom en institutionell praktik samt vilka typer av subjekspositioner som har möjlighet att föra det rättsliga narrativet framåt.

Kvantitativa studier avseende mesoförrättsligande, vilka genomförs med hjälp av den metodologi som tagits fram i den här avhandlingen, kan, enligt min mening,

---

<sup>987</sup> Engdahl, Oskar & Larsson, Bengt, *Sociologiska perspektiv: grundläggande begrepp och teorier*. Lund: Studentlitteratur, 2006 s. 22.

<sup>988</sup> Latour, Bruno (2010) s. 142-143. Se även Saunders, David, 'From the Conseil d'Etat to Gaia: Bruno Latour on Law, Surfaces and Depth', i Mcgee, Kyle (red.), *Latour and the passage of law* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2015), 17-37 s. 19.

<sup>989</sup> Latour använder dock inte begreppet 'uttryck' utan istället 'praktik', se Latour, Bruno (2010) s. 10 och Van Dijk, Niels, 'The Life and Deaths of a Dispute: An Inquiry into Matters of Law', i Mcgee, Kyle (red.), *Latour and the passage of law* (Edinburgh: Edinburgh University Press, 2015), 160-196 s. 161.

<sup>990</sup> Wittgenstein, Ludwig (2012) s. 104 och 108.

öppna upp för förståelse av rättens potentialitet, och inte bara resultera i studier som fastlägger rättens exkluderande effekter. Det vill säga, en undersökning som visar hur rättsligt blivande, också inom ramen för processer i allmän domstol, kan ha en inkluderande potential. En möjlighet som tar sig uttryck i ett konkret sammanhang och som samtidigt mobiliserar rättens övergripande skript.<sup>991</sup> En tillblivelse där rätten konstitueras genom legitima beslut om rättsliga narrativ.

\*

Men vad betyder 'en tillblivelse där rätten konstitueras genom legitima beslut om rättsliga narrativ'? För att säga något om detta och för att säga något om avhandlingen i stort, låt oss återvända dit allting började. Till kapitel 1, till Altamonts källare på 11 Rue Simon-Crubellier i Paris och den noggrant redovisade ögonblicksbilden av prydligt uppställda torrvaror i ett källarförråd. Vad ögonblicksbilden betyder är inte självklart men inte heller särskilt komplicerat. Den betyder helt enkelt det vi bestämmer att den betyder genom dess användning i språket, dess användning i en berättelse. För att ta reda på betydelsen av exempelvis de frystorkade champinjonerna, kan vi därför ställa oss frågan; hur bidrar champinjonerna till att föra narrativet mot en upplösning? Om det råkar vara på det sättet att det är jag som bestämmer hur narrativet avslutas är det jag som måste ta ansvar för champinjonernas roll i berättelsen. Deras roll är beroende av beslut från min sida, beroende av min användning av språket.

Jag dristar mig nu till att påstå att det förhåller sig på samma sätt med frystorkade champinjoner i Alamonts källare som med rättsfakta. Hoppsan, nu beslutade jag tydligen att champinjonerna utgör en liknelse för rättsfakta. Se där! (som Wittgenstein kanske skulle ha sagt). Det är den här typen av beslut som konstituerar rätten. Genom rättsvetarens och juristens beslut mobiliserar rätten till ett enskilt rättsligt narrativ. Detta görs gång på gång och kan inte bestämmas i förväg. Det kan inte bestämmas innan det görs i en specifik omgivning. Rätten *uttrycks* snarare än *representeras*. Detta utgör en central och avgörande utmaning för rättsvetenskaplig metodologi, och inte bara en utmaning när det gäller berättelser om frystorkade champinjoner.

---

<sup>991</sup> Jfr Latour, Bruno (2010) s. 258: "Law is related to a particular form of mobilization of the totality in the individual."





## English Summary

The thesis aims to develop methodological concepts that contribute to the understanding of, and critique of, legal argumentation in court proceedings. The concepts take their onset in narratological terminology and in a thorough discussion concerning the ontological and epistemological grounds for legal application.

It is argued that there are unexplored aspects of law left to be examined particularly if law is seen as something that *becomes* rather than something that *is*, in other words, if legal *expressions* are studied rather than legal *representations*. In a shift from law within a *discourse of representation* to a *discourse of expression* the concept of *legal application* would be replaced by the concept of *legal narratives*.

The most important methodological concepts that are developed in the thesis are *legal enthymemes*, *overdetermined subjects* and *narrative dissonance*. These concepts are used to show how legal argumentation is constructed based on implicit premises (legal enthymemes), how legal argumentation faces challenges in handling different subject positions of the parties and the court (overdetermined subjects), and how differences in narrative approaches creates difficulties in relation to the principles behind the adversarial process (narrative dissonance).

On a more general level the thesis deals with issues regarding legal philosophy and civil procedural law. The methodological approach can be situated within the field of law and literature, more specifically, law and narrative.

The thesis contain three parts and in total seven chapters. Each chapter has in turn three subsections. This summary will give a brief overview of each of the sevens chapters.

### Chapter one

In chapter one I elaborate on the underlying problems behind project. I also describe the aims of the project, research questions and delimitations. The aim is described as directed towards developing certain methodological concepts that contribute to the understanding of, and create possibilities of criticizing, *how* legal argumentation, expressed as legal narratives, is made within civil procedure in Swedish courts.

The problems that these methodological concepts are supposed to relate to can be connected to the terminology that is established within the field of procedural law in Sweden. The terminology can be studied as an output of the general philosophical and theoretical framework that underlies Swedish procedural law. The

thesis systematically explores these philosophical onsets that have to do with describing and representing law, legal application and legal argumentation. Three problematic aspects that follow from the established ways of understanding legal argumentation within Swedish civil procedure are treated more carefully:

- 1) Non-expressed presuppositions, that make a difference when legal application is performed in a concrete case, create difficulties in understanding legal argumentation and run the risk of masking central legal norms.
- 2) There is an underdeveloped understanding concerning different subject positions relating to the subjects that participate in court proceedings. This hinders the possibility of studying how parties and the court are constructed within legal practices, which in turn is crucial in order to uphold legitimate legal subject positions.
- 3) The idea of an adversarial process is undermined when the parties constructs their argumentation without an understanding of the narratological dimension of legal application and legal reasoning. This leads to implications in relation to the institutional framework of court proceedings.

In order to deal with these problematic aspects of legal reasoning within Swedish procedural law three concepts are developed. The concepts are designed to work within narratological readings of legal texts and legal argumentation. The three concepts are named, as already mentioned, *legal enthymemes* (“rättsliga entymem”), *overdetermined subjects* (“överdeterminerande subjekt”) and *narrative dissonance* (“narrativdissonans”).

## Chapter two

The second chapter presents narratology and its connections to legal research. Narratology is described both in regards to its historic roots and it is also scrutinized from a philosophy of language perspective, especially in the light of the works of Wittgenstein (the later period). Language, narratives and meaning are described as something that *is expressed* as a result of a practice rather than something that can be *represented* within a certain system or structure. The chapter also looks into the field of law and narrative and the research that has already been done, in Sweden and elsewhere.

Furthermore, the chapter operationalizes the terminology in order to conduct narrative analysis of court rulings and legal argumentation in court proceedings. The chapter concludes with a definition of *legal narratives* as an operational concept. *Legal narratives* are defined in the following four steps: 1) Two parties are initially described as being in a steady state with a common script that describe their expectations of each other, 2) The steady script is disrupted by some reason, 3) The parties put forward arguments on how a third subject, the court, should handle their contradictory opinions regarding the future, 4) The court leads the narrative towards a conclusion, and thereby reinstates a steady state, by *confirming*, *dismissing* or *transforming* the scripts presented by the parties. This conclusive act from the court also renders possible the frame of the narrative into a legal story.

### Chapter three

The third, and the most theory intensive chapter, discusses ontological, epistemological and methodological aspects of legal discourse and legal argumentation. Central for the chapter is the comparison between an ontology of law that regards legal application as involving *representations* of reality and norms and an ontology of law that regard application as an *expression* that produces legal reality rather than represents it. I position the methodological (and narratological) concepts that the thesis aims to develop within the ideas that follow from an ontology based on *expression* including sub-concepts such as *difference*, *association* and *becoming*, based on the philosophies of e.g. Latour, Laclau, Mouffe and Deleuze. This also fits well with the philosophy of language that is discussed in chapter two.

In the second part of the chapter methods for understanding legal application are discussed in relation to their ontology and epistemology and in relation to the effects they have on legal discourses for legal argumentation. I categorize different approaches, inspired by Stelmach and Brozek, as *autonomous methodology regarding legal argumentation*, *semi-autonomous methodology regarding legal argumentation* and *critical methodology regarding legal argumentation*. I position the thesis within the latest.

### Chapters four to six

Chapters four to six are constructed in the same way. The chapters deal with the main concepts of the thesis namely; *legal enthymemes* (chapter four), *overdetermined subjects* (chapter five) and *narrative dissonance* (chapter six). Each chapter involves a review of the established terminology within Swedish procedural law. In the first subsection of each chapter narrative analysis of court proceedings is then used in order to criticise and discuss the effects of the established terminology. Both written observations by the parties and motives from the court are studied. Each of the three



chapters is concluded with a critical discussion concerning the established terminology within Swedish procedural law.

In chapter four the discussion revolves around the established idea that legal application can be seen as a process of subsumption (although it should be noted that it is a version of subsumption developed within the tradition of Scandinavian legal realism). I argue that legal realism has resulted in a functional approach to legal representations but not in a deconstruction or critique of legal representations as such. The concept *legal enthymeme* is used in order to identify non-expressed pre-supposition that are crucial in order to lead the legal narrative to a conclusion and thereby also crucial in order to express a subsumption. The case study includes examples of enthymemes such as methodological considerations or functional approaches to legal interpretation that, without being mentioned in the text, play an important role in leading the narrative to a conclusion.

In chapter five the procedural law preconception of the party as being a legal subject is discussed. The idea of the subject underlying the procedural framework in civil law cases is scrutinized with the methodological concept *overdetermined subjects*. In the case studies I analyze how different subject positions contribute to the conclusion of legal narratives in legal argumentation, primarily in the motives of court rulings. I give examples on how parties are both overdetermined in the sense that they become what they have to become in order to lead the narrative towards a conclusion that can be described as a *legal* narrative, but it is also stressed that legal argumentation is dependent on the parties. Without parties there are no subjects to carry the legal narrative.

