



Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG

EVA-MARIA SVENSSON

De lege interpretata – om behovet av metodologisk reflektion

Särtryck ur Jubileumsnummer 2014

DE LEGE INTERPRETATA

— OM BEHOVET AV METODOLOGISK REFLEKTION

Av Eva-Maria Svensson¹

En vanlig föreställning är att det finns en juridisk metod och en rättskällelära. I denna artikel ifrågasätts den uppfattningen och istället diskuteras förekomsten av flera olika juridiska metoder och rättskälleläror som kan användas i juridisk argumentation. Mot bakgrund av de välkända begreppen de lege lata (rätten som den är) och de lege ferenda (rätten som den borde vara) lyfter författaren fram ett alternativt samlande begrepp i form av de lege interpretata (rätten som den uttolkats/uttolkas) för att bättre åskådliggöra den juridiska processen som en tolkning eller föreställning om vad rätten är. Artikeln behandlar också hur forskare och praktiskt verksamma jurister bör närma sig dessa frågor och hur deras roller förhåller sig till varandra.

I. INTRODUKTION

I denna artikel kommer jag att diskutera den klassiska, men ändå ständigt aktuella frågan om metoder i juridik och rättsvetenskap. Redan här bör påpekas att jag gör en skillnad mellan juridik (praktisk juridisk kunskap) och rättsvetenskap (akademisk juridisk kunskap). Jag skiljer på dessa två typer av kunskap då jag menar att frågor om metod(er) inte givet besvaras på samma sätt. En jurist (eller praktiker) och en forskare befinner sig i olika sammanhang. Eftersom uppdragsgivaren inte är densamma, är kraven på reflektionsnivå och på transparens olika. Utrymmet för att förhålla sig kritiskt till det material som båda använder, rättskällor och andra kunskapskällor, är också olika stort. Aleksander Peczenik var också av denna uppfattning och menade att skillnaderna består i att forskaren inte fattar bindande beslut, inte är bunden av processrättens ram, kan göra uttalanden av mer generell karaktär. Vidare har forskaren, enligt Peczenik, anspråk på att vara mer rationell och mer genomtänkt, kan själv välja sina problem och argumentera för att ändra gällande rätt samt förbättra den juridiska metoden.² Jag tar ytterligare ett steg och menar att forskarens roll i princip är att inte ta något för givet, vilket innebär att ifrågasätta för givet tagna ramar. Forskning handlar om kritisk reflektion och omvärdering av befintlig kunskap.

Att hävda att juridik och rättsvetenskap är olika typer av kunskap leder mig emellertid inte till att hävda att de är och bör vara helt åtskilda. Båda typerna

¹ Professor i rättsvetenskap, Juridiska institutionen vid Handelshögskolan, Göteborgs universitet samt Det juridiske fakultet, UiT Norges Arktiska universitet, Tromsø.

² Peczenik, A., *Vad är rätt?: om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Fritze, Stockholm 1995, s. 313 f [cit. Peczenik, 1995].

av kunskap är viktiga att ha för aktörer inom såväl juridiken som rättsvetenskapen. De två kunskapsområdena delar samma objekt och de har gemensamma utgångspunkter. Men, genom att synliggöra skillnaderna mellan dem kan reflektionsnivån höjas vilket kan gynna båda typerna av kunskap. Jag menar att juridiken har mycket att vinna på att ta till sig den metodologiska pluralism och medvetenhet som finns inom rättsvetenskapen idag, och att rättsvetenskapen å sin sida har mycket att vinna på att ta till sig den komplexitet som praktiken präglas av när det gäller konkurrerande rättskällor, gränsöverskridande problem och konflikter mellan olika värdesystem.

Frågan om metoder i juridik och rättsvetenskap kommer att diskuteras utifrån det faktum att den sedan länge rådande normen om att det finns *en*, i det närmaste självklar, juridisk metod är på väg att förändras. Förändringen har med en ändrad kunskapssyn att göra, vilken får konsekvenser såväl för jurister som forskare. Konsekvenserna är delvis desamma, delvis olika. En jurists roll är inte alltid densamma som en forskares.

Inledningsvis följer ett avsnitt om de gemensamma övergripande utgångspunkter som juridiken och rättsvetenskapen under lång tid delat, men som länge varit ifrågasatta som otidsenliga. Ett nygammalt begrepp introduceras, *de lege interpretata*³, för att härbärgera en förståelse som bättre passar ihop med samtidens kunskapssyn. Därefter visas att synen på vad som är en självklar metod inom juridik och rättsvetenskap håller på att förändras. Vad detta får för konsekvenser för frågorna om skillnaden mellan metod och material, rättskällornas auktoritativa kraft samt synen på kunskapskällor diskuteras därefter. Avslutningsvis görs en återkoppling till det introducerade begreppet, *de lege interpretata*.

2. GEMENSAMMA ÖVERGRIPANDE UTGÅNGSPUNKTER

Såväl juridiken som rättsvetenskapen har under lång tid utgått från samma två övergripande föreställningar; för det första att det finns en metod som är självklar, och för det andra att metod framförallt handlar om vilket material som används.

