



# Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG

ZUZAN ISMAIL

Kontextualitet som minoritetsskydd – rättskälleläran och  
kvinnor som utsätts för våld i anknytningsrelationer

Särtryck ur Jubileumsnummer 2014

# KONTEXTUALITET SOM MINORITETSSKYDD

## – RÄTTSKÄLLELÄRAN OCH KVINNOR SOM UTSÄTTS FÖR VÅLD I ANKNYTNINGSRELATIONER

Av Zuzan Ismail<sup>1</sup>

*Den s.k. tvåårsregeln i utlänningslagen innebär att personer med uppehållstillstånd på grund av anknytning till make, maka eller sambo i vissa fall får tillfälligt uppehållstillstånd under en provotid på två år. Därefter kan permanent uppehållstillstånd erhållas under förutsättningen att förhållandet består. Bestämmelsen kan få förödande konsekvenser i de anknytningsförhållanden där det förekommer våld och därför har en särskild skyddsregel införts för personer som utsätts för våld eller annan allvarlig kränkning i anknytningsförhållandet. Skyddsregeln är dock svår-tillämplig på grund av högt ställda krav i lagens förarbeten.*

*Skyddsregelns utformning ger upphov till reflektioner kring rättskälleläran och dess följdverkningar. I denna artikel diskuteras alternativa och kompletterande förhållningssätt till rättskällor med kontextualitetsteorin som utgångspunkt och tvåårsregeln som exempel. Genom en analys av rättssubjektet presenteras slutligen tanken om kontextualitet som minoritetsskydd.*

### I. FRÅN RÄTTENS GRÄNSLAND TILL RÄTTENS INGENMANSLAND

”Om vi har några regler om vad vi får beakta? Nej. Svensk rätt har generellt, och det gäller inte bara Migrationsverket, fri bevisvärdering. Det finns inga regler vad gäller bevisprövning, så att nej. Och så är det i domstolar. Alltså svensk juridik är uppbyggd på det sättet. Så att nej, det finns inga sådana regler. Sen är det ju som alltid så att lagstiftningen och de kriterierna som finns där, i förarbetena och så vidare, är ju det som ska i huvudsak beaktas men allting som kan komma in i kammaren tittar vi på.”<sup>2</sup>

De kallas för kvinnorna i rättens gränsland.<sup>3</sup> Kvinnorna som utsätts för våld

<sup>1</sup> Biträdande jurist på Advokatfirman Morris AB.

<sup>2</sup> Migrationsverkets expert som arbetar med bl.a. anknytningsfrågor kommenterar under en konferens vilket beslutsunderlag Migrationsverket kan beakta vid tillämpningen av skyddsregeln för kvinnor som utsätts för våld i anknytningsrelationer. Konferensen handlade om våld mot barn, kvinnor och män som beviljats uppehållstillstånd på grund av anknytning och anordnades av Länsstyrelsen i Västra Götalands län den 31 maj 2013.

<sup>3</sup> SOU 2012:45, *Kvinnor och barn i rättens gränsland*, behandlade även barnens utsatthet.

eller annan allvarlig kränkning i den relation som ligger till grund för deras uppehållstillstånd. De har endast tillfälligt uppehållstillstånd<sup>4</sup> under en prövotid på två år och riskerar utvisning om de avbryter förhållandet med mannen innan prövotidens utgång.<sup>5</sup> Denna s.k. tvåårsregel har kritiserats av bl.a. kvinnojourer och forskare som menar att den bidrar till att kvinnor tvingas stanna i anknyningsförhållanden där det förekommer våld, i väntan på att få permanent uppehållstillstånd.<sup>6</sup> Det finns även en särskild skyddsregel i utlänningslagen (2005:716)<sup>7</sup> (UtlL) som ämnar skydda kvinnor som utsätts för våld i anknyningsrelationer. Enligt denna regel ska kvinnan under vissa förutsättningar kunna beviljas uppehållstillstånd även om förhållandet upphör under prövotiden. I prop. 1999/2000:43<sup>8</sup> till UtlL har det dock uppställts ett antal kriterier som villkorar skyddsregelns tillämplighet.<sup>9</sup> Dessa krav har visat sig vara oförenliga med kunskapen om våldsutsatta kvinnors situation och skyddsregeln är därför i praktiken svår att tillämpa.<sup>10</sup>

Tvåårsregeln och dess tillhörande skyddsregel ger upphov till ett flertal frågor. Hur kan tillämpningen av en skyddsregel resultera i att de skyddsvärda går utan skydd? Måste kriterierna i propositionen vara uppfyllda? Spelar det någon roll att kriterierna är oförenliga med den verklighet som våldsutsatta kvinnor lever med? Här finns det enligt mig ett centralt rättsligt problem som är intressant att undersöka i förhållande till skyddsregeln i UtlL; rättsskälreläran. Det inledande citatet speglar ett näst intill ambivalent förhållningssätt gentemot rättsskälreläran hos Migrationsverket. Å ena sidan tillämpas en strikt rättsskälrelära när individen ska kvalificera sig för skydd. Å andra sidan är myndigheten fri att frånga rättsskälreläran och beakta andra underlag när individens rätt till skydd ska motbevisas. På vilket sätt påverkar synen på rättsskälreläran vår rättstillämpning?

---

Barnperspektivet är av stor betydelse i sammanhanget och förtjänar en egen behandling. Därför har jag valt att ägna denna artikel åt att studera enbart kvinnornas situation.

4 Här avses uppehållstillstånd på grund av anknyning enligt utlänningslagen (2005:716) (UtlL) 5:3 1 p. och 5:8. Ett sådant uppehållstillstånd är tidsbegränsat om makarna inte stadigvarande sammanbott utomlands.

5 UtlL 5:8.

6 Se SOU 2012:45, s. 17.

7 UtlL 5:16 3 st. 2 p.

8 Prop. 1999/2000:43, *Upphållstillstånd på grund av anknyning*. I den fortsatta framställningen är det denna proposition som avses med uttrycket "propositionen".

9 Se avsnitt 2. I den fortsatta framställningen är det dessa begränsningar som avses med uttrycket "kriterierna".

10 SOU 2012:45, s. 69 ff och Burman, Monica, *Immigrant women facing male partner violence – gender, race and power in Swedish alien and criminal law*, *feminist@law* 2(1) (2012), s. 10 ff.