In chapter six some fundamental principles of Swedish civil legal procedure such as the adversarial principle and the maxim of party disposition are related to the idea of legal narratives and law as expression. In the case studies the concept of *narrative dissonance* is used in order to show how the different narrative structure of the parties and the court leads to problems in relation to the fundamental concepts of an adversarial process. The concepts within Swedish procedural law such as 'concrete legal fact' (konkret rättsfaktum), 'abstract legal fact' (abstract rättsfaktum) and 'fact of legal application' (rättstillämpningsfakta) lead to an atomistic understanding of the legal argumentation where there is no terminology for describing the larger picture of the conflict handled in the court proceedings. The concept of *narrative dissonance* is useful for scrutinizing the ideals behind the adversarial process. The legitimizing ideals behind the two party process includes the idea that the parties, by criticizing the argumentation of the other party, contributes in creating the best possible material for the court to consider. If the argumentation between the parties is characterized by narrative dissonance this ideal behind the court proceedings is hindered.

## Chapter seven

In the seventh and concluding chapter the results of the thesis are presented. The results are divided into results connected to the value of the methodological concepts developed and results connected to the critique of the procedural law terminology.

When it comes to the methodological (and theoretical) concepts I conclude that both the *semi-autonomous methodology regarding legal argumentation* and the *critical methodology regarding legal argumentation* do not seem to be expressed within the discourses of legal argumentation that are studied in the case material. This is interesting especially since the *semi-autonomous methodology regarding legal argumentation* that has dominated the legal research within procedural law for many decades. Although legal argumentation and legal application has been criticised in many ways, especially within Scandinavian legal realism, it does not seem to give rise to any significant shifts within the legal discourse for legal application. This could be due to the fact that the idea of legal representations is never questioned, especially not the separation between representations of norms and representations of facts. This could also imply that cohesive mechanism within legal argumentation is discursive rather than methodological. Scrutinizing legal ontology, epistemology or methodology does not have any effect on legal argumentation if the constitutive mechanisms for argumentation are not connected to legal theory but instead connected to autonomous discursive expressions.

In order to understand and change legal discourse there needs to be a focus also on legal expressions as such. It should be noted that the methodological concepts developed in the thesis are operational within a theoretical approach that considers law as an expression rather than a representation. This means that ethyemes should not be regarded as a part of the law, in the meaning, part of a representation of the law. Instead, enthymemes are tools that can be utilized in order to understand how law becomes, how it is expressed. The same can be said about subject positions, narrative dissonance and the entire narratological approach to legal research. The concepts developed in this thesis offer an alternative to legal research within a *discourse of representation* since the concepts are instead articulated within a *discourse of expression*.

The most important aspect of legal understanding within a discourse of expression is that *law is expression*. In the same way as Wittgenstein argues that a meaning of a word is its use, the meaning of law is also its use. Law as expression gives rise to a number of conclusions. *Firstly*, law should always be regarded as situated which means that the concept of 'legal application' becomes obsolete. *Secondly*, the court enters the stage as an inevitably active subject responsible for concluding the legal narrative. Whereas the court that 'applies law' is a passive intermediary between norm and fact the court that 'author a legal narrative' is a cocreator of a constant legal becoming. *Thirdly*, a discourse of expression involves different surroundings

compared to a discourse of representation. Enthymemes and subject positions open up for input into the legal narrative that does not fit into representations such as 'legal facts'. *Fourthly*, the discourse of expression means that law becomes plural. If law is considered as an expressed legal narrative it does not exist prior to that expression and potential different conclusions on what law should become are active as long as the narrative is open, and since legal argumentation is also situated in its surrounding a closed narrative does not determine any following narrative.

In the last section of the thesis, possible future quantitative research based on the narratological approach is considered. The narratological terminology, including the concepts of legal enthymemes, overdetermined subject and narrative dissonance could be utilized in order to answer questions such as 'what leads a legal narrative to a conclusion'. On a larger scale these methodological concepts could inform *juridification in the realm of the court* (mesoförrättsligande). Such research could not only be utilized in order to understand negative aspects of juridification and negative aspects of court proceeding, but also in order to explore the potential of a legal becoming where law is constituted through legitimate decisions about legal narratives.





## Epilog

Det tog sex år på dagen från att min forskarutbildning inleddes till att jag försvarade min avhandling. 1 juni 2011 till 1 juni 2017.

Nu, när avhandlingen är färdigskriven vill jag passa på att rikta uppmärksamheten mot ett antal personer som bidragit till textens tillblivelse. Det finns givetvis många att tacka. Mina handledare till exempel. Från start har den första av mina två huvudhandledare, Håkan Gustafsson, varit aktiv, inlyssnande och skarp. Han har ödmjukt och ibland mycket subtilt uppmuntrat mig att 'självmant' undersöka teoribildningar lite här och lite där och samtidigt försäkrat att vandringar i cirklar också är vandringar, vilket har varit helt avgörande för mitt avhandlingsprojekt. Sedan 2015 har jag även förärats med ytterligare en huvudhandledare, Eva-Maria Svensson, som klev in och bidrog till givande handledningstillfällen som medförde att min avhandlingsvandring rätades upp och att vandringen till slut resulterade i en bok. Jag vill vidare tacka min biträdande handledare Moa Bladini som på grund av sina något mer aktuella minnen av avhandlingsskrivande kunnat bistå med nyttiga konkreta erfarenheter och säkra kunskaper i ämnesområdet. Jag vill här även uppmärksamma Monica Burman och Sara Stendahl för deras värdefulla och konstruktiva kommentarer vid både textseminarium och slutseminarium. För läsning av avhandlingsutkast i olika skeden vill jag också tacka Karl Dahlstrand och Christina Olsen Lundh. En annan person som bör nämnas är Juha Karhu. Han kom som ett yrväder en aprilafton (eller liknande) till juridiska institutionen och har sedan dess förundrat och inspirerat mig vid sina besök i Göteborg.

På juridiska institutionen finns det många kloka människor. Jag vågar inte nämna alla som betytt något för min forskningsprocess under åren eftersom jag då alldeles säkert skulle missa någon. Nu får istället ni, som efter att ni läst detta känner er förbisedda, vila i ro i vetenskapen om att ni åtminstone är i gott sällskap. Jag dristar mig även till att slänga iväg ett generellt tack till alla er som läser detta och tänker, jo, jag har minsann bidragit. Tack ska ni ha. Med detta sagt vill jag likväl uppmärksamma vissa få utvalda personer och sammanhang ytterligare. Jag vill tacka den rättsvetenskapliga forskningsmiljön för alla spänstiga samtal vi haft vid teoriseminarier, inför undervisning, på konferenser med mera. Särskilt tack till Merima Bruncevic som varit med mig sedan första dagen och som stoiskt stått ut under inte så få gemensamma undervisningstimmar och som alltid (oftast) sinnrikt besvarat mina inte så få rättsfilosofiska frågor.

Vidare vill jag tacka den ringa men naggande goda processrättsgruppen på juridiska institutionen, särskilt Anna Wallerman och Sebastian Wejedal med vilka ett processrättsligt 'nanoseminarium' startades för ett antal år sedan. Utan er hade de

tvärande processrättsliga ambitionerna med det här projektet inte kunnat bli av. Sedan många år har jag även haft äran att få stöta och blöta både det ena och det andra med mina doktorandkollegor Annkatrin Meyerson och Tormod Otter Johansen. Ni är bra att ha.

Men än har jag fler tack att dela ut. Min store bror (särskrivet med flit), Nils Björling, har trots att han befinner sig inom ett annat fält, visat sig dela mitt intresse för Latour, Deleuze, Foucault och de andra gubbarna, ja gubbar är just vad de är. Med hjälp av Nils har jag även kunnat skaffa mig värdefull distans till akademins byråkrati. Han har vidare hållit i pennan för de hastigt utmejslade linjerna på avhandlingens framsida; en sektion av ett bristfälligt hus med funktionella ambitioner, en representation medveten om sin otillräcklighet.

Vidare vill jag tacka mina vänner Timothy Hadarsson Bodin och Lars Erling vilka i olika sammanhang med hyfsat frekvent välvillighet lyssnat till mina försök att berätta vad mitt forskningsprojekt går ut på. De har i dessa stunder även i stor utsträckning utmanat mitt tänkande samt många gånger uppmärksammat mig på att en avhandling i rättsvetenskap inte alltid är särskilt världsomvälvande.

Mina föräldrar, Lena och Arne, tack för att ni älskar mig (och eftersom storebror nämndes tidigare får jag väl även passa på att tacka lillebror Karl, du är snäll och fin).

Slutligen vänder jag blicken dit den så ofta vandrar, nämligen mot Maria. Genom åren har du i elände och misär, i medgång och motgång och inte minst i underbara stunder, inte bara varit min vän, och min hustru, utan även bistått med både omkullkastande och konstnärlig kritik av mitt projekt. Båda våra namn borde stå på den här bokens omslag.<sup>992</sup>

*Ödenäs, en vårdag i april*

*Erik Björling*

---

<sup>992</sup> ... Förresten, får jag hälsa? Jag skulle vilja hälsa till Josef, Thea, Sigrid, Tove, Holger, Lisa, Ida, Mats & Sara. Lisa, Fredrik, Råven, Malin, Tage och Julia. Olof, Mikael, Ronja, Hilda, Ivar, Livia och Alice. Anna, Elias, David, Benjamin, Tyra, Astrid, Frida, Carl, Anna, Nils och Ann-Marie. Sassa, Snurre, Sissi, Titti, Fridolf, Molly, Siri, Totte, Niclas, Bell, Jim, Johan, Greta, Johan, Simon, Anna, Martin, Anna, Frida och Rebecka. Slutligen Sara, Sarriy, Sally, Soheil och Sully.