Det faktum att val av metod vanligen inte görs explicit, vare sig i juridiska eller rättsvetenskapliga sammanhang, tyder på att det verkar finnas en metod som är självklar. Även om det framförallt är när det gäller rättsvetenskaplig forskning som det kan krävas att metodval redovisas, bör samma krav kunna ställas på en

3 Begreppet hade sin plats inom en naturrättstradition under 15/1600-talet. Det används här i en annan kontext. Begreppet ska ses som ett sätt att överskrida distinktionen *de lege lata* – *de lege ferenda*.

juridisk argumentation i en rättstvist. Olika metoder kan ge olika resultat och för att man ska kunna bedöma hur någon kommit fram till en viss ståndpunkt i en viss fråga är det viktigt att redovisa vilken metod som använts. Idag är det framförallt när en så kallad alternativ metod används som denna redovisas närmare.⁴

Metodfrågan ses ofta som liktydig med frågan om vilket material som används. I den mån ett skriftligt arbete eller ett uttalande om ”rätten”⁵ uttryckligen innehåller ett avsnitt om metod handlar detta vanligen om vilket material som har varit utgångspunkt för framställningen och inte om den eller de metoder som använts för att tolka materialet. Det nu sagda gäller framförallt i de sammanhang där det kan förväntas att metod- och materialval motiveras, det vill säga i akademien. Den juridiska praktiken är svårare att uttala sig generellt om, då den varierar med olika typer av juridisk argumentation. Beroende på sammanhang kan juristen behöva reflektera över och uttrycka sådana val på olika sätt, t.ex. då det gäller lagstiftningsarbete, skrivande av domskäl eller att företräda en part i ett tvistemål.

Att frågorna om metod och material vanligen hanteras på det nu beskrivna sättet hänger ihop med en kunskapssyn som länge dominerat svensk rättslig tradition, nämligen att det går att skilja på fakta (eller beskrivningar) å ena sidan och värderingar å andra sidan. Denna kunskapssyn har i den svenska juridiska och rättsvetenskapliga traditionen kopplats till begreppen *de lege lata* (rätten som den är) och *de lege ferenda* (rätten som den borde vara). Dessa begrepp (i alla fall som de förstås idag) är relativt moderna konstruktioner och fungerar väl ihop med en vetenskaplig kunskapssyn som hävdar att det är möjligt att skilja mellan beskrivning och värdering. Hur denna kunskapssyn, och de med den ihopkopplade begreppen, växte fram utvecklas inte närmare här.⁶

Enligt denna kunskapssyn, som var utgångspunkt för den skandinaviska realismen men som också mer implicit är utgångspunkt för rättsdogmatiken⁷,

4 Svensson, E.-M., Contemporary Swedish Feminist Legal Studies – Five Doctoral Thesis, *NORA – Nordic Journal of Feminist and Gender Research* 2009, 17(2), s. 120–128 [cit. Svensson, 2009].

5 Vad som avses med begreppet rätten är inte självklart. Nedan presenteras kort författarens definition.

6 Den intresserade läsaren hänvisas till annan litteratur, t.ex.; Wilhelm, W. & Peterson, C., *Den juridiska metodlärans utveckling under 1800-talet*, Juristförlaget, Stockholm 1989; Björne, L. & Institutet för rätthistorisk forskning, *Den nordiska rättsvetenskapens historia, D. 3, Den konstruktiva riktningen: 1871–1910*, Institutet för rätthistorisk forskning, Rönnells antikvariat [distributör], Stockholm 2002; Gustafsson, H. & Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, Juridiska institutionen, *Dissens: om det rättsliga vetandet*, Göteborg 2011.

7 Svensson, E.-M., Boundary-Work in Legal Scholarship, i: Gunnarsson, Å., Svensson, E.-M. & Davies, M. (red.) *Exploring the Limits of Law Swedish Feminism and the Challenge to Pessimism*,

är det möjligt att skilja mellan det som låter sig beskrivas (deskriptiva uttalanden) och det som handlar om värderingar (normativa uttalanden). Den kunskapsteoretiska distinktionen mellan deskriptivitet och normativitet har så gott som förlorat sitt förklaringsvärde i dagens vetenskapssamhälle och till stor del också i ett bredare samhällsligt sammanhang. Det är alltför påtagligt att det finns faktorer utanför kunskapen själv som påverkar hur vi ser på världen och vår kunskap om den. För en yrkesgrupp som ägnar sig åt kommunicerade förståelser av texter, torde det vara uppenbart att dessa inte kan ses som några, av tolkande subjekt, oberoende objekt. I stället för att förstå rätten som ett av människor oberoende objekt, lär det idag snarast handla om en process där *föreställningar om vad rätten är* uttrycks, kommuniceras och praktiseras i ett konkret sammanhang som kan vara verkligt eller fiktivt.⁸

Även om en sådan förståelse av rätten säkerligen uppfattas som tämligen självklar när man ställer den på sin spets, är önskan att behålla bilden av rätten som ett separat objekt och som ”objektiv” i någon mening inte svår att förstå. Öppnar vi för möjligheten att rätten ”bara” är tolkningar kan det leda till att vilken tolkning som helst är lika bra som någon annan. En sådan ståndpunkt kan öppna för maktmissbruk och inte minst för oförutsebarhet. Jag skulle dock vilja hävda att denna risk inte är så stor. Så länge varje juridisk tolkning av rätten görs öppet med redovisande av alla källor och underliggande antaganden och argument är det möjligt att kritisera och värdera en sådan tolkning. Detta låter sig däremot inte alltid göras med de uttalanden om rätten som baseras på en föreställning om att det är möjligt att beskriva rätten objektivt.

Som ett försök att härbärgera en förståelse av att rätten är tolkningar, utan att hamna i ett läge som är öppet för vad som helst (och motsatsen till deskription och objektivitet), föreslår jag ett nytt begrepp som frigör tänkandet från distinktionen mellan *de lege lata* och *de lege ferenda*. Med uttrycket *de lege interpretata* (rätten som den har uttolkats/uttolkas) är det möjligt att fånga ett erkännande av att uttalanden om rätten alltid är tolkningar av aktiva subjekt (där vissa tolkningar är mer accepterade än andra), och att detta får konsekvenser på såväl ett kunskapsteoretiskt som praktiskt plan. Genom att alltid utgå från att föreställningen om rätten är just en tolkning eller en föreställning, mer eller mindre allmän, blir det påtagligt att det alltid måste göras tydligt vilket underlag och vilka metoder som använts samt hur tolkningen gjorts. Detta

Ashgate Publishing, Aldershot 2007 [cit. Svensson, 2007].