Ovanstående frågor är viktiga att ställa för att synliggöra den gängse juridiska metodens begränsningar och för att belysa alternativa förhållningssätt till rätten och dess källor. I denna artikel utforskar jag alternativa förhållningssätt till rättskällor med den så kallade kontextualitetsteorin<sup>11</sup> som utgångspunkt och tvåårsregeln som exempel. Syftet med artikeln är att med avstamp i Aleksander Peczeniks<sup>12</sup> rättskällevärd och Juha Karhus kontextualitetsteori undersöka vilka effekter dessa teorier kan få samt att undersöka alternativa eller kompletterande förhållningssätt.<sup>13</sup>

## 2. RÄTTSKÄLLEVÄRDET OCH BEGRÄNSNINGAR

### 2.1 DEN TRADITIONELLA RÄTTSKÄLLEVÄRDET OCH PECZENIKS RÄTTSKÄLLEVÄRDET

Den traditionella rättsvetenskapliga synen på rätten är att den är monocentrisk och enhetlig. Att rätten är monocentrisk innebär att all normgivning sker genom ett statligt centrum. Synen på rätten som komplett och motsägelsefri representerar dess enhet. Enhetligheten är garanterad eftersom de luckor som mot förmodan uppstår i rätten kan lösas inom systemet.<sup>14</sup> Professor Håkan Gustafsson<sup>15</sup> menar att:

”Rätten förmodas ges en enhetlig och koherent karaktär av den prejudikatsbildande rättsutvecklingen och genom rättsvetenskapen vars uppgift just är att skapa en enhetlig systematik, dvs. att fastställa innebörden av ’gällande rätt.’ Den klassiska juridiska metoden enligt vilken regelkonflikter och principkollisioner löses, är ofta med hjälp av en formell rättskällevärd med stark hierarkisk uppbyggnad. I sista instans kanske motsägelsen måste lösas via lagstiftning.”<sup>16</sup>

Det som brukar benämnas som den traditionella rättskällevärd innebär att man beaktar lag, sedvanerätt, praxis, rättsvetenskap och ”sakens natur” i nämnd ordning.<sup>17</sup> Aleksander Peczenik har utvecklat en egen rättskällevärd som kanske

11 Framförd av Juha Karhu, professor i civilrätt vid universitetet i Rovaniemi.

12 F.d. professor i allmän rättslära vid Lunds universitet.

13 Syftet är inte att leverera en heltäckande utläggning för rättskällevärd.

14 Gustafsson, Håkan, *Rättens polyvalens. En rättsvetenskaplig studie av sociala rättigheter och rättssäkerhet*, Lunds universitet, Lund (2002) [cit. Gustafsson, *Rättens polyvalens* (2002)], s. 106.

15 Professor i rättsvetenskap vid Göteborgs universitet.

16 Gustafsson, *Rättens polyvalens* (2002), s. 107.

17 Björne, Lars, *Brytningstiden – Den nordiska rättsvetenskapens historia – Del II – 1815–1870*, Institutet för rättshistorisk forskning, Stockholm (1998), s. 284. Se även Björne, Lars, *Nordisk rättskällevärd, Studier i rättskällevärd på 1800-talet*, Institutet för rättshistorisk forskning, Stockholm (1991) för en genomgång av den traditionella rättskällevärd.

främst är ett försök till att förklara den metod som i stor utsträckning används i rättstillämpningen. Peczeniks rättskällelära är bredare än den nämnda traditionella rättskälleläran och innefattar bl.a. lag, föreskrifter, fasta sedvanerättsliga regler, prejudikat, förarbeten och internationella konventioner som ligger till grund för inhemsk lagstiftning.<sup>18</sup>

Peczenik gör en uppdelning mellan dels källor till rättslig auktoritet och dels formella rättskällor. Källor till rättslig auktoritet ”omfattar alla skäl som ger normer en rättslig auktoritet, rättslig giltighet och rättslig innebörd”.<sup>19</sup> Dessa skäl förklarar *varför* en norm ska, bör respektive får beaktas i juridisk argumentation. Formella rättskällor får sin förpliktande styrka på grund av att de ”anses ha en upprinnelse i källor till rättslig auktoritet”.<sup>20</sup> I den traditionella rättskälleläran såväl som i Peczeniks rättskällelära får lagen positionen som den starkt förpliktande rättskällan. Den hierarkiska ordningen i rättskälleläran skapar Peczenik genom att dela in rättskällorna i kategorier där de *ska*, *bör* eller *får* beaktas. De rättskällor som *ska* beaktas är lagar, föreskrifter och sedvana.<sup>21</sup> De rättskällor som *bör* beaktas är i huvudsak prejudikat och förarbeten.<sup>22</sup> Rättskällor som *får* beaktas är bl.a. institutionella rekommendationer, myndighetsbeslut, allmänna rättsprinciper, doktrin samt härskande samhälleliga värderingar.<sup>23</sup>

Vad gäller källor som *inte får* användas som rättskällor nämner Peczenik uttalanden av politiska partier eller olika intresseorganisationer.<sup>24</sup> Peczenik tillägger samtidigt följande:

”Å andra sidan har det ofta gjorts gällande att en domstol får beakta t.ex. lagens förarbeten i den mån dessa auktoritativt visar att en viss grupp, så som konsumenter, invandrare m.fl., förtjänar ett särskilt skydd. Ur denna synvinkel gäller objektivitetskravet endast den ifrågasvarande källans ursprung (förarbetena, inte politiska skrifter e.d.), inte dess innehåll.”<sup>25</sup>

---

18 Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?*, Fritzes, Stockholm (1995) [cit. Peczenik, *Vad är rätt?* (1995)], s. 214 f.