# Referenser

## Rättsfall (som studerats särskilt)

NJA 2005 s. 205 (Villareparationsmålet)

- Högsta domstolen - mål T 2362-01
- Svea Hovrätt - mål T 5501-00
- Södra Roslags tingsrätt - mål T 1002-99

NJA 2010 s. 467 (Hansamålet)

- Högsta domstolen - mål T 4904-08
- Hovrätten över Skåne och Blekinge - mål T 2544-07
- Malmö tingsrätt - mål T 9929-06

NJA 2011 s. 600 (Tandläkarmålet)

- Högsta domstolen - mål T 4062-09
- Svea hovrätt - mål FT 8349-08
- Södertörns tingsrätt - mål FT 2472-08

NJA 2012 s. 776 (Gymkortsmålet)

- Högsta domstolen - mål T 2085-11
- Hovrätten över Skåne och Blekinge - mål FT 765-10
- Ystads tingsrätt - mål FT 803-09 och FT 2074-09

NJA 2013 s. 524 (Fel i dörr)

- Högsta domstolen - mål T 1030-12
- Svea hovrätt - mål T 4102-11
- Attunda tingsrätt - mål T 2107-10

NJA 2013 s. 700 (Preskriptionsmålet)

- Högsta domstolen - mål T 1390-12
- Svea hovrätt - mål FT 8225-11
- Stockholms tingsrätt - mål FT 5324-11

## Litteratur

- Aarnio, Aulis (1977), 'Kan ett påstående om en rättsregels innehåll vara riktigt?', i Strömholm, Stig (red.), *Uppsalaskolan - och efteråt: rättsfilosofiskt symposium, Uppsala 23-26 maj 1977*, Uppsala: Juridiska fakulteten i Uppsala, 143-159.
- Aarnio, Aulis (1998), 'Why Coherence - A Philosophical Point of View', i Aarnio, Aulis (red.), *On Coherence Theory of Law*, Lund: Juristförlaget.
- Aarnio, Aulis, Alexy, Robert & Peczenik, Aleksander (1981), "The Foundation of Legal Reasoning (Parts 1, 2 and 3)", *Rechtstheorie*, 12, 33-58, 257-279, 423-248.
- Abbot, H. Porter (2002), *The Cambridge Introduction To Narrative*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Agamben, Giorgio (2010), *Homo sacer: den suveräna makten och det nakna livet*, Göteborg: Diados.
- Agamben, Giorgio (2014) *Vad är ett dispositiv?* [online text], Eskaton
- Agell, Anders & Malmström, Åke (2005), *Civilrätt*, Stockholm: Liber.
- Alexy, Robert (1993), "Justification and Application of Norms", *Ratio Juris*, 6 (2), 157-170.
- Allen, Ronald J. & Pardo, Michael S. (2003), "The Myth of Law-Fact Distinction", *Northwestern University Law Review*, 97 (4), 1769-1808.
- Alvesson, Mats & Sköldberg, Kaj (2008), *Tolkning och reflektion: Vetenskapsfilosofi och kvalitativ metod*, Lund: Studentlitteratur.
- Amsterdam, Anthony G. & Bruner, Jerome (2000), *Minding The Law*, London: Harvard University Press.
- Andersen, Niels Åkerström (2003), *Discursive analytical strategies: Understanding Foucault, Koselleck, Laclau, Luhmann*, Bristol: The Policy Press.
- Andersson, Håkan (1993), *Skyddsändamål och adekvans: om skadeståndsansvarets gränser*, Uppsala: Iustus.
- Andersson, Håkan (1999), 'Constructive deconstruction: a test of postmodern legal reasoning: The example of third party losses on the borderline between tort law and contract law', i Andenas, Mads & Jareborg, Nils (red.), *Anglo-Swedish studies in law*, Uppsala: Iustus, 356-388.
- Andersson, Håkan (2001), "Diversity and Unity: In Search of a Pluralistic View on Problems in Tort Law", *Scandinavian Studies in Law*, 41, 11-30.

- Andersson, Håkan (2003), 'Barthesianska meditationer', i Iversen, Torsten, Kristensen, Lars Hedegaard & Werlauff, Erik (red.), *Hyldestskrift til Jørgen Nørgaard*, Köpenhamn: Jurist- og Økonomforbundet, 71-97.
- Andersson, Håkan (2006), 'Rättens narratologiska dimensioner - interaktion och konstruktion', i Gräns, Minna & Westerlund, Staffan (red.), *Interaktiv rättsvetenskap*, Uppsala: Uppsala Universitet, 11-46.
- Andersson, Håkan (2013), 'Postmoderna och diskursteoretiska verktyg inom rätten', i Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Lund: Studentlitteratur, 343-369.
- Andersson, Håkan (2014), 'Pluralitisk syn på utveckling och funktion inom skadeståndsrätten', *Juridisk publikation*, Jubileumsnummer 2014, 247-268.
- Andersson, Torbjörn (1997), *Rättsskyddsprincipen: EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilprocessuellt perspektiv*, Uppsala: Iustus.
- Andersson, Torbjörn (1999), *Dispositionsprincipen och EG:s konkurrensregler: En studie i snittet av svensk civilprocess och EG-rätten*, Uppsala: Iustus.
- Andersson, Torbjörn (2008), 'Skillnad och upprepning - en metafunktionalistisk skiss av samma sak, återigen...!', i Kleineman, Jan, Westberg, Peter & Carlsson, Stephan (red.), *Festskrift till Lars Heuman*, Stockholm: Jure, 1-14.
- Andersson, Ulrika (2004), *Hans (ord) eller hennes?*, Lund: Bokbox Förlag.
- Andreasson, Jens, et al. (2015), "Prioritet för köpare - en fråga om tradition eller princip?", *Svensk Juristtidning*, (9), 709-748.
- Arendt, Hannah (1970), *Men in Dark Times*, Boston: Houghton Mifflin Harcourt.
- Arendt, Hannah (1998), *The Human Condition*, Chicago: University of Chicago Press.
- Aristodemou, Maria (2007), *Law & Literature*, Oxford: Oxford University Press.
- Aristoteles (2000), *Om diktkonsten*, Göteborg: Anamma Böcker.
- Austin, John Langshaw (1975), *How to do things with words: The William James lectures delivered at Harvard University in 1955*, Cambridge: Harvard University Press.
- Baaz, Mikael & Lilja, Mona (2016), "Using International Criminal Law to Resist Transitional Justice: Legal Rupture in the Extraordinary Chambers in the Courts of Cambodia", *Conflict and Society: Advances in Research*, 2, 142-159.
- Baier, Matthias & Svensson, Måns (2009), *Om normer*, (1 uppl.) Malmö: Liber.
- Banakar, Reza (1994), *Rättens dilemma: Om konflikthantering i ett mångkulturellt samhälle*, Lund: Bokbox.
- Barad, Karen (2003), "Posthumanist Performativity: Toward an Understanding of How Matter Comes to Matter", *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, 28 (3), 801-831.

- Barr, Olivia (2016), *A Jurisprudence of Movement: Common Law, Walking, Unsettling Place*, Abingdon: Routledge.
- Barthes, Roland (1975), "An Introduction to the Structural Analysis of Narrative", *New Literary History*, 6 (2), 237-272.
- Bastidas Venegas, Vladimir (2013), 'Rättsekonomi', i Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Lund: Studentlitteratur, 175-206.
- Berger, Peter L. & Luckmann, Thomas (1966), *The social construction of reality: a treatise in the sociology of knowledge*, (1 uppl.) Garden City: Doubleday.
- Bergström, Göran & Boréus, Kristina (2005), *Textens mening och makt*, Lund: Studentlitteratur.
- Bhandar, Brenna (2012a), 'Disassembling legal form: ownership and the racial body', i Stone, Matthew, Wall, Illan Rua & Douzinas, Costas (red.), *New Critical Legal Thinking*, Abingdon: Routledge.
- Bhandar, Brenna (2012b), 'Disassembling legal form: Ownership and the racial body', i Stone, Matthew, Wall, Illan Rua & Douzinas, Costas (red.), *New Critical Legal Thinking*, London: Routledge, 112-127.
- Binder, Guyora & Weisberg, Robert (2000), *Literary criticisms of law*, Princeton: Princeton University Press.
- Björkholm, Thérèse (1997), 'To Reach Bedrock – Wittgenstein on Rules and Rule-Following Behaviour', i Jareborg, Nils (red.), *Elsa Eschelsson: ad studium et ad laborem incitavit*, Uppsala: Iustus, 185-204.
- Björling, Erik (2016), "The expression of legal argumentation: Towards a methodology for narrative studies of 'discourses of subsumption'", *International Journal of Legal Discourse*, 1 (1), 117-132.
- Björling, Nils (2016), *Sköra stadslandskap: Planeringsmetoder för att öppna urbaniseringens rumsliga inlåsnings*, Göteborg: Institutionen för Arkitektur Chalmers tekniska högskola.
- Björne, Lars (2007), *Realism och skandinavisk realism: Den nordiska rättsvetenskapens historia - del IV 1911-1950*, Stockholm: Institutet för rättshistorisk forskning.
- Bladini, Moa (2013), *I objektivitetens sken: En kritisk granskning av objektivitetsideal, objektivitetsanspråk och legitimeringsstrategier i diskurser om dömande i brottmål*, Göteborg: Makadam.
- Blichner, Lars Chr. & Molander, Anders (2008), "Mapping Juridification", *European Law Journal*, 14 (1), 36-54.
- Brooks, Peter (2005), 'Narrative in and of the Law', i Phelan, James & Rabinowitz, Peter J. (red.), *A Companion to Narrative Theory*, Oxford: Blackwell.