⁸ Det är många som idag definierar rätten som bestående av både de rättsliga texterna och de uttorkningar som görs av dessa och som kommuniceras mellan olika aktörer. Denna specifika definition är från Gunnarsson, Å. & Svensson, E.-M., *Genusrättsvetenskap*, Studentlitteratur, Lund 2009, s. 105 [cit. Gunnarsson, 2009].

borde vara självklart inom akademien, men det borde också vara självklart i praktiken. På så sätt är det ingen skillnad mellan juridik och rättsvetenskap.

Det som däremot skiljer sig åt är bundenheten till källorna. Här uppstår ytterligare en fråga, nämligen den om rättskällornas auktoritativa kraft. Skillnaden mellan juridik och rättsvetenskap är, enligt mig, som störst här och bör också vara som störst här. Den demokratiskt viktiga principen att jurister följer den demokratiska församlingens beslut⁹ gäller inte på samma sätt för forskaren. Utrymmet för kritik är större för forskaren än för juristen. Det har med vetenskapens kritiska uppdrag att göra. Den fria kritiska forskningens roll är central för demokratin på lång sikt.

3. FRÅN EN JURIDISK METOD TILL FLERA

Det är uppseendeväckande ”att den svenska litteraturen saknar en lärobok för studenter som förklarar på ett grundläggande sätt vilka olika typer av metoder som finns och hur dessa skulle kunna nyttjas för att få olika perspektiv på juridiken samt tillhandahålla lösningar som skulle kunna skilja sig sinsemellan.”¹⁰ Så skriver de båda redaktörerna Fredric Korling och Mauro Zamboni i förordet till boken *Juridisk metodlära* som publicerades hösten 2013. Jag håller med om denna beskrivning, vilket var anledningen till att jag mer än gärna bidrog till antologin. Några år tidigare hade jag tillsammans med min kollega Åsa Gunnarsson skrivit en bok om det perspektiv som jag presenterade i *Juridisk metodlära*, nämligen genusrättsvetenskap.¹¹ Den boken riktade sig till en bredare målgrupp och innehöll en mer djupgående presentation av ett kunskapsområde och dess relation till den huvudfåra inom svensk rättsvetenskap som vanligen kallas rättsdogmatik, men som lika ofta inte har något särskilt namn utan rätt och slätt är juridik. Det som kännetecknar ett dominerande synsätt, det som teoretiskt kan benämnas t.ex. med begrepp som ideologi, hegemoni, problemformuleringsprivilegium eller doxa (vart och ett med sina kopplingar till olika teorier, sammanhang och specifika betydelser), är just att det ofta inte benämns som något särskilt. Det vanliga är det normala, normen, och det är alltid det som utmanar denna norm som behöver benämnas med ett särskilt begrepp. Att synliggöra det självklara, det som är taget för givet, är vad som kännetecknar de så kallade kritiska perspektiv som utvecklats alltsedan 1970-talet. Flera av dessa, såsom rättssociologi, critical race-teori, genusrättsvetenskap, postmodernism och diskursteori, (modern) hermeneutik, tvärvetenskap men också rättsekonomi och institutionell teori, presenteras

9 För att komplicera det hela finns det givetvis en gräns för när detta inte längre bör ske, men det bortses från här.

10 Korling, F. & Zamboni, M., *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur, Lund 2013, s. 17 f [cit. Korling, 2013].

11 Gunnarsson, 2009.

som ingående i juridisk metodlära i boken med detta namn. Att så sker är inte långt ifrån en ”revolution” av svensk rättsvetenskap. Boken innehåller också ett kapitel om rättsdogmatisk metod, inte som den självklara utan som en metod bland flera. Författaren till kapitlet, Jan Kleineman, uttrycker att det är svårt att beskriva denna metod, något som tyder på att den håller på att förlora sin kraft som norm. Enligt Kleineman ställs man snabbt inför ”en hel del svåra rättsteoretiska frågor som gör att själva beskrivningen av metoden framstår som vag, oklar och ibland direkt motsägelsefull.”¹² Kleineman bekräftar därmed bilden av rättsdogmatiken, det ”traditionella” eller ”vanliga/normala” synsättet, som vag och oklar.

Många har påtalat att rättsdogmatiken inte görs tydlig vare sig som teori eller metod. Rudolf von Jhering lär enligt Raimo Siltala redan runt år 1870 ha sagt att ”Of all the laws they commonly deal with, lawyers know the least the laws of their own scholarly pursuit, i.e. the science of law.”¹³ Intressant nog har denna uppfattning nästan blivit som ett mantra som förs fram i olika sammanhang i nordisk rättsvetenskap och som bildar utgångspunkt för varje författares önskan att bidra till en större medvetenhet om hur man gör, och hur man kan göra, när man sysslar med rättsvetenskap. Dessutom har det på senare år kommit en hel del litteratur som behandlar teori- och metodfrågor. Dessa är antingen kunskaps sociologiska eller kunskapsteoretiska (eller både och). De förstnämnda handlar om vad som faktiskt görs inom rättsvetenskapen. Flera sådana studier visar att det förekommer betydligt fler metoder än ”juridisk/rättsdogmatisk metod”.¹⁴ De sistnämnda fokuserar på rättsvetenskaplig kunskapsteori.¹⁵

Denna typ av litteratur riktar sig ofta till de akademiskt verksamma och har

12 Korling, 2013, s. 21.

13 Siltala, R., *Oikeustieteen tieteenteoria With an English Summary*, Vammalan Kirjapaino Oy, Vammala 2003. Översättningen av rättsvetenskap till *science of law* är inte helt bra. Jhering själv använde förstås inte det engelska uttrycket *science of law*, utan *Rechtswissenschaft*. På engelska är *legal scholarship* att föredra, se Svensson, 2007.