19 A.a., s. 209.

20 A.a., s. 210.

21 A.a., s. 214.

22 A.a., s. 215.

23 A.a., s. 215 f.

24 A.a., s. 217.

25 A.a., s. 218.

## 2.2 SKYDDSREGLN GENOM PECZENIKS RÄTTSKÄLLOR

Tvåårsregeln bygger på principen om uppskjuten invandring<sup>26</sup> vilket innebär att den som får uppehållstillstånd på grund av anknytning till make, maka eller sambo och som inte har en etablerad anknytning<sup>27</sup> ska beviljas ett eller flera tidsbegränsade uppehållstillstånd innan permanent uppehållstillstånd kan erhållas. Uppskjuten invandring ska i normalfallet tillämpas under två år. Syftet med uppskjuten invandring är att förhindra att rätten till invandring missbrukas.<sup>28</sup> De två åren kan ses som en prøvotid och det är endast om förhållandet består efter prøvotidens utgång som det tidsbegränsade uppehållstillståndet kan ersättas med ett permanent uppehållstillstånd.<sup>29</sup> Eftersom denna ordning inte alltid är lämplig finns det ett antal undantag från tvåårsregeln. Ett av undantagen tar sikte på de situationer där det förekommer våld i anknytningsförhållandet. Detta undantag kallas för skyddsregeln.<sup>30</sup>

Skyddsregeln innebär att fortsatt uppehållstillstånd kan beviljas även om förhållandet upphört före prøvotidens utgång, under förutsättning att ”förhållandet upphört främst på grund av att i förhållandet utlänningen<sup>31</sup>, eller utlänningens barn, utsatts för våld eller annan allvarlig kränkning av sin frihet eller frid”.<sup>32</sup> Vid en tillämpning av Peczeniks rättskällelära ska man i första hand se till lagtexten när man rättsligt bedömer om skyddsregeln för våldsutsatta kvinnor blir tillämplig. Lagtexten innehåller endast följande två kriterier:

1. Utlänningen eller utlänningens barn ska ha utsatts för våld eller annan allvarlig kränkning.
2. Förhållandet ska ha upphört främst på grund av det.

Enligt Peczeniks rättskällelära bör även lagars förarbeten beaktas. I prop. 1999/2000:43 finns uttalanden som innebär att ytterligare fyra villkor, utöver

26 Tvåårsregeln är alltså en informell benämning av principen om uppskjuten invandring.

27 En s.k. snabb anknytning är motsatsen till en etablerad anknytning och innebär att paret inte stadigvarande sammanbott utomlands.

28 Prop. 1999/2000:43, s. 53.

29 Prop. 1999/2000:43, s. 23 ff.

30 Även benämningen ”våldsregeln” förekommer. Det kan även bli aktuellt med andra undantag i situationer där det förekommer våld i anknytningsrelationen. Denna artikel begränsas dock till skyddsregeln i UtlL 5:16 3 st. 2 p.

31 ”Utlänningen” är det begrepp som används i UtlL och som i detta sammanhang är en benämning för personen som fått uppehållstillstånd på grund av anknytning.

32 UtlL 5:16 3 st. 2 p.

de två villkoren i lagtexten, behöver uppfyllas för att skyddsregeln ska bli tillämplig:

3. Våldet/kränkningen måste ha en viss omfattning. Endast ”bagatellartade övergrepp”<sup>33</sup> räcker inte och vid bedömningen ska hänsyn tas till om det varit en enstaka händelse eller upprepade övergrepp. Man ska se till under vilka omständigheter övergreppet ägt rum och hur allvarligt våldet var.<sup>34</sup>

4. Sammanboendet mellan kvinnan och mannen ska inte ha varit ”helt kortvarigt”.<sup>35</sup> Hur länge sammanboendet måste ha varat framkommer inte men ur praxis<sup>36</sup> kan man utläsa att fyra månader är för kort tid och nio månader kan vara tillräckligt lång tid. Detta är dock osäkert.<sup>37</sup>

5. Det bör inte ha förflutit lång tid mellan det utövade våldet och förhållandets upphörande. Om det bedöms att det har förflutit för lång tid mellan våldet och förhållandets upphörande talar det för att förhållandet inte upphört på grund av våldet.<sup>38</sup>

6. Förhållandet ska ha varit seriöst från början.<sup>39</sup>

För att skyddsregeln i UtlL 5:16 3 st. 2 p. ska vara tillämplig krävs att det är *sannolikt* att övergrepp förekommit. Det ställs inte några formella krav på vilken dokumentation som krävs men polisanmälningar, läkarintyg eller intyg från sociala myndigheter och kvinnojourer bör kunna vara till ledning vid bedömningen av om det är sannolikt att våld förekommit.<sup>40</sup>

---

33 Vad som skulle kunna utgöra s.k. ”bagatellartade övergrepp” framgår inte i propositionen.

34 Prop. 1999/2000:43, s. 54.

35 A.a., s. 54.

36 Se UN 99-2000 och UN 390-00 där fyra månaders sammanboende ansetts vara ”helt kortvarigt”. I UN 418-00 ansågs nio månaders sammanboende vara tillräckligt.

37 SOU 2012:45, s. 181.

38 Prop. 1999/2000:43, s. 54.

39 Prop. 1999/2000:43, s. 54. Definitionen av ett ”seriöst” förhållande framgår inte i propositionen men formuleringen skulle kunna ta sikte på att det inte ska röra sig om ett s.k. skenförhållande som enbart ingåtts för att den ena parten ska erhålla uppehållstillstånd i Sverige. Vid bedömningen av förhållandets seriositet ska det tas i beaktande bl.a. hur länge parterna känt varandra, deras kontakter under den tiden och kunskap om varandra, förmågan att kommunicera på ett gemensamt språk m.m. För mer om bedömningen se prop. 1999/2000:43, s. 22.

40 Prop. 1999/2000:43, s. 54.

Vidare har fler kriterier, utöver de redan nämnda, tillkommit i Migrationsverkets egna beslut. I ett beslut från juli 2011<sup>41</sup> skriver Migrationsverket följande:

”Den omständigheten att du, trots våldet du utsattes för vid det första tillfället, ändå valde att återuppta förhållandet med din före detta sambo tyder på att det trots allt rörde sig om en mindre allvarlig våldshandling.”<sup>42</sup>

Uttalandet signalerar att våldet bedöms som mildare om kvinnan återvänder till mannen. I ett annat beslut<sup>43</sup> från Migrationsverket har man ställt ytterligare ett krav: om kvinnan vill återropa skyddsregeln måste hon göra det innan det första tillfälliga uppehållstillståndet har löpt ut.<sup>44</sup> Kravet som uppkommit i beslutet är inte förenligt med de föreskrifter som finns i Migrationsverkets handbok där det står att ”[o]m ansökan endast är några dagar försenad finns normalt ingen orsak att ifrågasätta att det endast är fråga om en förlängning”.<sup>45</sup> Migrationsverkets egna tillägg av kriterier kan ses som ett uttryck för det som Henrik Zahle<sup>46</sup> benämner som myndighetsspecifik polycentri, vilket avser det skede där rättskälleutvecklingen går mot en ändring av ”retskildegrundlaget” till mer öppna och skönsmässiga kompetensregler.<sup>47</sup> Enligt Peczeniks rättskällelära får myndighetsbeslut beaktas som en rättsskälla.