- Brooks, Peter & Gewirtz, Paul (1996), *Law's Stories*, New Haven: Yale University Press.
- Bruncevic, Merima (2014), *Fixing the Shadows – Access to Art and the Legal Concept of the Cultural Commons*, Göteborg: University of Gothenburg.
- Bruncevic, Merima (2015), "We Need to Talk About the Cultural Commons: Some Musings on Rhizomatic Jurisprudence and Access to Art", *Nordic Journal of Law & Social Research*, 2 (6), 115-130.
- Bruner, Jerome (1991), "The Narrative Construction of Reality", *Critical Inquiry*, 18 (1), 1-21.
- Bruner, Jerome (1997), "A Narrative Model of Self-Construction", *Annals of the New York Academy of Sciences*, 818 (1), 145-161.
- Bruner, Jerome (1998), "What Is a Narrative Fact", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 560, 17-27.
- Bruner, Jerome (2004), "Life as Narrative", *Social Research*, 71 (3), 691-710.
- Brügger, Niels & Vigsø, Orla (2004), *Strukturalism*, Lund: Studentlitteratur.
- Brännström, Leila (2009), *Förrättsligande: en studie av rättens risker och möjligheter med fokus på patientens ställning*, (1 uppl.) Malmö: Bokbox.
- Brännström, Leila (2010), "Rättens återgång och återkomst? En kritisk analys av Michel Foucaults tes om rättens minskade betydelse för den offentligt sanktionerade maktövningen", *Retfærd*, 4 (131), 15-40.
- Burke, Kenneth (1969), *A grammar of motives*, Berkley: University of California Press.
- Burman, Monica (2007), *Straffrätt och mäns våld mot kvinnor: om straffrättens förmåga att producera jämställdhet*, Uppsala: Iustus.
- Burman, Monica (2011), 'Brottsoffer i straffrätten', i Lernestedt, Claes & Tham, Henrik (red.), *Brottsoffret och kriminalpolitiken*, Stockholm: Nordstedts juridik, 279-298.
- Burr, Vivien (1995), *An Introduction to Social Constructionism*, London: Sage.
- Burr, Vivien (2003), *Social Constructivism*, London: Routledge.
- Butler, Judith (1990), *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, London: Routledge.
- Butler, Judith (1993), *Bodies that matter: On the discursive limits of "sex"*, New York: Routledge.
- Butler, Judith (1997), *The Psychic Life of Power: Theories in Subjection*, Stanford: Stanford University Press.

- Butler, Judith (2015), *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*, Cambridge: Harvard University Press.
- Cahill, Kevin (2008), "Wittgenstein and the Fate of Metaphysics", *Sats - Nordic Journal of Philosophy*, 9 (2), 61-73.
- Cappelletti, Mauro (1992), "Access to Justice as a Theoretical Approach to Law and a Practical Programme for Reform", *South African Law Journal*, 109, 22-39.
- Cappelletti, Mauro (1993), "Alternative Dispute Resolution Processes within the Framework of the World-Wide Access to Justice Movement", *Modern Law Review*, 56 (3), 282-296.
- Carlson, Laura (2013), 'Critical race-teori', i Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Lund: Studentlitteratur, 313-342.
- Christie, Nils (1977), "Konflikt som eiendom", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 61, 113-132.
- Cooren, Francois (2015), 'In the Name of the Law: Venrtiloquism and Juridical Matters', i McGee, Kyle (red.), *Latour and the passage of law*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 235-272.
- Cover, Robert (1983), "The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: Nomos and Narrative", *Yale Law School Legal Scholarship Repository*, 97 (4), 4-68.
- Cover, Robert (1995), 'Nomos and Narrative', i Minow, Martha, Ryan, Michael & Sarat, Austin (red.), *Narrative, Violence, And The Law: The Essays of Robert Cover*, Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Currie, Mark (1998), *Postmodern Narrative Theory*, London: Macmillan Press.
- Czarniawska, Barbara (2004), *Narratives in Social Science Research*, London: Sage.
- Dahlberg, Leif (2003), "Rätt och litteratur: Introduktion", *Tidskrift för litteraturvetenskap*, 3, 3-15.
- Dahlberg, Leif (2009), "Emotional Tropes in the Courtroom: On Representation of Affect and Emotion in Legal Court Proceedings", *Law and Humanities*, 3 (2), 175-205.
- Dahlman, Christian (2010), *Rätt och rättfärdigande: En tematisk introduktion i allmän rättslära*, Lund: Studentlitteratur.
- Dahlstrand, Karl (2012), *Kränkning och upprättelse: En rättsociologisk studie av kränkningens ersättning till brottsoffer*, Lund: Lunds Universitet.
- Dahlstrand, Karl (2013), 'Norms in Perspective: Norms about norms - a Hartian perspective', i Baier, Matthias (red.), *Social and Legal Norms*, Farnham: Ashgate, 89-105.

- Dahrendorf, Rolf (1971), *Homo Sociologicus: Om människan och rollerna*, Stockholm: Argos.
- Dalager, Stig & Mai, Anne-Marie (1978), *Litteraturteori og analysestrategi: biografisme, russisk formalisme, tjekkisk strukturalisme, nykritik, materialistisk litteraturteori, teorier om kvindelitteratur*, Århus: Arkona.
- Dalberg-Larsen, Jørgen (1984), *Retsstaten, velfærdsstaten og hvad så?: sammenhænge mellem retsudvikling og samfundsudvikling set i et retssociologisk perspektiv*, København: Akademisk forlag.
- Dalberg-Larsen, Jørgen (1998), *Ret, tekst og kontekst. Postmodernisme og Ret*, København: Økonomforbundets Forlag.
- Dalberg-Larsen, Jørgen (2016), 'Nogle bemærkninger om begrebet retlig pluralisme', i Clausen, Nis Jul, et al. (red.), *Ikke kun retsfilosofi*, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 157-170.
- Danto, Arthur C. (2007), *Narration and knowledge*, New York: Columbia University Press.
- de Man, Paul (1971), *Blindness and Insight*, New York: Oxford University Press.
- de Saussure, Ferdinand (1983), *Course in General Linguistics*, London: Duckworth.
- de Sousa Santos, Boaventura (1987), "Rätten - en karta för felläsningar. Mot ett postmodernt rättsbegrepp", *Tidskrift för rättssociologi*, 4 (2), 87-118.
- de Sousa Santos, Boaventura (2002), 'Towards a multicultural conception of human rights', i Hernández-Truyol, Berta (red.), *Moral Imperialism: A Critical Anthology*, New York: New York University Press.
- de Stutter, Laurent (2015), 'Plasma! Notes on Latour's Metaphysics of Law', i McGee, Kyle (red.), *Latour and the passage of law*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 197-208.
- de Stutter, Laurent & McGee, Kyle (2012), 'Postscript: A Brief Reflection on the Universality of Jurisprudence', i de Stutter, Laurent & McGee, Kyle (red.), *Deleuze and Law*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 204-212.
- Delanda, Manuel (2002), *Intensive Science And Virtual Philosophy*, London: Continuum.
- Delaney, David (2010), *The Spatial, the Legal and the Pragmatics of World-Making: Nomospheric Investigations*, Abingdon: Routledge.
- Deleuze, Gille (1990), *The Logic of Sense*, New York: Columbia University Press.
- Deleuze, Gille (2004), *Difference and Repetition*, London: Continuum.
- Deleuze, Gille & Guattari, Felix (2004), *Thousand Plateaus*, London: Continuum.



- Derrida, Jacques (1990), "Force of Law: The "Mystical Foundation of Authority"", *Cardozo Law Review*, 11 (5-6), 919-1046.
- Diesen, Christian (2011), *Terapeutisk juridik*, (1. uppl. uppl.) Malmö: Liber.
- Diesen, Christian & Strandberg, Magne (2012), *Bevisprövning i tvistemål: teori och praktik*, Stockholm: Nordstedts Juridik.
- Dolphijn, Rick & van der Tuin, Iris (2012), *New materialism: interviews & cartographies*, Ann Arbor: Open humanities press.
- Dolphijn, Rick & Van der Tuin, Iris (2011), "Pushing dualism to an extreme: On the philosophical impetus of a new materialism", *Continental Philosophy Review*, 44 (4), 383-400.
- Doublet, David (1995), *Rett vitenskap og fornuft: et systemteoretisk perspektiv på den rettslige argumentasjons verdimesige forutsetninger*, Bergen: Alma Mater.
- Dougherty, Terence (2005), 'Economic Rhetoric, Economic Individualism, and the Law and Economics School', i Albertson Fineman, Martha & Dougherty, Terence (red.), *Feminism confronts homo economicus: Gender, law and society*, Ithaca: Cornell University Press, 3-19.
- Douzinas, Costas & Gearey, Adam (2005), *Critical Jurisprudence*, Oxford: Hart Publishing.
- Dragvoll, Johan (2009), *Paragrafer om tilfellet Torgersen*, Bergen: Universitetet i Bergen.
- Dworkin, Ronald (1977), *Taking rights seriously*, Cambridge: Harvard University Press.
- Dworkin, Ronald (1982), "Law as interpretation", *Texas Law Review*, 60, 526-550.
- Dworkin, Ronald (1986), *Law's Empire*, Cambridge, Massachusetts: Belknap Press.
- Eckhoff, Torstein (2001), *Rettskildelære*, Oslo: Universitetsforlaget.
- Eckhoff, Torstein & Sundby, Nils Kristian (1976), *Rettsystemer: systemteoretisk innføring i rettsfilosofien*, Oslo: Tanum-Norli.
- Ekeland, Björn. C. (2009), *Rettferdige ord: Humanistisk rettstenkning mellom rett og retorikk, lov og litteratur*, Bergen: Universitetet i Bergen.
- Ekelöf, Per Olof (1937), *Om interventionsgrunden*, Uppsala: Uppsala Universitet.
- Ekelöf, Per Olof (1945), "Juridisk slutledning och terminologi", *Tidskrift för rettsvitenskap*, 211-272.
- Ekelöf, Per Olof (1956), *Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper: några problem inom den allmänna processrättsläran*, Stockholm: Norstedt.