14 Claes Sandgren och Sten Schaumburg-Müller är två av dem som gjort större empiriska genomgångar av teori- och metodval i doktorsavhandlingar, se t.ex. Sandgren, C., *Juridikavhandlingar vid Stockholms universitet 1957–2006*; Peterson, C. (red.) *Juridiska fakulteten 1907–2007, En minneskrift*, Stockholm 2007 [cit. Sandgren, 2007]; Sandgren, C., *Om teoribildning och rättsvetenskap*, *Juridisk Tidskrift* 2004–05, s. 297–333; Schaumburg-Müller, S., *Fem retsfilosofiske teser*, Jurist- og Økonomforbundet, København 2009 [cit. Schaumburg-Müller, 2009]. Se också en analys av en mindre mängd avhandlingar; Svensson, 2009, s. 120–128.

15 Det finns en hel del artiklar skrivna i detta ämne, inte minst är debatten aktiv i Norge. Jag nämner här blott några exempel på akademiskt verksamma som bidragit till debatten; David Doublet, Jan Fridthjof Bernt, Hans Petter Graver, Synne Sæther Mæhle, Bo Wennberg, Håkan Gustafsson, Kevät Nousiainen. Den text som jag utgår från i arbetet med denna artikel är framförallt Svensson, 2007.

inte som syfte att bibringa studenter och verksamma jurister bilden av att de måste göra ett aktivt val av metod och teori. Till studenter på grundnivå och till praktiskt verksamma jurister riktas en annan typ av böcker; läroböcker i praktisk juridisk metod. Två av de läroböcker som under en längre tid använts på juristutbildningar i Sverige är Ulf Bernitzs *Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder*¹⁶ och Bert Lehrbergs *Praktisk juridisk metod*¹⁷. Båda dessa böcker bidrar till att skapa bilden av att det finns en juridisk metod och att denna är självklar. Det finns *en* juridisk metod: den juridiska metoden, rättskällevärdet, den rättsdogmatiska metoden eller kort och gott – juridisk metod. Bilden bekräftas också av läroböcker i allmän rättslära som även använts mer allmänt som böcker om juridisk metod (inom både grundutbildning och forskarutbildningen). Några sådana är Stig Strömholms bok *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*¹⁸ samt Aleksander Peczeniks böcker *Juridikens teori och metod*¹⁹ och *Vad är rätt? Om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation*²⁰. Framförallt den sistnämnda boken är ett exempel på att rättsdogmatik inte alltid är oreflekterad. Tvärtom är Aleksander Peczenik den som i Sverige utan jämförelse drivit projektet med att göra rättsdogmatiken teoretiskt och metodiskt reflekterad längst. Intressant är dock att den gör anspråk på att vara allmängiltig, och inte begränsad till att vara en bok om rättsdogmatik. På så sätt förstärker även denna bok bilden av att det finns en självklar metod, den rättsdogmatiska.

Situationen liknar den som råder i vårt grannland Norge. Även här är det en metod som är utgångspunkten, rettskildelære eller juridisk metode. Tydligare än i Sverige har det varit mycket debatt kring denna metod. Bakgrunden till denna debatt är en uppgörelse med den under många år helt dominerande Eckhoffs rättskällevärdet. Eckhoffs bok *Rettskildelære* utkom första gången 1971.²¹ Först cirka 20 år senare började andra liknande metodböcker att ges ut.²² På senare år har Eckhoffs realistiskt inspirerade metodlära ifrågasatts

16 Bernitz, U., *Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder*, Norstedts Juridik, Stockholm 1985. Den senaste upplagan är från 2013.

17 Lehrberg, B., *Praktisk juridisk metod*,ustus Förlag AB, Uppsala 1992. Från och med den femte upplagan (2006) har bokens innehåll utökats. Den juridiska metoden som praktisk problemlösningsmetod är i fokus och arbetsmetoden omtalas i singularis, även om det framhålls att det finns olika metodval att göra inom denna. Den senaste upplagan är från 2014.

18 Strömholm, S., *Rätt, rättskällor och rättstillämpning: en lärobok i allmän rättslära*, Norstedts Juridik, Stockholm 1981. Den senaste upplagan är från 1996.

19 Peczenik, A., *Juridikens teori och metod*, Norstedts Juridik, Stockholm 1995.

20 Peczenik, 1995.

21 Eckhoff, T., *Rettskildelære*, Tanum, Oslo 1971.

22 Boe, E.-M., *Innføring i juss, juridisk tenkning og rettskildelære*, Tano Aschehoug, Oslo 1993; Fleischer, C.-A., *Rettskilder*, At notam Gyldendal, Oslo 1995; Andenæs, M.-H., *Rettskildelære*, Oslo

av mer normativt influerade forskare.²³ Trots denna relativt aktiva debatt om metodfrågor, är det snarast inom ramarna för den juridiska metoden som diskussionen förs och mer sällan är det fråga om att man som jurist eller som forskare har att välja mellan olika metoder.

Med läroboken *Juridisk metodlära* finns det grund för att säga att situationen radikalt förändrats. Trots att det, som nämnts, har skrivits om andra metoder än ”den juridiska metoden”, har det inte gjorts på det övergripande sätt som nu har skett och det har inte heller framstått som så självklart att medvetna metodmässiga överväganden måste göras. Att det inte tydligt framhållits gäller särskilt för dem som arbetar inom den praktiska juridiska ramen. Med praktisk juridisk ram menar jag det juridiska fält som har med praktiken att göra, till skillnad från den akademiska juridiska ramen. Distinktionen är viktig att göra då, som redan nämnts, villkoren skiljer sig åt beroende på om man befinner sig i en praktisk juridisk verksamhet eller om man befinner sig i en akademisk juridisk verksamhet.²⁴

4. ÄR METOD LIKA MED MATERIAL?

Frågan är snarast retorisk. Nej, metod är inte lika med material. Förändringen i synsätt som skissats ovan har bäring också på denna fråga. Med en norm om *en* metod har frågan om material varit den centrala. Om fler metoder är möjliga öppnar detta upp för att metodfrågan kan handla om annat än material.