### 2.3 SKA, BÖR ELLER FÅR VÅLDET FORTGÅ?

En tillämpning av skyddsregeln i enlighet med Peczeniks rättskällelära kan belysa rättskällelärans följdverkningar. För det första kan den traditionella rättskälleläran såväl som Peczeniks rättskällelära leda till att rättslig argumentation och beslutsfattande görs utifrån ett juridiskt konstruerat underlag som inte alltid är förankrat med verkligheten. Jag menar att kriterierna till skyddsregeln i prop. 1999/2000:43 är olämpliga ur ett genusperspektiv eftersom de bygger på en felaktig bild av hur situationen kan se ut för kvinnor som utsätts för våld i anknytningsrelationer.

Forskning om mäns våld mot kvinnor har visat att uppbrottsprocessen för våldsutsatta kvinnor är svår och invecklad. Det kan av förklarliga skäl ta lång

41 Beslutet är inte offentligt men det är till vissa delar återgett i SOU 2012:45, s. 99.

42 SOU 2012:45, s. 99.

43 Beslutet är inte offentligt men det är till vissa delar återgett i SOU 2012:45, s. 99.

44 SOU 2012:45, s. 99.

45 Migrationsverket, Handbok för migrationsärenden (uppdaterad 2014-05-12), s. 249.

46 F.d. professor i allmän rättslära vid Köpenhamns universitet.

47 Zahle, Henrik, *Polycentri i retskildelæren*. Anders Bratholm et al (red.): *Samfunn. Rett. Rettferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-årsdag* (1986), 752–756, s. 753.



tid innan en kvinna lämnar sin man efter att ha utsatts för våld. Våldets normaliseringsprocess innebär att gränserna i relationen förskjuts och att våldet successivt normaliseras. Detta kan förklara varför en kvinna inte omedelbart lämnar en våldsutövande man.<sup>48</sup> Oftast har övergreppen pågått under en längre tid innan de kommer till myndigheters kännedom.<sup>49</sup> Kunskap om uppbrottsprocessen och våldets normaliseringsprocess är oförenlig med kravet på att det inte bör ha förflutit lång tid mellan våldet och förhållandets upphörande, då detta skulle tala för att förhållandet inte upphört på grund av våldet.

Uttalandena i prop. 1999/2000:43 är i viss mån motsägelsefulla. Av propositionen framgår att om det har gått lång tid mellan våldet och förhållandets upphörande talar detta för att förhållandet inte upphört på grund av våldet. Samtidigt anges att enstaka eller bagatellartade övergrepp inte är tillräckligt allvarligt och att sammanboendet inte får ha varit kortvarigt. Kvinnan måste alltså lämna mannen kort tid efter att hon blivit utsatt för våld för att kunna bevisa att hon lämnat honom på grund av våldet, men samtidigt måste hon ha blivit utsatt för allvarliga övergrepp vid flera tillfällen under en längre tid av sammanboende. Dessa krav är inte bara orimliga utan även oförenliga, vilket medför att få kvinnor uppfyller villkoren. Om kvinnan lämnar mannen kort tid efter att våldet inletts riskerar hon att inte uppfylla kravet på långvarigt sammanboende. Om hon stannar kvar hos mannen trots våldet och därmed uppfyller kravet på långvarigt sammanboende, talar detta för att våldet inte är tillräckligt allvarligt. I detta hänseende är skyddsregelns kriterier i propositionen felkonstruerade och inkompatibla. Här blir det första problemet med Peczeniks rättskällelära synligt; nämligen att det juridiskt konstruerade underlaget kan vara oförenligt med den verkliga situationen som underlaget ska hantera. Effekten blir en skyddsregel med krav som ingen, eller få, skyddsbehövande kan uppfylla.

Det andra problemet med Peczeniks rättskällelära är att det kan leda till oönskade följder att erkänna myndigheters beslut som rättskällor. Att Migrationsverket kan lägga till nya krav i sina beslut kan leda till ett rättsligt och socialt moment 22, där individen är fångad mellan en normativ monocentri och faktisk polycentri. Migrationsverkets tillägg av rekvisit skapar en osäkerhet kring vilka rekvisit som måste vara uppfyllda för att skyddsregeln ska bli

---

48 Se till exempel Holmberg, Carin & Enander, Viveka, *Varför går hon? Om misshandlade kvinnors uppbrottsprocesser*, Kabusa böcker, Ystad (2004/2007/2011) [cit. Holmberg & Enander, *Varför går hon? (2004/2007/2011)*] om uppbrottsprocessen och Lundgren, Eva, *Våldets normaliseringsprocess*, Riksorganisationen för kvinnojourer och tjejjourer i Sverige (ROKS), Stockholm (2004) [cit. Lundgren, *Våldets normaliseringsprocess (2004)*] om normaliseringsprocessen.

49 Se prop. 1997/98:55 *Kvinnofrid*, avsnitt 13:1, s. 75.

tillämplig. Åberopar kvinnan skyddsregeln har hon därmed erkänt att förhållandet har upphört. Om hon skulle få avslag på sin ansökan om uppehållstillstånd har hon inte längre en anknytningsgrund för sitt uppehållstillstånd och riskerar därför utvisning. Stannar hon kvar hos mannen riskerar hon inte bara fortsatta övergrepp utan dessutom utvisning om mannen avbryter förhållandet innan prövotiden löpt ut. Lagstiftningen ställer kvinnan inför ett rättsligt dilemma som hon inte ska behöva ta ansvar för. Det bör, med anledning av dessa kvinnors utsatta situation, inte råda någon osäkerhet kring vilka kriterier som ska uppfyllas för att skyddsregeln ska bli tillämplig.

