
MÅRTEN SCHULTZ

Skadeståndsrätt och feminism

2006-07 NR 2



SÄRTRYCK UR JURIDISK TIDSKRIFT

Skadeståndsrätt och feminism*

1. Inledning

I en av sina sista artiklar, såvitt jag känner till den allra sista, observerar den framstående amerikanske skadeståndsteoretikern Gary Schwartz att det från slutet av 1980-talet växt fram en mängd litteratur inom ett tredje synsätt på skadeståndsrätten, ett synsätt som kan ses som ett alternativ till de två tidigare dominerande skolorna rättsekonomi och teorin om korrektiv rättvisa.¹ Detta tredje synsätt företräds (med ett undantag) av en grupp amerikanska kvinnliga juristprofessorer som är explicit feministiska.² Det är med andra ord författare som själva betecknar sig som feminister och som uttryckligen tar detta synsätt till utgångspunkt för en analys av skadeståndsrätten. Schwartz noterar att den stora rättsvetenskapliga litteratur som växt fram under den feministiska etiketten inte kommenterats eller utvärderats av någon utanför det feministiska lägret, trots att den feministiska analysen av skadeståndsrätten vid tidpunkten för Schwartz artikel pågått i närmare femton år. När det gäller feministiska perspektiv inom rättsvetenskapen i allmänhet kan Schwartz observation överföras till en svensk kontext: Allt mer rättsvetenskaplig forskning med feministiska eller ”genusorienterade” perspektiv publiceras i Sverige, inom allt fler områden. Men få utanför de redan intresserade skara tar notis om forskningsresultaten.³ Som ett exempel kan tas att om man går igenom titlarna i Juridisk tidskrifts (JT) artikeldata från de senaste åren finns det ingen artikel publicerad i huvuddelen som ger intryck av att ha några feministiska eller genusorienterade perspektiv, och det trots att JT får sägas vara Sveriges ledande tidskrift när det gäller djupare

* Artikeln bygger på ett föredrag som hölls vid ett symposium i allmän rättslära som hölls på Rättsgenetiska institutet, Stockholm, den 21 oktober 2004. Ett varmt tack till symposiets deltagare för kritiska synpunkter på de ofullständiga tankar som presenterades.

¹ Schwartz beskriver dessa två sistnämnda approacher och försöker hitta gemensamma grunder mellan dem i en tidigare artikel, se Gary T. Schwartz, *Mixed Theories of Tort Law: Affirming Both Deterrence and Corrective Justice*, 75 *Texas Law Review*, s. 1801 ff. (1996–1997).

² Gary T. Schwartz, *Feminist Approaches to Tort Law*, Vol. 2, *Theoretical Inquiries in Law* (Online edition), no. 1, article 6 (2001), <http://www.bepress.com/til/default/vol2/iss1/art6>. (Jag följer här tidskriftens rekommendation för hur citering bör ske.) Med att dessa föreläsare är ”explicit feministiska” avses att de själva kallar sig för just feminister. Därför kommer jag främst nedan att använda just uttrycket ”feminism” som beteckning, istället för den i Sverige kanske vanligare beteckningen ”genus och rätt”.

³ Eva-Maria Svensson noterar i sin avhandling (från 1997) att ämnet kvinnorrätt funnits med i den nordiska rättsvetenskapen i 20 år men trots detta inte fått något större genomslag i juristutbildningen eller traditionell rättsvetenskaplig forskning, se Eva-Maria Svensson, *Genus och rätt*, Uppsala 1997, s. 13.

rättsvetenskaplig analys. De feministiska perspektiven på rätten är främst en affär för de redan initierade. När det gäller skadeståndsrätten kan det dessutom konstateras att de feministiska perspektiven hitintills lyser med sin frånvaro i svensk rättsvetenskap över huvud taget.⁴ Det här är ett tecken på den frånvaro av utanförperspektiv på skadeståndsrätten (t.ex. rättviseperspektiv, queer-perspektiv, klass-perspektiv, ”ras-perspektiv”, samt rättsekonomiska perspektiv) som jag i ett annat sammanhang beskrivit ett fattigdomstecken i svensk rättsvetenskap.⁵