Ett vanligt sätt att förstå frågan om materialval är att den ingår i frågan om metod. Metod handlar t.ex. också om hur man tolkar materialet. Lehrberg sammanfattar exempelvis den juridiska arbetsmetoden genom sex steg vilka i tur och ordning är konsten att (1) identifiera och strukturera juridiska problem, (2) finna rätt rättsregel, (3) läsa och tolka rättskällor, (4) identifiera rekvisiten i en rättsregel, (5) precisera rekvisitens innebörd med hjälp av rättskällorna, och (6) självständigt ta ställning med hjälp av ändamålsavvägningar.²⁵ Denna beskrivning av juridisk metod är långt mer utförlig och nyanserad än många

1997; Fleischer, C.-A., *Rettskilder og juridisk metode*, At notam Gyldendal, Oslo 1998; Nygaard, N., *Rettsgrunnlag of standpunkt*, Universitetsforlaget AS, Oslo 1999.

23 Se t.ex. Askeland, B., Eckhoffs rettskildelære under press, *Kritisk Juss* 1999, s. 115–128; Bergo, K., En realistisk rettskildelære – et urealistisk prosjekt? *Retfærd* nr 4 2002, s. 19–32; Bernt, J. F. & Doublet, D. R., *Juss, samfunn og rettsanvendelse: En introduksjon til rettsvitenskapen*, Ad Notam Gyldendal, Oslo 1999; Graver, H. P., Keiserens garderobe: Eckhoffs rettskildelære og utfordringer fremover, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 2000, s. 429–476; Kinander, M., *The view from within. An analysis and critique of legal realism and descriptive jurisprudence*, Fagbokforlaget, Oslo 2004.

24 Svensson, 2007.

25 Lehrberg, B. & Institutet för bank- och affärsjuridik (IBA), *Praktisk juridisk metod*, IBA, Uppsala 2010, s. 39 [cit. Lehrberg, 2010].

metodavsnitt i rättsvetenskapliga avhandlingar.²⁶ Fortfarande förekommer det att metodavsnittet ägnas åt vilket material som använts, men inte åt hur det har använts.²⁷ Det är anmärkningsvärt att inte ens de olika tolkningsmetoder som presenteras i grundläggande metodläroböcker om juridisk metod diskuteras.²⁸ De tolkningsmetoder jag tänker på är exempelvis objektiv (bokstavstrogen) och subjektiv (intention- och/eller ändamåls-) tolkning. Båda dessa rymms inom den metod som vanligen benämns juridisk metod. Detta visar att vad en metod är kan ha olika betydelser och kan förstås i flera nivåer.

Om man öppnar för att det finns fler metoder än en som är möjliga att använda inom juridiken och rättsvetenskapen, måste för det första normen (läs: den juridiska metoden) och för det andra övriga metoder tydliggöras. Det är här som boken *Juridisk metodlära* blir så intressant. Vad som rymms inom begreppet juridisk metodlära har med denna bok, som framförallt riktar sig till studenter och praktiker och inte till forskare i rättsvetenskap, breddats avsevärt jämfört med tidigare metodböcker. Jämför man t.ex. Lehrbergs bok med *Juridisk metodlära* är innehållet i böckerna mycket olika. Samtidigt kan man ställa sig frågan om det inte skulle gå att kombinera dessa. En sådan process kräver dock att frågan om hur man faktiskt gör blir betydligt mer medveten och öppen, samt att vad som förmedlas som givna ramar faktiskt kan kritiseras och omvärderas. Det är här som juridiken och rättsvetenskapen kan bidra till och stärka varandras metodreflektioner.

Om det är möjligt att använda flera metoder på samma material, och då menar jag flera metoder i en vid mening, inte bara metoderna objektiv och subjektiv tolkning, innebär det att materialet kommer att kunna tolkas på olika sätt. Olika metoder kan ge olika resultat. Hur ska man förhålla sig till detta och vilka tolkningar är då möjliga att göra i vilka sammanhang? I en juridisk argumentation är slutmålet vanligtvis att komma fram till en ståndpunkt, men denna ståndpunkt kan i och för sig bli starkare underbyggd genom att med hjälp av olika metoder visa på alternativa ”resultat”. I en rättsvetenskaplig argumentation däremot behöver slutmålet inte alls vara att komma fram till en ståndpunkt, utan snarare att visa på alternativa ståndpunkter, fördelar och nackdelar med dessa och att kritiskt analysera vilka utgångspunkter olika ståndpunkter

26 Det är inte ovanligt att man ser att en författare av en avhandling uttrycker osäkerhet om vad en rättsdogmatisk metod är.

27 Jag avstår från att nämna några exempel på sådana avhandlingar. I stället hänvisas till undersökningar av avhandlingar, som t.ex. Schaumburg-Müller, 2009; Sandgren, 2007. Avhandlingar som har utförliga metodavsnitt är oftast sådana där forskaren använder sig av andra metoder än den ”rättsdogmatiska” (eller ”juridiska”), se Svensson, 2009, s. 120–128.

28 Några exempel på sådana grundläggande läroböcker har getts ovan.

baseras på. Sådana analyser kan utgöra underlag för andras juridiska argumentation eller för lagstiftning.

Det är här som skillnaden mellan juridik och rättsvetenskap framträder tydligt. Av demokratiska skäl är juridiken mer begränsad och bunden till den auktoritativa kraften hos rättskällor än vad rättsvetenskapen är. Hur bunden rättsvetenskapen är beror på vilket syfte forskaren har. Vill en forskare uttala sig normativt om hur lagen ska tolkas är bundenheten till källorna större än om forskaren vill uttala sig kritiskt om lagen så som den har tolkats och tillämpats. Ett sätt att reflektera över detta kan vara att skilja på olika rättskällevärdar. Som antytts ovan används ibland rättskällevärdar som en synonym till juridisk metod, ibland som något annat. Lehrberg menar att rättskällevärdar av äldre är en central *del* av den juridiska metodläran.²⁹ Beteckningarna är inte helt klart avgränsade och det finns delvis olika förståelser av begreppen.