Hur löser man då detta moment 22? Genom en ännu striktare rättskällehierarki för att uppnå ökad förutsebarhet eller genom ökad flexibilitet? Peczenik ställer sig kritisk till en flexibel rättskällelära:

”Enligt den av uppsalaskolans »rättsrealism» inspirerade s.k. »dynamiska rättskälleläran» [...] är alla faktorer som faktiskt påverkar domstolarna (och andra myndigheter) att, medvetet eller omedvetet, uppställa och följa en viss modell för sitt handlande, att uppfatta som rättskällor. Men denna uppfattning leder till orimliga slutsatser. Några domare kan – åtminstone omedvetet – påverkas av sådana faktorer som fördomar mot politiska motståndare, vacklande hälsa, dåliga familjeförhållanden osv. Är dessa att uppfatta som rättskällor?”<sup>50</sup>

Att tillämpa ett mer flexibelt och kontextuellt perspektiv behöver dock inte nödvändigtvis innebära att en domares familjeförhållanden får rättskällestatus. Ett kontextuellt perspektiv kan istället vara ett sätt att förstå situationer som inte fullt ut kan förstås genom den gängse juridiska metoden. Med en mer flexibel rättskällelära kan man öppna upp argumentationsutrymmet och fatta beslut utifrån ett större underlag. Kanske är en kontextuell analys just det som behövs för att skyddsregeln ska fungera som ett skydd?

### 3. ETT KONTEXTUELLT PERSPEKTIV PÅ RÄTTSKÄLLELÄRAN

#### 3.1 KARHUS KONTEXTUALITETSTEORI

Juha Karhu presenterar kontextualitet som ett alternativt sätt att se på rätten och rättskällor i förhållande till den regelorienterade juridiken. Karhu definierar kontextuell och situationsorienterad juridik som juridik vilken ”tar sin utgångspunkt i det rättsligt relevanta beteendet, inte i reglerna”.<sup>51</sup> Det innebär

<sup>50</sup> Peczenik, *Vad är rätt?* (1995), s. 211.

<sup>51</sup> Karhu, Juha, *Kontekstualitet och en (post)modern rättskällelära – ett finskt utkast*, Retfærd nr 1/16

att man kan inleda den juridiska analysen i verkligheten och först efter att situationen klarlagts avgöra vilka rättsregler som är relevanta.<sup>52</sup>

Karhu förkastar dock inte själva idén om rättskällevärdet. Han menar att kontextualiteten och den regelorienterade juridiken inte utesluter varandra, utan att de metoder som används i den regelorienterade juridiken kan spela en viktig roll i den kontextuella juridiska analysen. För att avgöra om sådana metoder är användbara bör deras användbarhet i den konkreta situationen prövas. Karhu betecknar detta tankesätt som presumtiv kontextualism.<sup>53</sup> Karhu skriver:

”Att tala om en rättskällevärdet (också) när det är fråga om ett kontextuellt juridiskt tänkande betyder att man försöker utveckla en kärndimension i den polemiska motståndaren, d v s i den lagbaserade och lagtrogen ideologin, att vara till nytta för en opponerande uppfattning.”<sup>54</sup>

Enligt Karhu är ett av de centrala kraven för modern juridik att rättsliga avgöranden grundas på en öppen argumentation som baseras på relevant underlag.<sup>55</sup> Genom att utöka beslutsunderlaget öppnar man också upp argumentationsutrymmet och bedömningen kan göras på ett mer verklighetsförankrat underlag. Karhu beskriver hur rättsvetenskapens normativa perspektiv på rätten leder till slutsatsen att ”[j]uridikens anknytning till verkligheten är normerande och klassificerande, inte beskrivande eller förklarande”.<sup>56</sup> Tanken om att verkligheten bör analyseras av andra vetenskaper än juridiken stöds också av den dualistiska grundidén.<sup>57</sup>

### 3.2 SKYDDSREGLN GENOM KARHUS KONTEXTUALITET

Kontextualism och situationsorientering behövs enligt Karhu även för den moderna rättens styrningseffekt.<sup>58</sup> Han beskriver hur lagstiftaren har blivit alltför pratsam till följd av förrättsligandet som sker när allt fler företeelser blir föremål för rättslig reglering. Förrättsligandet leder till en normöversvämning vilket innebär att samma situation regleras mer än en gång. Karhu menar att ”[d]en moderna rätten karaktäriseras av att *samma* situation regleras av många

---

(2007), 22–37, s. 23.

52 A.a., s. 36.

53 A.a., s. 23.

54 A.a., s. 31.

55 A.st.

56 A.a., s. 26.

57 A.st.

58 A.a., s. 23.

*olika* regler som har sitt ursprung i olika reglerings- och styrningsintressen”.<sup>59</sup> Skyddsregeln i UtlL 5:16 3 st. 2 p. är ett bra exempel på detta då den tar sikte på en situation som redan finns reglerad i andra lagar. Allt våld som kan klassas som misshandel är kriminaliserat enligt brottsbalken<sup>60</sup> och relationsvåld mot kvinnor anses vara särskilt allvarligt i och med kvinnofridslagstiftningen.<sup>61</sup> De kriterier som uppställs i prop. 1999/2000:43 vittnar om en syn på mäns våld mot kvinnor som skiljer sig avsevärt från den förståelse som ligger bakom brottet grov kvinnofridskränkning.<sup>62</sup>