- Ekelöf, Per Olof (1973), 'Definitions and Concept Formation in the Law', i Halldén, Sören (red.), *Modality, Morality and Other Problems of Sense and Nonsense*, Lund: Gleerup, 48-60.
- Ekelöf, Per Olof & Boman, Robert (1992), *Rättegång, fjärde häftet*, (6 uppl.) Stockholm: Nordstedts juridik.
- Ekelöf, Per Olof, Bylund, Torleif & Edelstam, Henrik (2006), *Rättegång, tredje häftet*, (7 uppl.) Stockholm: Nordstedts juridik.
- Ekelöf, Per Olof & Edelstam, Henrik (2002), *Rättegång, första häftet*, (8 uppl.) Stockholm: Nordstedts juridik.
- Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Heuman, Lars (2009), *Rättegång, fjärde häftet*, (7 uppl.) Stockholm: Nordstedts Juridik.
- Ekelöf, Per Olof, et al. (2016), *Rättegång, första häftet*, (9 uppl.) Stockholm: Wolters Kluwer.
- Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Pauli, Mikael (2011), *Rättegång, femte häftet*, (8 uppl.) Stockholm: Nordstedts Juridik.
- Engdahl, Oskar & Larsson, Bengt (2006), *Sociologiska perspektiv: grundläggande begrepp och teorier*, Lund: Studentlitteratur.
- Engisch, Karl (1963), *Logische Studien zur Gesetzesanwendung*, Heidelberg: C. Winter.
- Eriksson, Lars D. (2010), 'Den kritiska teorins utvecklingsgång', i Modéer, Kjell Å & Sunnvist, Martin (red.), *1968 och därefter: De kritiska rättsteoriernas betydelse för nordisk rättsvetenskap*, Köpenhamn: Museum Tusulanums Forlag, 99-114.
- Eriksson, Lars D., Hirvonen, Ari & Minkinen, Panu (1998), 'Introduction: A Political Manifesto', i Hirvonen, Ari (red.), *Polycentricity: the multiple scenes of law*, Sterling: Pluto Press, 1-7.
- Ervo, Laura (2014), 'Nordic Court Culture in Progress: Historical and Futuristic Perspectives', i Ervo, Laura & Nylund, Anna (red.), *The Future of Civil Litigation*, Online: Springer International Publishing, 587-629.
- Esaiasson, Peter, et al. (2012), *Metodpraktikan*, Stockholm: Nordstedts Juridik.
- Fairclough, Norman (1992), *Discourse and Social Change*, Cambridge: Polity Press.
- Fairclough, Norman (2010), *Critical Discourse Analysis: The Critical Study of Language*, (2) Harlow: Longman.
- Fairclough, Norman & Wodak, Ruth (1997), 'Critical Discourse Analysis', i Van Dijk, Teun A (red.), *Discourse as Social Action*, London: Sage.
- Felstiner, William L.F. , Abel, Richard L. & Sarat, Austin (1980), "The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming ...", *Law & Society Review*, 14 (3/4), 631-654.

- Fish, Stanley (1982), "Working on the Chain Gang: Interpretation in the Law and in Literary Criticism", *Critical Inquiry*, 9 (1), 201-216.
- Forsberg, Moa (2008), "Rätt utan sanning? En reflektion över sanningens roll i straffprocessen idag", *Nordisk Tidskrift för Kriminalvetenskap*, 95 (3), 243-258.
- Foucault, Michel (1993), *Diskursens ordning*, Stockholm/Stenhag: Symposion.
- Foucault, Michel (2006), *Övervakning och straff*, Lund: Arkiv.
- Foucault, Michel (2008a), *Diskursernas kamp*, Stockholm/Stenhag: Symposion.
- Foucault, Michel (2008b), *Samhället måste försvaras*, Collège de France 1974-1976, Hägersten: Tankekraft.
- Foucault, Michel (2014), *Biopolitikens födelse: Collège de France 1978-1979*, Hägersten: Tankekraft.
- Fridström Montoya, Therése (2015), *Leva som andra genom ställföreträdare: En rättslig och faktisk paradox*, Uppsala: Iustus.
- Fuller, Lon L. (1949), "The Case of the Speluncean Explorers", *Harvard Law Review*, 62 (4).
- Galanter, Marc (1974), "Why the "Haves" Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", *Law & Society Review*, 9, 95-160.
- Genette, Gérard (1980), *Narrative Discourse: An Essay in Method*, Ithaca: Cornell University Press.
- Gibson, Andrew (1996), *Towards a postmodern theory of narrativ*, Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Giddens, Anthony (1976), *New Rules of Sociological Method: A Positive Critique of Interpretative Sociologies*, London: Hutchinson.
- Glavä, Mats (1999), *Arbetsbrist och kravet på saklig grund: En alternativrealistisk arbetsrättslig studie*, Stockholm: Nordstedts juridik.
- Glavä, Mats & Petrusson, Ulf (2008), 'Law in a Global Knowledge Economy - Following the Path of Scandinavian Sociolegal Theory', i Wahlgren, Peter (red.), *Law and Society: Scandinavian Studies in Law*, (53) Stockholm: Jure, 94-133.
- Glavä, Mats & Petrusson, Ulf (2002), 'Illusionen om rätten - Juristprofessionen och ansvaret för rättskonstruktionerna', i Askeland, Bjarte & Bernt, J.F. (red.), *Erkjennelse og engasjement: minnesseminar for David Roland Doublet*, Bergen: Fagbokforlaget.
- González Monteagudo, José (2011), "Jerome Bruner and the challenges of the narrative turn", *Narrative Inquiry*, 21 (2), 295-302.

- Granhag, Pär Anders & Ask, Karl (2008), 'Psykologiska perspektiv på bevisvärdering', i Granhag, Pär Anders & Christianson, Sven Å. (red.), *Handbok i rättspsykologi*, Stockholm: Liber, 407-422.
- Granström, Görel (ed.), (2011), *Förrättsligande – rapport från 2011 års forskningsinternat* (Rapporter och texter från juridiska institutionen vid Umeå universitet, 6/1022; Umeå).
- Graver, Hans Petter (2010), *Rett, retorikk og juridisk argumentasjon*, Oslo: Universitetsforlaget.
- Gregow, Torkel (2010), 'Hur resonerar domare - och hur bör domare resonera?', i Lambertz, Göran, Lindskog, Stefan & Möller, Mikael (red.), *Festskrift till Torgny Håstad*, Uppsala: Iustus, 175-185.
- Griffiths, John (1986), "What is legal pluralism?", *Journal of Legal Pluralism*, 24, 1-55.
- Gräns, Minna (2006a), "Om hjälpvetenskapens betydelse för rättstillämpningen och rättsvetenskapen", *Juridisk Tidskrift*, 2006/07 (3), 782-792.
- Gräns, Minna (2006b), 'Om interaktiv rättsdogmatik', i Gräns, Minna & Westerlund, Staffan (red.), *Interaktiv rättsvetenskap*, Uppsala: Uppsala Universitet, 59-74.
- Gräns, Minna (2013a), 'Användningen av andra vetenskaper', i Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Lund: Studentlitteratur, 421-434.
- Gräns, Minna (2013b), *Decisio Juris*, Uppsala: Iustus.
- Gunnarsson, Åsa & Svensson, Eva-Maria (2009), *Genusrättsvetenskap*, Lund: Studentlitteratur.
- Gustafsson, Håkan (2002), *Rättens polyvalens: en rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet*, Lund: Sociologiska institutionen LU.
- Gustafsson, Håkan (2005), "Taking Social Rights Seriously (I): Om sociala rättigheters status", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 4 (5), 439-490.
- Gustafsson, Håkan (2006), "Cyklopens öga: en betraktelse av rättsvetenskapens könsblindhet", *Retfærd*, 29 (113), 3-26.
- Gustafsson, Håkan (2010a), 'Abstract: Recovered Paragraphs of the Lost Manuscript 'Legal Fennomenology'', i Porttikiv, Janne & Tiihonen, Jussi (red.), *Mies Väärästä Tiedekunnasta: Ari Hirvonen 50-vuotisjuhlakirja*, Helsinki: Loki-Kirjat, 75-96.
- Gustafsson, Håkan (2010b), "Fiction of Law", *Rechtstheorie*, 3, 319-363.
- Gustafsson, Håkan (2011), *Dissens: om det rättsliga vetandet*, Göteborg: Juridiska Institutionen, Göteborgs universitet.

- Gustafsson, Håkan (2013), 'Persona non grata: Skisser till rättssubjektets upplösning', i Husa, Jaakko, et al. (red.), *Oikeuden avantgarde*, Helsingfors: Talentum, 27-58.
- Gustafsson, Håkan (2016), 'Kontrafaktisk jurisprudens och rättsligt motvetande', i Jul Clausen, Nils, et al. (red.), *Festschrift til Sten Schaumburg-Müller*, Köpenhamn: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 189-206.
- Gustafsson, Håkan & Vinthagen, Stellan (2010), "Rättens rörelser och rörelsernas rätt", *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 123 (4/5), 637-693.
- Gutwirth, Serge (2015), 'Providing the Missing Link: Law after Latour's Passage', i McGee, Kyle (red.), *Latour and the passage of law*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 122-159.
- Habermas, Jürgen (1986), 'Law as Medium and Law as Institution', i Teubner, Gunther (red.), *Dilemmas of Law in the Welfare State*, Berlin: Walter de Gruyter, 203-220.
- Habermas, Jürgen (1987), *Theory of communicative action*, (2) Boston: Beacon Press.
- Hanafin, Patrick (2013), 'A Cosmopolitics fo singularities', i Braidotti, Rosi, Hanafin, Patrick & Blaagard, Bolette B (red.), *After Cosmopolitanism*, London: Routledge, 90-123.
- Haraway, Donna (1991), *Simians, Cyborgs, and Women. The Reinvention of Nature*, New York: Routledge.
- Harding, Sandra (1991), *Whose Science? Whose Knowledge? Thinking from Women's Lives*, New York: Cornell University Press.
- Harding, Sandra (1992), "After the Neutrality Ideal: Science, Politics and Strong Objectivity", *Social Research*, 1992, 567-587.
- Harman, Graham (2015), 'Politics and Law as Latourian Modes of Existence', i McGee, Kyle (red.), *Latour and the passage of law*, Edinburgh: Edinburgh university press, 38-60.
- Harris, Paul A (1994), "The Invention of Forms: Perec's *Life A User's Manual* and a Virtual Sense of the Real", *SubStance*, 23 (74), 56-85.
- Hart, Herbert, Lionel, Adolphus (1961), *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon.
- Heidegger, Martin (1996), *Brev om humanismen*, Stockholm: Thales.
- Herman, David (2002), *Story Logic: Problems and Possibilities of Narrative*, Lincoln: University of Nebraska Press.
- Herman, Luc & Vervaeck, Bart (2005), *Handbook of Narrative Analysis*, Lincoln: University of Nebraska Press.