Vad som avses med rättskällevärdar är således inte entydigt. Förändringar över tid och variationer mellan författare och länder är lätta att konstatera i rätthistorikern Lars Björnes historiska framställning av nordisk rättskällevärdar.³⁰ Enligt Björne går det att identifiera tre olika innebörder av begreppet rättskällevärdar. För det första en filosofi om rättskällevärdar, för det andra en normativ (och praktisk) rättskällevärdar och för det tredje en deskriptiv rättskällevärdar. Den första betydelsen av rättskällevärdar är en rättsfilosofisk reflektion över vad en rättskällevärdar är, vilka rättskällor som anses ingå i en sådan och hur dessa ska bedömas, d.v.s. sådana resonemang som förs här. De två andra rättskällevärdarna handlar om att de identifierar vad en rättskälla är, d.v.s. vilka rättskällor som ska, bör och kan användas alternativt som *de facto* används, samt vilken tyngd de har i förhållande till varandra (hierarki) och om hur de kan/bör tolkas. Skillnaden mellan dem är att den ena är normativ och anger vilka rättskällor som *ska*, *bör* och *kan* användas, medan den andra har som ambition att vara deskriptiv och anger vilka rättskällor som *faktiskt* används.

Den normativa rättskällevärdar representerar den ideala bilden av vilka rättskällor som ska, bör och kan användas. Ser man närmare på olika varianter av normativa rättskällevärdar är det emellertid lätt att konstatera att det finns många varianter och att de förändras över tid. Tre ungefärligen samtida normativa rättskällevärdar formulerade av Lehrberg, Strömholm och Peczenik presenteras och jämförs i artikeln *Boundary-work in Legal Scholarship*.³¹ Skillnaderna mel-

29 Lehrberg, 2010, s. 83.

30 Björne, L., *Nordisk rättskällevärdar: studier i rättskällevärdar på 1800-talet*, Institutet för rätthistorisk forskning, Nordiska bokh. (distributör), Stockholm 1991.

31 Svensson, 2007.

lan dem är avsevärda, framförallt i grad av precision. Medan Lehrberg och Strömholm listar vissa typer av rättskällor enligt en viss hierarki delar Peczenik upp källorna i sådana som ska, bör respektive kan användas.

Deskriptiv rättskällelära var vanlig under rättsrealismens inflytande där det handlade om att empiriskt kunna fastställa vilka rättskällor som faktiskt användes. Den empiriska kunskapen ansågs vara den enda vetenskapligt säkra kunskapen enligt den tidens kunskapssyn. Men också deskriptiva redogörelser har en tendens att verka normativt. Eckhoffs rättskällelära är ett slående exempel på att en deskriptiv rättskällelära får normativa effekter. Trots den deskriptiva ambitionen, synlig exempelvis genom användandet av begreppet *rettskildedefaktorer* som markerar att det handlar om empiriska fenomen, kom Eckhoffs rättskällelära att påverka en hel generations jurister och rättsvetare i Norge.

Den rättsliga argumentationen sker alltså på grundval av föreställningar om vilka källor som har auktoritativ kraft, vilken inbördes vikt som råder mellan dem och hur källorna (ska, bör eller kan) tolkas. Dessa principer för hur den rättsliga argumentationen går till eller bör gå till, är inte själva uttryckta i någon rättskälla utan är sådant som juristen lär sig genom att insocialiseras i det juridiska tänkesättet. Detta är vad Thomas Kuhn kallade för normalvetenskap. Adepter skolas in i en kultur som ofta baseras på tyst kunskap och som lärs ut genom exempel och genom att man lär sig att göra som andra gör.³²

För att knyta an till frågan i inledningen av detta avsnitt, om metod är lika med material, kan svaret möjligen vara det följande. Kombinationen av en juridik och rättsvetenskap som under en stor del av 1900-talet präglats av en önskan om värderingsfrihet i enlighet med en kunskapssyn där deskriptioner getts företräde och en (öppen eller dold) normativ rättskällelära som framförallt listat vilka rättskällor som anses vara auktoritativa, kan förklara varför det finns en tendens att förstå metodfrågor som frågor om material. En förståelse av juridik och rättsvetenskap som utgående från att rätten snarast är en kommunikativ tolkningsprocess ställer större krav på att man också (bland annat) reflekterar och redogör för *hur* materialet tolkas. Detta är gemensamt för juristen och forskaren även om vetenskapliga krav kan sägas vara mer långtgående för forskaren. Nästa fråga är om de två aktörerna är lika bundna av rättskällorna. Är utrymmet större eller mindre för någon av dem att förhålla sig fri till rättskällorna?

32 Kuhn, T. S., Björkhem, Ö. & Welin, S., *De vetenskapliga revolutionernas struktur*, Thales, Stockholm 2009.

5. HUR BUNDNA ÄR JURISTER OCH FORSKARE AV RÄTTSKÄLLORNA OCH FINNS DET ANDRA KUNSKAPSKÄLLOR ÄN RÄTTSKÄLLOR?

I artikeln *Boundary-work in Legal Scholarship*³³ studerar jag hur gränser mellan juridik och rättsvetenskap å ena sidan och mellan olika typer av rättsvetenskap å andra sidan, sätts, förhandlas och förändras över tid. Distinktionen mellan kunskap *i* respektive kunskap *om* rätten³⁴ kan exempelvis användas som ett sätt att reflektera kring vad som kan sägas tillhöra olika typer av rättsvetenskap. Genom kritisk analys och ifrågasättande av det för givet tagna, oavsett om det är i juridik eller i rättsvetenskap eller både och, kan gränserna förflyttas för vad som anses vara t.ex. möjliga metoder, källor eller argument. En fråga som berörs är frågan om rättskällornas auktoritativa kraft och om det finns skillnader i denna kraft för jurister och forskare i rättsvetenskap.