Med en kontextuell analys av tvåårsregeln och dess tillhörande skyddsregel i UtlL 5:16 3 st. 2 p. skulle bedömningen av skyddsregeln kunna se avsevärt annorlunda ut än vid en tillämpning av Peczeniks rättskällelära. Alla kriterier som är uppställda i propositionen skulle inte behöva vara uppfyllda. Den utsatta kvinnans verklighet skulle istället ligga till grund för en bedömning om huruvida kvinnan bör ges permanent uppehållstillstånd eller inte. En kontextuell analys kan lösa de problem som förrättsligandet och normöversvämmningen medför eftersom exempelvis en lagändring av föräldrad lagstiftning inte behövs inväntas. Mer relevant underlag kan istället beaktas vid en bedömning i det enskilda fallet. Den forskning som finns om våldets normaliseringsprocess och uppbrottsprocessen kan förklara varför en misshandlad kvinna inte har dokumenterat sina skador, sökt hjälp eller lämnat sin man.<sup>63</sup> Om kvinnans behov av skydd bedömdes utifrån den kunskap som finns om våld mot kvinnor i nära relationer, istället för utifrån kriterierna i propositionen, skulle fler våldsutsatta kvinnor kunna få permanent uppehållstillstånd genom skyddsregeln och slippa leva med våld på grund av rädsla för utvisning. Exempelvis kan den kunskap som finns inom kvinnojouren och andra organisationer<sup>64</sup> som arbetar med våldsutsatta kvinnor tas tillvara vid dessa beslut. Organisationernas rapporter skulle därmed kunna användas som en rättskälla.

### 3.3 KONTEXTUALITETENS BEGRÄNSNINGAR

Även om Karhus kontextualitetsteori innebär mer flexibilitet än Peczeniks rättskällelära kvarstår, enligt mig, en del oklarheter. Vem avgör hur en situa-

59 A.a., s. 24.

60 BrB 3:5.

61 BrB 4:4 a 2 st.

62 Se avsnitt 4 för en mer utförlig diskussion.

63 Se till exempel Holmberg & Enander, *Varför går hon?* (2004/2007/2011) om uppbrottsprocessen och Lundgren, *Våldets normaliseringsprocess* (2004) om normaliseringsprocessen.

64 Ett exempel är kvinnojouren Terrafem som länge har fört opinion mot tvåårsregeln. Terrafem har Sveriges enda rikstäckande jourtelefon för kvinnor med utländsk bakgrund och möter många våldsutsatta kvinnor som har uppehållstillstånd på grund av anknytning. Se till exempel <http://feministiskperspektiv.se/2014/07/04/avskaffa-tvaarsregeln/>, publicerad 2014-07-04, senast besökt 2014-08-18.

tion ska förstås? Vilka intressen ska ges företräde i en kontext där det finns flera motstridiga intressen? Jag menar att skyddsregeln i UtlL kan ses som en lösning på en konflikt mellan två skilda intressen; dels intresset av att skydda kvinnor från övergrepp och främja kvinnofrid, dels statens intresse av att begränsa invandringen och förhindra skenäktenskap.<sup>65</sup> Lagstiftaren har genom principen om uppskjuten invandringsprövning velat förhindra missbruk av rätten till invandring men har samtidigt poängterat att det inte ska ske på bekostnad av kvinnor som misshandlas. Syftet med skyddsregeln är enligt propositionen att förhindra att kvinnor som utsätts för våld i anknytningsrelationer stannar i ett våldsamt förhållande av rädsla för utvisning.<sup>66</sup> En kompromiss mellan de ovan nämnda intressena har resulterat i en skyddsregel som i praktiken inte tillhandahåller något skydd. Skyddsregeln skulle med en kontextuell analys likväl kunna förstås utifrån ett invandringspolitiskt perspektiv där förhindrandet av skenäktenskap är i fokus. Den kontextuella analysen är svårtillämpbar om den inte samtidigt anger ur vilket perspektiv kontexten ska förstås. Det kontextuella perspektivet kan därmed behöva begränsas för att fungera tillfredställande.

Kanske är Karhus text *”Det rättsliga ansvarets grunder i det senmoderna samhället”* ett försök till att avgränsa den kontextuella juridiken genom att presentera en minsta gemensam nämnare för vad man universellt kan betrakta som korrekt beteende. Karhu menar att det finns grundläggande etiska principer som gäller även under senmoderna förhållanden. Människovärde och frihet är två sådana principer.<sup>67</sup> En begränsning av kontextualiteten genom grundläggande fri- och rättigheter kan vara ett sätt att förhindra att rättslig argumentation öppnas upp på ett sätt som missgynnar svaga och utsatta grupper i samhället. Mänskliga rättigheter skulle kunna utgöra en måttstock eller den yttersta ramen för vad den kontextuella analysen får innehålla. Samtidigt är begränsningen genom mänskliga fri- och rättigheter inte optimal. Olika fri- och rättigheter kan hamna i konflikt med varandra och synen på vad som utgör grundläggande fri- och rättigheter, vilka rättigheter som är mest skyddsvärda o.s.v. kan skilja sig mellan olika kulturer. Vems syn på fri- och rättigheter bör användas för att begränsa den kontextuella juridiken? Det finns vissa kulturella kontexter inom vilka grundläggande fri- och rättigheter inte respekteras. Var går gränsen för vilka ”avvikande” kulturella kontexter vi ska beakta?

---

65 Den här frågan väcker följdfrågor om invandringspolitiken i stort men jag lämnar det öppet inom ramen för den här artikeln.

66 Prop. 1999/2000:43, s. 53.

67 Karhu, Juha, *Det rättsliga ansvarets grunder i det senmoderna samhället*, JFT (2009), 3–4: 351–362, s. 353.

Kontextualiteten kan förvisso behöva begränsas för att skydda till exempel olika minoritetsgrupper i samhället,<sup>68</sup> men med den utgångspunkten riskerar vi att förbise kontextualitetsteorins fulla potential. Enligt mig kan kontextualitet utgöra ett minoritetsskydd genom att kontexten förstås utifrån minoriteters intressen. I detta avseende blir synen på rättssubjektet central. I det följande avsnittet undersöker jag rättssubjektet för att utveckla teorin om kontextualitet som minoritetsskydd.