Schwartz artikel visar på vikten av att även vi som betraktar oss som i någon mening traditionella skadeståndsrättsjurister lyfter blicken från de vanliga texterna och även börjar intressera oss för de impulser som kan erhållas från exempelvis feministiskt håll. Den feministiska analysen av rätten är en alldeles för viktig och intressant verksamhet för att lämnas enbart åt forskare som kallar sig själva för feminister. En insikt om att dessa impulser från externa perspektiv kan berika den skadeståndsrättsliga diskursen (ett hemskt modeord, egentligen) innebär inte att vi måste acceptera alla de argument som framförs från feminister eller vilka det nu kan vara. Tvärtom. Personligen är jag djupt skeptisk mot vissa grundantaganden som präglar många av de feministiska undersökningar av skadeståndsrätten som jag tagit del av. Detta gäller särskilt förskjutningen från ett individuellt till ett kollektivt eller kollektivistiskt synsätt som präglar många feministiska skadeståndsrättsliga framställningar,⁶ samt föreställningen om patriarkatet som en ofalsifierbar tes.⁷ Men min skepsis är välvillig – feminis-

⁴ Åtminstone såvitt jag känner till. En utmärkt inledning till den feministiska, rättsvetenskapliga litteraturen är den rapport för Högskoleverket som skrivits av Eva-Maria Svensson, *Genusforskning inom juridiken*, 2 uppl., Stockholm 2001. I denna rapportens bibliografi (på s. 35 ff.) – som även inkluderar litteratur från övriga nordiska länder – finns inga skadeståndsrättsliga verk upptagna. Över huvud taget är det magert med förmögenhetsrättsliga ämnen.

⁵ Se Mårten Schultz, *Skadeståndsrätt och skatterätt*, JT 2003–04, s. 657 f. Med ”utanförperspektiv” menar jag främst perspektiv som utgår från dels en annan problemformulering än traditionella synsätt, dels andra metoder än den traditionellt rättsdogmatiska.

⁶ Denna förskjutning kan kritiseras ur flera perspektiv. Dels kan den kritiseras utifrån moraliska eller normativa synvinklar – att ett kollektivistiskt perspektiv i sig moraliskt ohållbart. Dels kan den kritiseras för att en analys som har sådana förutsättningar missar det centrala eller grundläggande med undersökningsobjektet. En kollektiv syn på skadeståndsrätten kan således kritiseras för att den inte tar hänsyn till individer i tillräcklig utsträckning och därmed är moraliskt ohållbar, men den kan också kritiseras för att den inte kan förklara skadeståndsrättens fundamentala strukturella och materiella egenskaper. Den första invändningen hänger samman med bedömarens personliga moraliska och politiska uppfattningar medan den andra snarast hänger samman med synsättet på de normer som redan finns inbyggda i det skadeståndsrättsliga systemet. Se om dessa distinktioner Jules L Coleman, *Tort Law and Tort Theory. Preliminary Reflections on Method*, i Gerald Postema (red.), *Philosophy and the Law of Torts*, Cambridge 2001, s. 183 ff. Se även Jules Coleman, *The Practice of Principle*, Oxford 2001, s. 3 ff.

⁷ Åtskilliga argument mot hur begreppet ”patriarkatet”, eller ”patriarkala strukturer”, används ges i Richard A. Epstein, *Liberty, Patriarchy, and Feminism*, 1999 University of Chicago Legal Forum, s. 89 ff. Epsteins artikel bemöts i Andrew Koppelman, *Feminism and Libertarianism: A Response to Richard Epstein*, 1999 University of Chicago Legal Forum, s. 115 ff.

tiska perspektiv, liksom andra perspektiv, behövs i den svenska rättsvetenskapliga diskussionen och ju fler sådana externa synsätt desto bättre. Det är just genom att ta del av nya infallsvinklar som förståelsen av rätten blir djupare och mer nyanserad och det gäller särskilt infallsvinklar som man inte håller med om.