Rättskälleläran har inte en tydlig adressat utan framställs och uppfattas vanligen som att den gäller såväl i praktisk juridisk verksamhet som i akademiska sammanhang. När det gäller den akademiska gren som har till syfte att fastställa gällande rätt och som ligger nära den juridiska praktiken är det inte så förvånande att samma normativa rättskällelära används och anses lika auktoritativ som inom praktisk juridik (d.v.s. den som antas gälla i praktisk juridik).

När det gäller rättsvetenskap som har andra syften än att fastställa gällande rätt är det vanligt att rättskälleläran inte ses som auktoritativ eller ens som uttömmande. Att använda fler kunskapskällor än rättskällor är heller inte ovanligt. Hur kan detta förklaras och försvaras?

Rättskällornas auktoritativa kraft har betydelse i den juridiska praktiken av framförallt demokratiska skäl. I ett rättssystem som det svenska är det framförallt genom lagstiftning som lag skapas och ändras. Lagstiftning föregås av en omfattande demokratisk process som i grund och botten baseras på medborgarnas förtroende. Att i ett samhälle ha jurister som gör som de själva tycker stämmer inte överens med denna demokratiska idé. Att tolka och tillämpa lagen i enlighet med "lagstiftarens intentioner" är ett uttryck för denna demokratiska tanke. Men gäller detta också för forskare?

Forskaren har, som inledningsvis berördes, en annan roll än juristen. Forskning har, bland annat, till syfte att kritiskt analysera, omvärdera och producera (ny) kunskap. Varför då kan man undra. Liksom rättstillämpning har forskning ett demokratiskt syfte, men på längre sikt. Att ha en fri forskning som granskar

33 Svensson, 2007.

34 Hydén, H., *Normvetenskap*, Sociologiska institutionen, Univ., Lund 2002, s. 129; Gunnarsson, 2009, s. 94.

makten (som ju juridiken är en del av) kan vara en garanti mot maktmissbruk. Att ha en för nära koppling mellan juridisk praktik och rättsvetenskaplig forskning kan därför vara negativt ur demokratisk synvinkel. Detta verkar den tidigare justitiekanslern Göran Lambertz inte ha insett då han värderar nyttan med rättsvetenskap utifrån den juridiska praktikens synvinkel.³⁵ En rättsvetenskap som främst låter sig vara i praktikens tjänst uppfyller knappast kriterierna för en fristående forskning i allmänhetens tjänst och kan i värsta fall bidra till att befästa maktmissbruk.

Eftersom forskaren har en annan roll än praktikern, en mer kritisk och långsiktig roll, menar jag att detta påverkar inte bara relationen till metod(er) utan också till källorna. En forskare kan, menar jag, förhålla sig kritisk till rättskällevärdet på flera sätt. Ett sätt är att inte ta de förordade rättskällorna för givna, men också att ifrågasätta innehållet i rättskällorna, som t.ex. vilken typ av verklighetsbeskrivning som ligger till grund för ett visst sätt att hantera ett visst problem. I stället för att använda förarbeten som tolkningsunderlag för en viss lagregel, och på det sättet verka för att befästa denna, kan utgångspunkter i förarbeten på vilka en verklighetsbeskrivning bygger ifrågasättas. En sådan kritik syftar troligen inte till att fastställa gällande rätt utan till att på sikt förändra gällande rätt så att den bättre lever upp till de förväntningar samtiden har. Forskarens kritik kan bilda underlag för en förändring av lagen, men en förändring förutsätter givetvis att denna kritik accepteras och tas tillvara i den demokratiska processen.

Ett annat sätt som forskaren kan förhålla sig kritisk till rättskällorna på, är att gå ifrån den hierarki som en praktiker förväntas vara lojal gentemot. En forskare kan peka på motsättningar i olika källor men också argumentera utifrån en källa som inte placerar sig så högt upp i hierarkin, som t.ex. annan forskning (doktrin som det brukar kallas inom den normativa rättskällevärdet). Idealet om koherens, som framförallt Aleksander Peczenik hävdade, kan ibland dölja motsättningar. Även om idealet är att skapa koherens på ett övergripande plan, är det enligt min mening viktigt att lyfta fram och synliggöra den inkoherens som ofta kan förekomma mellan olika rättskällor.

Ytterligare ett sätt är att forskaren kan (och bör) förhålla sig kritisk till tidigare uttalanden om hur rättskällorna ska tolkas (oavsett om det är en praktiker eller forskare som uttalat sig). Såväl jurister som forskare har en tendens att tolka rättskällor i enlighet med traditionen. Som Gunnar Persson påpekat

35 Se *SvJT* 2002 som innehåller föredrag hållna vid ett rättssymposium på Häringe slott i november 2001, bland annat ett av Göran Lambertz med titeln Nyttig och onyttig rättsvetenskap, *SvJT* 2002, s. 261–278.

och kritiserat i boken *Exklusivetsfrågan*³⁶ kan det uniforma och hierarkiska tänkandet inom juridiken vara problematiskt (trots att detta tänkande ska tjäna rättssäkerhetsidealerna förutsägbarhet, enhetlighet och överskådlighet i rättsordningen). Det finns en risk, menar Persson, att det uniforma och hierarkiska tänkandet

”ersätter den nödvändiga analysförmåga och det nödvändiga mått av fantasi som krävs för att *hitta* det system som i sin tur kräver en fastlåsning. Dels finns det en risk för att detta tänkande åberopas när det i själva verket handlar om att tänka på ett nytt sätt. Detta är ett särskilt allvarligt problem och saboterar egentligen allt vad metodlära heter. Man kan inte säga att något är på ett visst sätt bara för att man vill att det ska vara det, särskilt inte när det gäller juridik.”³⁷

Persson ställer särskilt höga krav på forskaren, även i de fall då forskaren rör sig inom den del av rättsvetenskapen som bedrivs med ”traditionell juridisk metod” och menar att ”[o]m det är något som skiljer ett rättsvetenskapligt arbete från all annan juridik, så är det att det enda det rättsvetenskapliga arbetet har någon skyldighet mot är juridiken själv”.³⁸

Persson använder sig av en annan terminologi än vad jag gör, detta beror på att han befinner sig inom en ”traditionell juridisk ram”, men poängen, nämligen att det kritiska, självständiga tänkandet är a och o för jurister men framförallt för forskare, är gemensam. Det uniforma och hierarkiska tänkandet har jag benämnt traditionskonform tolkning.³⁹ Både Perssons och min kritik mot tolkningar av tidigare tolkningar gjorda av såväl jurister som forskare handlar om samma rättsliga fråga, nämligen frågan om exklusivitet för yttrandefriheten i förhållande till annan lagstiftning.