#### 4. KONTEXTUALITET SOM MINORITETSSKYDD – OM SYNEN PÅ RÄTTSSUBJEKTET

Vid tillämpning av Peczeniks rättskällelära finns risken att mångfald förbises och att vissa samhällsgruppers intressen därmed inte bedöms som rättsligt relevanta. Samtidigt kan en kontextualitet som avgränsats genom mänskliga fri- och rättigheter innebära att man tillämpar majoritetsbefolkningens syn på mänskliga fri- och rättigheter, vilket inte alltid överensstämmer med den syn på fri- och rättigheter som råder inom olika minoritetsgrupper. Det skulle innebära att en kontextuell analys leder till just det som den syftar till att motverka, d.v.s. en analys utifrån en på förhand konstruerad verklighet. En kontextuell analys behövs allra mest för dem vars intressen inte finns tillgodosedda i lagstiftningen – för dem som inte är rättssubjekt eller som avviker från bilden av ett rättssubjekt. Jag menar att det är de individer och grupper som inte passar in i den positiva rättens mall som behöver kontextualitet som mest. Kontextualitet skulle på så sätt kunna fungera som ett minoritetsskydd. För att kunna utveckla teorin om kontextualitet som minoritetsskydd är en undersökning av rättssubjektet nödvändig. Vilka individer erkänns som rättssubjekt?

Den gängse innebörden av begreppet rättssubjekt är att ”rättssubjektet betecknar en person med förmågan att vara bärare av rättsligen skyddade intressen, i form av rättigheter och skyldigheter, och som därmed har rättskapacitet”.<sup>69</sup> Definitionen är dock inte problemfri. Håkan Gustafsson knyter an begreppet till den monocentriska synen på rätten:

”Trots att varje individ i egenskap av människa är ett rättssubjekt, så kringgärdas dess fulla potentialitet således av rättens benämningssmakt. Med andra ord är den moderna rättssubjektivitetens hemvist förankrad i det moderna rättsvetandet och stöds dess-

<sup>68</sup> Såsom våldsutsatta kvinnor som omfattas av UtlL 5:16 3 st. 2 p.

<sup>69</sup> Gustafsson, Håkan, *Persona non grata? Festskrift till Juha Karhu 1953-6/4-2013* (2013), 27–57 [cit. Gustafsson, *Persona non grata?* (2013)], s. 30.

utom av centrala postulater om autonomi, koherens och förutsebarhet. Alltså: Rättssubjektets föregivna enhetliga (själv)identitet sammanfaller med antagandet om rättens enhet och uppträder historiskt på scenen samtidigt med rättspositivismens monocentriska enhetsfilosofi.”<sup>70</sup>

Frågan om vad ett rättssubjekt egentligen är kan problematiseras och utvecklas i förhållande till den gängse definitionen. Huvudproblemet kan förstås som att det konstituerade subjektet inte alltid är detsamma som det reella subjektet. Det reella subjektet kan behöva uppträda på ett visst sätt eller ha vissa egenskaper för att åtnjuta ställningen som rättssubjekt. Håkan Gustafsson har beskrivit detta genom att göra en uppdelning mellan *allmän rättssubjektivitet* och *särskild rättssubjektivitet*. Den allmänna rättssubjektiviteten har vi i egenskap av att vara människor medan den särskilda rättssubjektiviteten innebär att vissa individer blir tillerkända rättigheter eller skyldigheter beroende på till exempel den historiska kontexten eller lagstiftaren.<sup>71</sup> Gustafsson utvecklar detta:

”Här föreligger tydligtvis en bindning till de (ekonomiska, politiska, kulturella) strukturer som vid en given samhällslig situation tilldelar subjektet vissa rättigheter och rättsförmågor, samtidigt som de begränsar rättssubjektivitetens fulla förverkligande. Vi står därmed inför en möjlig divergensproblematik om hur väl rättssubjektet förhåller sig till det reella (samhällsliga) subjektet.”<sup>72</sup>

Vem är då rättssubjektet i prop. 1999/2000:43 och dess kriterier för tillämpning av skyddsregeln? Att det är en kvinna utan permanent uppehållstillstånd och att kvinnan har blivit misshandlad är uppenbart, men vad vet vi mer om henne? För det första får vi en antydning om att denna kvinna bör tolerera en viss grad av våld. Som tidigare nämnts finns det i prop. 1999/2000:43 ett krav på att våldet/kränkningen måste ha en viss omfattning för att skyddsregeln ska bli tillämplig. Det krävs mer än bagatellartade övergrepp och övergreppet ska ses i sitt sammanhang.<sup>73</sup> Man laborerar här med en form av accepterat våld. Detta synsätt står i skarp kontrast mot regleringen av grov kvinnofridskränkning<sup>74</sup>, där mäns våld mot kvinnor i relationer lyfts fram som särskilt allvarligt. Diskrepansen mellan synen på misshandel i propositionen till skyddsregeln i

---

70 A.a., s. 31.

71 A.a., s. 30.

72 A.st.

73 Prop. 1999/2000:43, s. 54.

74 BrB 4:4 a 2 st.

UtlL och synen på misshandel/grov kvinnofridskränkning i brottsbalken ger intryck av att utländska kvinnor utan permanent uppehållstillstånd skulle tillhöra en egen, mindre skyddsvärd, kategori av kvinnor.<sup>75</sup> Denna diskrepans kan givetvis bero på att propositionen till UtlL helt enkelt inte är uppdaterade i samma mån som regleringen i brottsbalken. Det påvisar i så fall vikten av en mer flexibel och kontextuell analys.

Vad vet vi mer om den misshandlade kvinnan utan permanent uppehållstillstånd? Vi vet att hennes sammanboende med mannen inte får ha varit helt kortvarigt och att förhållandet ska ha varit seriöst från början. Det bör inte heller ha förflutit lång tid mellan våldet och förhållandets upphörande.<sup>76</sup> I dessa kriterier finns en rad antaganden invädda. Jag menar att ett grundantagande är att kvinnan enbart inlett förhållandet med mannen för att kunna komma till Sverige och hon måste därför visa att hon inte har utnyttjat mannen för att få uppehållstillstånd. Ovanstående kriterier tar inte sikte på huruvida kvinnan har blivit utsatt för misshandel eller inte. De är kriterier *utöver* misshandeln. Det räcker alltså inte att konstatera att kvinnan har blivit misshandlad utan kvinnan måste därutöver visa att hon är ”rätt sorts kvinna” för att göra sig förtjänt av skydd. Här gör sig rättens dikotomier synliga. Jenny Westerstrand<sup>77</sup> har skrivit om ”den splittrade kvinnligheten”.<sup>78</sup> Enligt Westerstrand kan man antingen vara rätt sorts kvinna eller fel sorts kvinna. Dikotomierna gör sig även synliga mellan könen där dikotoma könsrelationer enligt Westerstrand kännetecknas av en splittrad kvinnlighet och en sammanhållen manlighet. På så sätt konstrueras könen som varandras motsatser och detta könsskapande är samtidigt reproducerande. Om detta skriver Gustafsson att:

”Det rättsliga språkets dikotomier: de återger inga reella förhållanden i ’verkligheten’, utan re-/producerar en *juridisk* eller rättsliggjord ’verklighetsrelation’ – ett överbyggnadsförhållande – mellan individerna, eller just rättssubjekten.”<sup>79</sup>

Ytterligare ett exempel på det rättsliga språkets dikotomier finner vi i det uttalande i propositionen där det görs skillnad mellan grovt och lindrigt våld.<sup>80</sup> Det visar på en splittrad syn på våldet istället för ett sammanhållet perspektiv

75 SOU 2012:45, s. 98.

76 Prop. 1999/2000:43, s. 54.

77 Jur. dr i folkrätt vid Uppsala universitet.

78 Westerstrand, Jenny, *Mellan mäns händer. Kvinnors rättssubjektivitet, internationell rätt och diskurser om prostitution och trafficking*, Uppsala universitet, Uppsala (2008), s. 43.

79 Gustafsson, *Persona non grata?* (2013), s. 36.

80 Prop. 1999/2000:43, s. 54.



där våldet förstås genom en strukturell analys. Denna kluvenhet leder även till en uppdelning mellan olika rättssubjekt.

Tvåårsregeln och dess tillhörande skyddsregel kräver ett starkt subjekt som kan ta vara på sina rättigheter och agera som det rättssubjekt som eftersöks.<sup>81</sup> Jag menar att kriterierna i propositionen ger intryck av att det är kvinnan som bär ansvaret för våldet då hon måste visa att hon inte gjort sig förtjänt av det genom att vara fel sorts kvinna. Att ett rättssubjekt är konstituerat på ett visst sätt innebär dock inte att det är determinerat. Gustafsson menar att frågan inte är ”vilken ’inneboende mening’ subjektet har, utan hur det inskrivs i en kulturell och kunskapsmässig kontext som i sig alltid är gränssättande (och exkluderande), och denna kontext kan *alltid* förstås annorlunda”.<sup>82</sup> Med ett kontextuellt perspektiv på rätten kan kontexten i vilken individen befinner sig förstås utifrån det reella subjektets premisser.

Synen på rättssubjektet enligt skyddsregeln är ett tydligt exempel på att vissa individers intressen i vissa situationer inte alltid finns representerade i det underlag som utgörs av den gängse rättskälleläran. Rättssubjektet är konstituerat utifrån en enhetstanke som inte lämnar mycket utrymme för beaktande av mångfald. Olika minoritetsgrupper i samhället riskerar således att inte få sina intressen tillgodosedda (inte ens genom lagstiftning som ämnar skydda deras intressen) eftersom de inte återspeglar den rådande synen på rättssubjektet. Här menar jag att kontextualitetsteorin kan spela en viktig roll. Kontextualitet kan fungera som ett minoritetsskydd i den bemärkelsen att det kan användas för att utvidga beslutsunderlaget *till fördel* för det skyddsvärda rättssubjektet, jämfört med om enbart till exempel Peczeniks rättskällor hade beaktats. Synen på rättssubjektet kan vara ett av problemen med rättskälleläran. De rättssubjekt som avviker från det konstituerade rättssubjektet, till exempel olika minoritetsgrupper, kan genom kontextualitet bli förstådda och synliggjorda.

## 5. FRAMÅTBlick OCH ”PARTSKONTEXTUALITET”

Den gängse juridiska metoden begränsar vårt rättsliga argumentationsutrymme och det rättsliga beslutsunderlaget. Peczeniks rättskällelära medför att

---

81 Dessa kvinnor har dessutom en dubbel utsatthet i och med att de är både våldsutsatta och saknar permanent uppehållstillstånd. Detta leder till en rad följdproblem, såsom att de befinner sig i en beroendeställning till mannen, att de sannolikt inte har lika stora kunskaper om sina rättigheter i det svenska rättssystemet som en kvinna som har bott i Sverige en längre tid och att de riskerar att bli utsatta för diskriminering när de söker hjälp. Det finns här en komplexitet som kräver vidare forskning.

82 Gustafsson, *Persona non grata?* (2013), s. 45.

beslut kan komma att fattas utifrån ett juridiskt konstruerat underlag som inte alltid är förankrat i verkligheten eller är det mest relevanta.

Kontextualitetsteorin har presenterats som ett motgift mot den utbredda rättsdogmatiska synen på rättskällor. Kontextualitetsteorin tycks dock inte vara ett framtida botemedel mot den rådande rättsdogmatiken. Kontextualitet som metod verkar snarare redan tillämpas i stor utsträckning vid rättsligt beslutsfattande. Det inledande citatet till denna artikel indikerar att beslutsfattare beaktar allt som de finner vara relevant beslutsunderlag men tolkar kontexten utifrån ett *visst perspektiv* och *vissa intressen*. Att enbart förstå en situation i sin kontext medför alltså inte automatiskt att beslutsunderlaget blir mer verklighetsförankrat eller varierat. Man måste fråga sig *vem* det är som uppfattar situationen. Kontextualitet kan likväl användas för att förstärka den regelorienterade juridiken. Vi kan kalla det för ett slags ”partskontextualitet” där kontextualiteten används i syfte att stärka den egna argumentationen snarare än för att förstå nyanserna och alternativa synsätt. Det går inte att förstå en kontext utan att beakta att det kan finnas flera motstridiga intressen i kontexten. Ur vems perspektiv ska kontexten förstås?

För att kunna se kontextualitetsteorins potential kan analysen ske med utgångspunkt i rättssubjektet. Istället för att begränsa kontextualiteten på ett sätt så att den inte *skadar* minoritetsgrupper kan vi använda den just för att *tillgodose deras intressen*. Genom att använda kontextualiteten som ett minoritetsskydd kan kontexten förstås utifrån ett intresse som inte finns representerat i den gängse metoden och kanske är det först då som vi börjar närma oss kontextualitetsteorins fulla potential. 