- Heuman, Lars (1982), "Vilka rättsverkningar har processhandlingar som åklagaren företar till förmån för den åtalade", *Svensk Juristtidning*, 1982 (1), 353-381.
- Heuman, Lars (2004), 'Grundsatsen om kontradiktoriskt förfarande och principen om bevisomedelbarhet', i Andersson, Torbjörn & Lindell, Bengt (red.), *Festskrift till Per-Henrik Lindblom*, Uppsala: Iustus, 261-280.
- Heuman, Lars (2005), "Hjälpvetenskapernas betydelse för rättstillämpningen och rättsvetenskapen", *Juridisk Tidskrift*, 2005/06 (4), 768-789.
- Hohfeld, Wesley Newcomb (1917), "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *Faculty Scholarship Series*, 1 (1), 710-770.
- Howarth, David R. (2013), *Poststructuralism and After*, London: Palgrave Macmillan.
- Hunter, Rosemary, McGlynn, Clare & Rackley, Erika (eds.) (2010), *Feminist Judgements: From Theory to Practice* (Oxford: Hart Publishing).
- Hutcheson Jr., Joseph C (1929), "Judgment Intuitive The Function of the Hunch in Judicial Decision", *Cornell Law Review*, 14 (3), 274-288.
- Hydén, Håkan (1977), *Rättsregler: en introduktion till juridiken*, Lund: Studentlitteratur.
- Hydén, Håkan (1998), *Rättssociologi som rättsvetenskap*, Lund: Sociologiska institutionen LU.
- Hyvärinen, Matti (2008), "'Life as Narrative' Revisited", *Partial Answers*, 6 (2), 261-277.
- Hägerström, Axel (1939), "En straffrättslig principundersökning", *Svensk Juristtidning*, 1939, 209-225.
- Hägerström, Axel (2010), *Socialfilosofiska uppsatser*, Göteborg: Daidalos.
- Jackson, Bernard S. (1985), *Semiotics and Legal Theory*, New York: Routledge.
- Jackson, Bernard S. (1988), *Law, Fact and Narrative Coherence*, Merseyside: Deborah Charles Publications.
- Jacobsson, Ulla (1988), 'Argumentation i civilprocessen', i Höglund, Olle & Welamson, Lars (red.), *Festskrift till Lars Welamson*, Stockholm: Norstedt.
- Jacobsson, Ulla (1990), 'Något om rättighetsidéns uppgift i processen - Särskilt vad gäller RB13:2 om fastställsetalan', i Lindblom, Per Henrik (red.), *Process och exekution*, *Vänbok till Robert Boman*, Uppsala: Juridiska fakulteten i Uppsala, 211-224.
- Jareborg, Nils (1975), *Värderingar*, Stockholm: Nordstedts.
- Johansen, Tormod Otter (2013), "Tjänstemannens suveränskap: Kelsen, Schmitt, Agamben och det normbundna handlandets anomi", *Retfærd*, 36 (4), 21-45.

- Kallenberg, Ernst (1917-1926), *Svensk civilprocess, första bandet*, Lund: Lunds Universitet.
- Kallenberg, Ernst (1927-1939), *Svensk civilprocess, andra bandet*, Lund: Lunds Universitet.
- Karhu, Juha (2007), "Kontekstualitet och en (post)modern rättsskälrelära: ett finskt utkast", *Retfærd*, 1 (116), 22-37.
- Karhu, Juha (2009), "Det rättsliga ansvarets grunder i det senmoderna samhället", *Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland*, 3-4, 351-361.
- Kelsen, Hans (2008), *Den rena rättsläran*, (2 uppl.) Stockholm: Thales.
- Klami, Hannu Tapani (1986), *Three essays on the theory of legal norms*, Helsingfors: Suomalainen tiedeakatemia.
- Kohler Riessman, Catherine (1993), *Narrative Analysis*, London: Sage.
- Kolflaath, Eivind (2004a), "Bevisbedømmelse: Sannsyldighet eller fortellinger", *Jussens Venner*, 39 (05/06), 279-304.
- Kolflaath, Eivind (2004b), *Språk og argumentasjon*, Bergen: Fagbokforlaget.
- Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (eds.) (2013), *Juridisk metodlära* (Lund: Studentlitteratur).
- Laclau, Ernesto & Mouffe, Chantal (1990), 'A Post-Marxism without Apologies', i Laclau, Ernesto (red.), *New Reflections on the Revolution of Our Time*, London: Verso.
- Laclau, Ernesto & Mouffe, Chantal (2001), *Hegemony and Socialist Strategy: Towards a Radical Democratic Politics*, London: Verso.
- Laclau, Ernesto & Mouffe, Chantal (2008), *Hegemonin och den socialistiska strategin*, Stockholm: Vertigo.
- Lainpelto, Katrin (2012), *Stödbevisning i brottmål*, Stockholm: Jure.
- Latour, Bruno (2004), "Whose Cosmos? Which Cosmopolitics? A Commentary on Ulrich Beck's Peace Proposal", *Common Knowledge*, 10 (3), 450-462.
- Latour, Bruno (2007), *Reassembling the social: An introduction to actor-network-theory*, Oxford: Oxford University Press.
- Latour, Bruno (2010), *The Making Of Law: an ethnography of the Conseil d'Etat*, Cambridge: Polity.
- Latour, Bruno (2015), 'The Strange Entanglement of Jurimorphs', i McGee, Kyle (red.), *Latour and the passage of law*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 331-353.

- Lefebvre, Alexandre (2008), *The Image of Law: Deleuze, Bergson, Spinoza*, Stanford: Stanford University Press.
- Legrand, Pierre (1996), "European Legal Systems are not Converging", *International and Comparative Law Quarterly*, 45, 52-81.
- Lewis, William S (2005), "The Under-theorization of Overdetermination in Hegemony and Socialist Strategy", *Borderlands e-journal*, 4 (2).
- Lindblom, Per Henrik (1988), 'Lagtolkning eller rättstillämpning: Kommentar till ett rättsfall (NJA 1980 s. 743)', i Höglund, Olle & Welamson, Lars (red.), *Festskrift till Lars Welamson*, Stockholm: Nordstedt, 437-467.
- Lindblom, Per Henrik (1993), *Studier i processrätt*, Stockholm: Nordstedts Juridik.
- Lindblom, Per Henrik (1999), "Rättegångsbalken 50 år: En saga och sex sanningar", *Svensk Juristtidning*, 1999 (1), 496-513.
- Lindblom, Per Henrik (2002a), "Rättegångssalens väggar - om domstolsprocessen i tid och rum", *Svensk Juristtidning*, 1-11.
- Lindblom, Per Henrik (2002b), "Är RB social eller liberal?", *Svensk Juristtidning*, (2002), 531-542.
- Lindblom, Per Henrik (2006a), "ADR - opium för rättsväsendet?: Synpunkter på alternativ tvistlösning och valfri civilprocess", *Svensk Juristtidning*, 101-130.
- Lindblom, Per Henrik (2006b), *Sena uppsatser: om domstolsprocessen, processmaterialet och den alternativa tvistlösningen*, (1 uppl.) Stockholm: Norstedts juridik.
- Lindblom, Per Henrik (2008), *Grupptalan i Sverige: bakgrund och kommentarer till lagen om grupp-rättegång*, Stockholm: Nordstedts Juridik.
- Lindblom, Per Henrik (2000), *Progressiv process: Spridda uppsatser om domstolsprocessen och samhällsutvecklingen*, Uppsala: Iustus.
- Lindell, Bengt (1987), *Sakfrågor och rättsfrågor: en studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt*, Uppsala: Iustus.
- Lindell, Bengt (1988), *Partsautonomins gränser: i dispositiva tvistemål och med särskild inriktning på rättsanvändningen*, Uppsala: Iustus.
- Lindell, Bengt (2006), *Alternativ rättskipning eller alternativ till rättskipning*, Uppsala: Iustus.
- Lindell, Bengt (2007), *Notorietet och kontradiktion*, Uppsala: Iustus.
- Lindell, Bengt (2012), *Civilprocessen: rättegång samt skiljeförfarande och medling*, (3 uppl.) Uppsala: Iustus.
- Lindell, Bengt (2015), *Helhetsbedömningar och intresseavvägningar*, Uppsala: Iustus.



- Lindroos-Hovinheimo, Susanna (2011), *Despairing Justice and the Ethics of Legal Interpretation*, Helsingfors: Faculty of Law University of Helsinki.
- Lindskog, Stefan (2002), *Preskription: Om civilrättsliga förpliktelsers upphörande efter viss tid*, Stockholm: Nodrsteds Juridik.
- Luhmann, Niklas (1985), *A Sociological Theory of Law*, London: Routledge.
- Luhmann, Niklas (1992), "Operational Closure and Structural Coupling: The Differentiation of the Legal System", *Cardozo Law Review*, 13, 1419-1441.
- Luhmann, Niklas (1995), *Social Systems*, Stanford: Stanford University Press.
- Luhmann, Niklas (2004), *Law as a social system*, Oxford: Oxford University Press.
- Lundstedt, Villhelm (1942), *Det Hägerström-Lundstedtska misstaget: sju föreläsningar samt efterskrift* Stockholm: Geber.
- Lyles, Max (2006), *A call for scientific purity: Axel Hägerström's critique of legal science*, Stockholm: Institutet för rättshistorisk forskning.
- MacCormick, Neil (1994), *Legal reasoning and legal theory*, Oxford: Clarendon.
- MacCormick, Neil (2005), *Rethoric And The Rule of Law*, Oxford: Oxford University Press.
- MacCormick, Neil (2007), *Institutions of Law*, Oxford: Oxford University Press.
- MacCormick, Neil & Weinberger, Ota (1988), *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, Dordrecht: D. Reidel Publishing Company.
- MacIntyre, Alasdair (1984), *After Virtue: A Study in Moral Theory*, (2 uppl.) Notre Dame: University of Notre Dame Press.
- MacLean, James (2012), 'Rhizomatics, the Becoming of Law, and Legal Institutions', i de Stutter, Laurent & McGee, Kyle (red.), *Deleuze and Law*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 151-168.
- Martinson, Claes (2002), *Kreditsäkringar i fakturafordringar: en förmögenhetsrättslig studie*, Uppsala: Iustus.
- Mathiesen, Thomas (2005), *Rätten i samhället: en introduktion till rättssociologin*, Lund: Studentlitteratur.
- Mattsson, Titti (2016), 'Vetenskap på tvären', i Dahlén, Marianne & Nygren, Rolf (red.), *Arbetslinjer och långa linjer: Vänbok till Mats Kumlien*, Uppsala: Iustus, 273-282.
- Maturana, Humberto R. & Varela, Fransico J. (1980), *Autopoiesis and Cognition: The Realization of the Living*, London: D. Reidel Publishing Company.
- Maunsbach, Lotta (2015), *Avtal om rätten till domstolsprövning: Processuella överenskommelsers giltighet i svensk rätt*, Stockholm: Nordstedts juridik.