Vidare kan en forskare använda sig av andra kunskapskällor än rättskällor. För att kunna värdera rättskällor behövs annan typ av kunskap. Är de ståndpunkter som tas för givna i rättskällorna trovärdiga eller gynnar de ett visst intresse och missgynnar andra? Ett område där det förekommit omfattande debatt och där

36 Persson, G., *Exklusivetsfrågan: om förhållandet mellan tryckfrihet, yttrandefrihet och annan rätt*, Norstedts Juridik, Stockholm 2002, s. 24 [cit. Persson, 2002].

37 Persson, 2002, s. 24.

38 Persson, 2002, s. 24.

39 Svensson, E.-M., Traditionskonform tolkning – Om tolkning av förhållandet mellan könsdiskriminerande reklam och grundlagsskyddade yttranden, i: Fejø, J., Nergaard, U., Tvarnø, C.D. & Skovgaard Ølykke, G. (red.), *Festskrift Liber Amicorum et Amicorum in Honour of Ruth Nielsen*, DJØF, København 2013.

lagstiftning och därmed också andra rättskällor ändrats utifrån ny kunskap, producerad inom såväl rättsvetenskap som andra vetenskapliga discipliner, är jämställdhetsområdet. För inte mer än knappt hundra år sedan ansågs hälften av befolkningen inte som myndiga medborgare och hade liten inverkan på vad lagstiftningen omfattade, hur den var utformad och hur den tillämpades. Sedan kvinnor efter hård kamp fick rösträtt och rätt att inneha alla poster i samhället, bland annat politiker, jurister och forskare, har rätten över tid förändrats. Inte minst hade jämställdhetspolitikens, i början av 1990-talet, nya kunskapsgrund som framförallt såg ojämställdhet som en strukturell fråga⁴⁰ en avgörande betydelse för en hel del av de förändringar i rätten som har betydelse för jämställdheten. Utbytet av kunskap och påverkan av och mellan forskare från olika discipliner (inte minst rättsvetenskap), politiker och jurister har varit påtagligt. Här har annan kunskap än *i* och *om* rätten varit betydelsefull och är det fortsatt. Juridikens och rättsvetenskapens tendens att sluta sig om sitt eget system, rätten, har såväl positiva som negativa aspekter, men för att balansera dessa behövs forskare som sätter in rätten i ett bredare sammanhang och som tar del av annan kunskap än den rättsliga.

6. RÄTTEN SOM DEN TOLKAS – DE LEGE INTERPRETATA

Uttrycket *de lege interpretata* signalerar den i samtiden mer rimliga förståelsen av rätten som en tolkning av en process, där föreställningar om vad rätten är uttrycks, kommuniceras och praktiseras i ett konkret sammanhang som kan vara verkligt eller fiktivt.⁴¹ Begreppet *de lege interpretata* (eller *lex interpretata*) är inte nytt, utan har använts under historiens gång, främst under 1500–1700-talen. Förståelsen av rätten som fenomen var förstas annorlunda vid den tiden. Min avsikt är inte att hänvisa till en tidigare förståelse av begreppet *de lege interpretata*, utan snarare att relatera detta begrepp till den alltmer ohållbara situation som idag är betecknande för distinktionen mellan *de lege lata* och *de lege ferenda*. Dessa begrepp är, vilket nämndes inledningsvis, relativt sena konstruktioner och hänger ihop med en vetenskaplig kunskapssyn utvecklad under senare delen av 1800-talet som hävdar att det är möjligt att skilja mellan beskrivning och värdering. I linje med en allmän förskjutning från en vetenskapssyn där det anses möjligt att upprätthålla distinktionen mellan beskrivning och värdering, till en kunskapssyn som baseras på att kunskap

40 Jämställdhetspolitiken i dess strukturella form formulerades i prop. 1993/94:147 *Jämställdhetspolitiken: Delad makt – delat ansvar*, Stockholm 1994. Att jämställdhet i huvudsak sågs som ett strukturellt problem uttrycks i SOU 2005:66 *Makt att forma samhället och sitt eget liv – jämställdhetspolitiken mot nya mål*, Stockholm 2005, s. 25 och 30.

41 Jag tackar Gunhild Vidén, professor i latin vid Göteborgs universitet, för hjälp med att formulera och förstå begreppet.

är kontextuell och socialt konstruerad, uttrycker begreppet *de lege interpretata* en medvetenhet om att vi bör redovisa våra utgångspunkter i betydligt större omfattning än vad som är brukligt inom såväl juridiken som rättsvetenskapen.

Om vi, såväl jurister som forskare, utgår från att uttalanden om rätten alltid är tolkningar och att detta får konsekvenser på såväl ett kunskapsteoretiskt som praktiskt plan, leder detta till en förändrad hållning i metodfrågor (inklusive hur vi förhåller oss till källorna). Genom att alltid utgå från att föreställningen om rätten är just en tolkning eller en föreställning, mer eller mindre allmän, blir det påtagligt att det alltid måste göras tydligt vilket underlag som har använts, vilka metoder som använts och hur tolkningen gjorts. En sådan hållning kan göra såväl juridiken som rättsvetenskapen bättre rustad för framtidens utmaningar. 🏰