- McAdams, Dan P. (2012), 'Exploring Psychological Themes Through Life-Narrative Accounts', i Holstein, James A. & Gubrium, Jaber F. (red.), *Varieties of Narrative Analysis*, London: Sage.
- McGee, Kyle (2015), 'On Devices and Logics of Legal Sense: Toward Socio-technical Legal Analysis', i McGee, Kyle (red.), *Latour and the passage of law*, Edinburg: Edinburg University Press, 61-92.
- Mellqvist, Mikael & Wirdemark, Kristina (2010), *Processrätt: Grunderna för domstolsprocessen*, Uppsala: Iustus.
- Michelson, Staffan & Lundeberg, Åke (2011), *Att processa i tvistemål*, (1 uppl.) Stockholm: Jure.
- Miller, J. Hillis (1987), *The ethics of reading: Kant, de Man, Eliot, Trollope, James, and Benjamin* New York: Columbia University Press.
- Mills, Sara (2007), *Discourse*, London: Routledge.
- Milovanovic, Dragan (1994), "The postmodernist turn: Lacan, psychoanalytical semiotics, and the construction of subjectivity in law", *Emory International Law Review*, 8 (67), 67-98.
- Mouffe, Chantal (2014), 'Democracy, human rights and cosmopolitanism: an agonistic approach', i Douzinas, Costas & Gearty, Conor (red.), *The Meaning of Rights*, Cambridge: Cambridge University Press, 181-192.
- Mussawir, Edward (2011), *Jurisdiction in Deleuze: The Expression and Representation of Law*, Abingdon: Routledge.
- Naffine, Ngaire & Owens, Rosemary J. (eds.) (1997), *Sexing the subject of law* (London: Sweet & Maxwell).
- Neuman Jr., Richard K & Tiscione, Kristen Konrad (2013), *Legal Reasoning and Legal Writing*, Frederick: Wolters Kluwer.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna (2003), 'Collective or Individual? Constructions of Debtors and Creditors in Consumer Bankruptcy', *Consumer Bankruptcy in Global Perspective*, Oxford: Hart, 41-60.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna (2007), 'Comparing Finland and Sweden: The Structure of Legal Argument', i Husa, Jaakko, Nuotio, Kimmo & Pihlajamäki, Heikki (red.), *Nordic Law - Between Tradition and Dynamism*, Antwerpen: intersentia, 89-108.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna, Honkatukia, Päivi & Ruuskanen, Minna (2007), 'Legal texts as discourses', i Gunnarsson, Åsa, Svensson, Eva-Maria & Davies, Margaret (red.), *Exploiting the limits of law: Swedish feminism and the challenge to pessimism*, Aldershot: Ashgate.
- Nietzsche, Friedrich (1968), *The Will to Power*, New York: Vintage.

- Nonet, Philippe & Selznick, Philip (1978), *Law and society in transition: toward responsive law*, New York: Harper & Row.
- Nordh, Roberth (2006), *Processens ram i tvistemål: om yrkande och grunder, ändring av talan m.m.*, (2 uppl.) Uppsala: Iustus.
- Nygaard, Nils, Hagen, Ole & Nome, Siri (1986), *Årsak og bevis ved ansvar for skade*, Bergen: Universitetsforlaget.
- Nylund, Anna (2014), 'European Integration and Nordic Civil Procedure', i Ervo, Laura & Nylund, Anna (red.), *The Future of Civil Litigation*, Online: Springer International Publishing, 56-89.
- Olin-Scheller, Christina (2008), *Såpor istället för Strindberg: litteraturundervisning i ett nytt medielandskap*, Stockholm: Natur och kultur.
- Olivecrona, Karl (1930), *Beviskyldigheten och den materiella rätten*, Uppsala: A&W.
- Olivecrona, Karl (1943), *Domen i tvistemål*, Lund: Gleerup.
- Olivecrona, Karl (1944), "Civildomens innebörd", *Svensk Juristtidning*, 721-741.
- Olivecrona, Karl (1966), *Rätt och dom*, (2 uppl.) Stockholm.
- Olkowski, Dorothea (1999), *Gilles Deleuze and the Ruin of Representation*, Berkely: University of California Press.
- Paltridge, Brian (2012), *Discourse Analysis*, London: Bloomsbury.
- Peczenik, Aleksander (1983), *The Basis of Legal Justification*, Lund: Lunds Universitet.
- Peczenik, Aleksander (1995), *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Stockholm: Nordstedts Juridik.
- Peczenik, Aleksander, Aarnio, Aulis & Bergholtz, Gunnar (1995), *Juridisk arguemntation: En lärobok i allmän rättslära*, Stockholm: Nordstedts juridik.
- Penner, James & Melissaris, Emanuel (2008), *McCoubrey & White's Textbook on Jurisprudence*, Oxford: Oxford University Press.
- Perec, Georges (2000), *Livet en bruksanvisning*, Stockholm: Alberg Bonniers förlag.
- Peta, Mithchell (2004), "Constructing the Architext: Georges Perec's Life a User's Manual", *Mosaic: a Journal for the Interdisciplinary Study of Literature*, 37 (1), 1-16.
- Petersen, Clement Salung (2014), 'A Comparative Perspective on Recent Nordic Reforms of Civil Justice', i Ervo, Laura & Nylund, Anna (red.), *The Future of Civil Litigation*, Online: Springer International Publishing, 22-55.
- Petersen, Hanne (1993), 'Ægte eller uægte orden? Om informelle normers legitimationsgrundlag', i Blume, Peter & Petersen, Hanne (red.), *Retlig polycentri*, Köpenhamn: Akademiskt Forlag, 93-114.

- Petersen, Hanne (1994), "Polycentri som udviklingsperspektiv - Polycentrisk ret og pluralistiske værdier", *Retsvidenskabeligt Institut B. Årsberetning 1993*, Studier nr 54, 131-138.
- Petrusson, Ulf (1999), *Patent och industriell omvandling: En studie av dynamiken mellan rättsliga och ekonomiska idésystem*, Stockholm: Nordstedts Juridik.
- Philippopoulos-Mihalopoulos, Andreas (2012), 'Law, Space, Bodies: The Emergence of Spatial Justice', i de Stutter, Laurent & McGee, Kyle (red.), *Deleuze and Law*, Edinburg: Edinburg University Press, 90-110.
- Philippopoulos-Mihalopoulos, Andreas (2014), *Spatial Justice: Body, Lawscape, Atmosphere*, Abingdon: Routledge.
- Pinker, Steven (1997), *How The Mind Works*, New York: Norton.
- Polkinghorne, Donald E. (1988), *Narrative Knowinf and the Human Sciences*, Albany: State University of New York Press.
- Posner, Richard A. (1986), "Law and Literature: A Relation Reargued", *Virginia Law Review*, 72 (8), 1351-1392.
- Posner, Richard A. (2010), *How Judges Think*, Cambridge: Harvard University Press.
- Påhlsson, Robert (2005), *Hunden klockan tre och fjorton: rapport från juridikens tankevärld*, Uppsala: Iustus.
- Rawls, John (1971), *A Theory of Justice*, Cambridge: Harvard University Press.
- Raz, Joseph (1985), "Authority, Law and Morality", *The Monist*, 68, 295-324.
- Ricoeur, Paul (1981), 'Narrative time', i Mitchell, W. J. T. (red.), *On Narrative*, Chicago: University of Chicago Press.
- Rosenfeld, Michel (1998), *Just interpretations: Law between ethics and politics*, Santa Monica: University of California Press.
- Ross, Alf (1953), *Om Ret og Retfærdighet*, Köpenhamn: Nyt Nordiskt Forlag.
- Samuelsson, Joel (2008), *Tolkning och utfyllning: undersökningar kring ett förmögenhetsrättsteoretiskt tema*, Uppsala: Iustus.
- Samuelsson, Joel (2011), *Tolkningslärans gåta: En studie i avtalsrätt*, Uppsala: Iustus.
- Samuelsson, Joel (2013), 'Hermeneutik', i Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Lund: Studentlitteratur, 317-394.
- Sandgren, Claes (1999a), "Vad gör juristen? Och hur? - del I", *Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet*, (1999-00 Nr 3), 591-611.
- Sandgren, Claes (1999b), "Vad gör juristen? Och hur? - del II", *Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet*, (1999-00 Nr 4), 867-893.

- Sandgren, Claes (2011), *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, Nordstedts Juridik: Stockholm.
- Sarat, Austin, Anderson, Matthew & Frank, Cathrine O. (2009), 'Introduction: on the origins and prospects of the humanistic study of law', i Sarat, Austin, Anderson, Matthew & Frank, Cathrine O. (red.), *Law and the Humanities: An Introduction*, Cambridge: Cambridge University Press, 1-46.
- Saunders, David (2012), 'Cases Against Transcendence: Gilles Deleuze and Bruno Latour in Defence of Law', i de Stutter, Laurent & McGee, Kyle (red.), *Deleuze and Law*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 185-203.
- Saunders, David (2015), 'From the Conseil d'Etat to Gaia: Bruno Latour on Law, Surfaces and Depth', i McGee, Kyle (red.), *Latour and the passage of law*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 17-37.
- Schaumburg-Müller, Sten (2016), "How not to do things with words: On conceptions of language and freedom of speech", *International Journal of Legal Discourse*, 1 (1), 49-63.
- Schelly, Judith M (1985), "Interpretation in Law: The Dworkin-Fish Debate (or, Soccer amongst the Gahuku-Gama)", *California Law Review*, 73 (1), 158-180.
- Schneider, Egon & Schnapp, Friedrich (2006), *Logik für juristen*, München: Verlag Vahlen.
- Searle, John R. (1999), *Konstruktionen av den sociala verkligheten*, Göteborg: Daidalos.
- Searle, John R. (2015), *Making the Social World: The Structure of Human Civilization*, Oxford: Oxford Scholarship Online.
- Sherwin, K. Richard (2009), "The Narrative Construction of Legal Reality", *Journal of the Association of Legal Writing Directors*, vol. 6, 88-120.
- Sim, Stuart (2001), 'Postmodernism and Philosophy', i Sim, Stuart (red.), *The Routledge Companion to Postmodernism*, London: Routledge, 3-14.
- Simmonds, Nigel E. (2008), *Juridiska principfrågor*, Stockholm: Nordstedts Juridik.
- Sinha, Surya Prakash (1995), 'Legal polycentricity', i Petersen, Hanne & Zahle, Henrik (red.), *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, Dartmouth: Aldershot, 31-55.
- Smith, Anna Marie (1998), *Laclau and Mouffe: The radical democratic imaginary*, London: Routledge.
- Spaak, Torben (2005/06), "Rättspositivism och juridisk argumentation", *Juridisk Tidskrift*, 2, 563-597.
- Spaak, Torben (2013), 'Rättspositivism och juridisk metod', i Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Lund: Studentlitteratur.

- Stang, Fredrik (1905), "Viljesdogmet", *Tidskrift för rettsvitenskap*, 1905, 280-305.
- Stelmach, Jerzy & Brozek, Bartosz (2006), *Methods of Legal Reasoning*, Dordrecht: Springer.
- Stendahl, Sara (2003), *Communicating Justice Providing Legitimacy*, Uppsala: Iustus.
- Strandberg, Magne (2012), *Beviskrav i sivile saker: en bevisteoretisk studie av den norske beviskravslærens forutsetninger*, Oslo: Fagbokforlaget.
- Strömberg, Tore (1981), *Inledning till den allmänna rättsläran*, (8 uppl.) Lund: Studentlitteratur.
- Strömberg, Tore (1989), *Rättsfilosofins historia i huvuddrag*, Lund: Studentlitteratur.
- Strömholm, Stig (1996), *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, Stockholm: Nordstedts Juridik.
- Ställvik, Olof (2009), *Domarrollen: rättsregler, yrkeskultur och ideal*, Uppsala: Jure.
- Svedberg, Wanna (2013), *Ett (o)jämnt transportsystem i gränslandet mellan politik och rätt*, Malmö: Bokbox Förlag.
- Svensson, Eva-Maria (1997), *Genus och rätt: en problematisering av föreställningen om rätten*, Uppsala: Iustus.
- Svensson, Eva-Maria (2013a), 'Boundary-work in legal scholarship', i Gunnarsson, Åsa, Svensson, Eva-Maria & Davis, Margaret (red.), *Exploiting the Limits of Law: Swedish Feminism and the Challenge to Pessimism*, Farnham: Ashgate, 17-50.
- Svensson, Eva-Maria (2013b), 'Genursättsvetenskap och juridiska metoder', i Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Lund: Studentlitteratur, 273-312.
- Svensson, Eva-Maria (2014), "De lege interpretata - om behovet av metodologisk reflektion", *Juridisk publikation*, (Jubileumsnummer 2014), 211-226.
- Svensson, Eva-Maria & Gustafsson, Håkan (2010), "Finns det svarta svanar i Australien?", *Retfærd*, 33 (4/141), 101-121.
- Svensson, Ola (2012), *Avtalsfrihet och rättvisa: En rättsfilosofisk studie*, Lund: Juristförlaget.
- Svensson, Ola (2016), "Att jämka en lagregel: Några tankar kring ett rättsfall om skuldebrev", *Svensk Juristtidning*, 3, 68-84.
- Teubner, Gunther (1983), "Substantive and Reflexive Elements in Modern Law", *Law & Society Review*, 17 (2), 239-286.
- Teubner, Gunther (1987), 'Juridification - Concepts, Aspects, Limits, Solutions', i Teubner, Gunther (red.), *Juridification of Social Spheres: A comparative analysis in the areas of labor, corporate, antitrust and social welfare law*, Berlin: W. de Gruyter, 3-48.

- Teubner, Gunther (1992), "The Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism", *Cardozo Law Review*, 13 (5), 1443-1462.
- Teubner, Gunther (1993), *Law as an autopoietic system*, Oxford: Blackwell.
- Teubner, Gunther (2001), 'Alienating justice: On the social surplus value of the twelfth camel', i Nelken, David & Priibán, Jiri (red.), *Law's new boundaries: Consequences of legal autopoiesis*, Aldershot: Ashgate, 21-44.
- Teubner, Gunther (2009), "Self-subversive Justice: Contingency or Transcendence Formula of Law?", *Modern Law Review*, 72, 1-23.
- Thomas, Kendall (1992), "Beyond the Privacy Principle", *Columbia Law Review*, 92 (1431), 1431-1516.
- Torpman, Jan (2002), *Rättssystemets lärande*, Stockholm: Stockholms Universitet.
- Tuori, Kaarlo (2002), *Critical legal positivism*, Aldershot: Ashgate.
- Unger, Roberto Mangabera (1996), *What Should Legal Analysis Become?*, New York: Verso.
- Vahlne Westerhäll, Lotta (2002), *Den starka statens fall? : En rättsvetenskaplig studie av svensk social trygghet 1950-2000*, Stockholm: Nordstedts Juridik.
- Valguarnera, Filippo (2015), "Judicial Policymaking in Sweden: A Comparative Perspective", *Scandinavian Studies in Law*, 61, 185-218.
- Valverde, Mariana & Weaver, Adriel (2015), "The Crown Wears Many Hats': Canadian Aboriginal Law and the Block-boxing of Empire', i McGee, Kyle (red.), *Latour and the passage of law*, Edinburgh: Edinburg University Press, 93-121.
- van Dijk, Niels (2015), 'The Life and Deaths of a Dispute: An Inquiry into Matters of Law', i McGee, Kyle (red.), *Latour and the passage of law*, Edinburgh: Edinburgh University Press, 160-196.
- Van Hoecke, Mark (2002), *Law as Communication* Oxford: Hart.
- Van Leeuwen, Theo & Wodak, Ruth (1999), "Legitimizing Immigration Control: A Discourse-Historical Analysis", *Discourse studies*, 1 (1), 83-118.
- Verala, Fransico G., Maturana, Humberto R. & Uribe, R. (1974), "Autopoiesis: The organization of living systems, its characterization and a model", *Biosystems*, 5 (4), 187-196.
- Vetenskapsrådet (2011), *God forskningssed*.
- Voruz, Véronique (2013), 'The status of the gaze in surveillance societies', i Golder, Ben (red.), *Re-reading Foucault: On Law, Power and Rights*, Abingdon: Routledge, 127-150.
- Vulovic, Jimmy (2013), *Narrativanalys*, Lund: Studentlitteratur.

- Wacks, Raymond (2015), *Understanding Jurisprudence*, (4 uppl.) Oxford: Oxford University Press.
- Wahlgren, Peter (2000), "Legal Reasoning - A Jurisprudential Model", *Scandinavian Studies in Law*, 40, 199-282.
- Wake, Paul (2006), 'Narrative and narratology', i Malpas, Simon & Wake, Paul (red.), *The Routledge Companion to Critical Theory*, London: Routledge, 14-27.
- Wallerman, Anna (2015), *Om fakultativa regler: En studie av svensk och unionsrättslig reglering av skönmässigt beslutsfattande i processrättsliga frågor*, Uppsala: Iustus.
- Watkins, Dawn (2011), "The Role of Narratives in Legal Education", *Liverpool Law Review*, 32, 113-133.
- Wejedal, Sebastian & Östlund, Allison (2016), *Advokatens roll: Om ändamålsenlig rollfördelning i mål om tvångsvård av barn*, Stockholm: Santerus.
- Wenneberg, Søren Barlebo (2001), *Socialkonstruktivism: positioner, problem och perspektiv*, (1 uppl.) Malmö: Liber ekonomi.
- Wennström, Bo (1996), *The lawyer and language*, Uppsala: Iustus.
- Westberg, Peter (1988), *Domstols officialprövning: En civilprocessuell studie i anslutning till RB 17:3 p 1*, Lund: Juridiska föreningen i Lund.
- Westberg, Peter (2010), *Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål*, (1. uppl. uppl.) Stockholm: Norstedts Juridik.
- Westberg, Peter (2012), *Civilrättskipning*, Stockholm: Nordstedts Juridik.
- Westberg, Peter (2014), 'Hemlighetsmakeri i dömandet', i Andersson, Simon & Lainpelto, Katrin (red.), *Festskrift til Christian Diesen*, Stockholm: Nordstedts juridik, 179-206.
- White, Lucie E. (1990), "Subordination, Rhetorical Survival Skills and Sunday Shoes: Notes on the Hearing of Mrs. G", *Buffalo Law Review*, 38 (1), 157-168.
- Wilhelmsson, Thomas (1993), "En social avtalsrätt? Några kommentarer", *Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet*, (1993-94 Nr 3), 499-508.
- Wilhelmsson, Thomas (1997), "Avtal och jämlikhet", *Svensk Juristtidning*, 1997, 505-527.
- Wilhelmsson, Thomas (1999), 'Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law', i Wilhelmsson, Thomas & Hurri, Samuel (red.), *From Dissonance to Sense: Welfare State Expectations, Privatisation and Private Law*, Dartmouth: Ashgate.
- Wilhelmsson, Thomas (2001), *Senmodern Ansvarsrätt*, Helsingfors: Juristförbundet.
- Winther Jørgensen, Marianne & Philips, Louise (2000), *Diskursanalys som teori och metod*, Lund: Studentlitteratur.



- Wittgenstein, Ludwig (1962), *Tractatus Logico-Philosophicus*, Stockholm: Orion/-Bonniers.
- Wittgenstein, Ludwig (2012), *Filosofiska undersökningar*, Stockholm: Thales.
- Wood, Martin (2002), "'Mind the Gap!' A Processual Reconsideration of Organizational Knowledge", *Organization*, 9 (1), 151-171.
- Zahle, Henrik (1976), *Om det juridiske bevis*, Köpenhamn: Juristförbundets forlag.
- Zahle, Henrik (2003), *Omsorg for retfærdighed*, Köpenhamn: Gyldendal.
- Zahle, Henrik (2005), *Praktisk retsfilosofi*, Köpenhamn: Christian Ejlers' Forlag.
- Zartaloudis, Thanos (2011), "On Justice", *Law Critique*, 22, 135-153.
- Zizek, Slavoj (1989), *The Sublime Object of Ideology*, London: Verso.