Egentligen borde inte jag skriva den här artikeln. Den borde skrivas av någon med djupa kunskaper i den rika teoribildning som utvecklats inom feministisk rättsteori. Men eftersom jag nu väntat på en sådan undersökning i flera år utan att se skymten av den så må jag kanske vara ursäktad för försöket att skriva något själv. För den forskare som är drillad i feministisk teori framstår säkert nedanstående reflexioner som antingen självklara eller missvisande. Å andra sidan är det nog principiellt lämpligt att även den feministiska kritiken av skadeståndsrätten behandlas av oss som har traditionella utgångspunkter.

1.1 Det finns inte *en* feminism!

I inledningen ovan så antydde en invändning mot ett grundantagande i den feministiska analysen av skadeståndsrätten, nämligen att detta synsätt inte fångar skadeståndsrättens individualistiska karaktär. Man kan av detta måhända få intryck av att det finns en enhetlig feministisk skolbildning, eller i vart fall en enhetlighet i den feministiska analysen av skadeståndsrätten. Detta är emellertid inte fallet. Precis som med frukostflingor kommer feminismen i många smaker.⁸ För den som är intresserad av feministiska infallsvinklar blir det därför en fråga om att välja vilken smak som man är sugen på. Just mångfalden i de feministiska synsätten i den rättsvetenskapliga debatten är också något som brukar framhållas.⁹ Feministisk rättsvetenskaplig forskning är inte en homogen företeelse: Det finns inte *en* feministisk analys av skadeståndsrätten utan många, vitt skilda synsätt, även om det naturligtvis finns vissa inslag som förekommer mer frekvent än andra.¹⁰ Därtill har fokus för den feministiska forskningen förändrats genom åren.¹¹ Finns det då ingenting gemensamt för de samtida feministiska synsätten?

⁸ Den här trevliga metaforen har jag knyckt från Brian Bix som använder den i en diskussion om rättspositivismen, se Brian Bix, *Patrolling the Boundaries: Inclusive Legal Positivism and the Nature of Jurisprudential Debate*, 12 *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, s. 17 (1999).

⁹ Så till exempel i Benders banbrytande artikel *A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort*, 38 *Journal of Legal Education*, s. 3 ff., på s. 5 (1988): "There are many feminisms, all with distinctive priorities."

¹⁰ Att använda *ett* samlande uttryck – feminism – för dessa heterogena aktiviteter har ibland uppfattats som problematiskt, se vidare exempelvis Katharine T. Bartlett, *Feminist Legal Methods*, 103 *Harvard Law Review*, s. 829 ff., särskilt s. 833 ff. (1989–90).

¹¹ Eva-Maria Svensson talar om tre olika genusperspektiv – kvinnorrätten; kvinnoperspektiv på rätten; och genus och rätt – som kan existera samtidigt men noterar också att en förskjutning har skett från kvinnorrättsliga perspektiv till perspektivet genus och rätt. Se Eva-Maria Svensson, *Genusforskning inom juridiken*, 2 uppl., Stockholm 2001, s. 12 ff. Chamallas beskriver ur ett amerikanskt perspektiv tre olika "moves" i den feministiska rörelsen, den första karakteriserades

Finns det inga särskilda karakteristika utan vilka det vore konstigt att betrakta en undersökning som feministisk? Jo då.

Ett kriterium för att en undersökning skall kunna kallas feministisk är att den på något vis tar hänsyn till vad som i brist på bättre uttryck kan kallas för kvinnors erfarenheter eller i vart fall tar intryck av könsrelationer. Men att kvinnor eller könsrelationer förekommer i framställningen gör inte i sig den till en feministisk framställning. Det krävs rimligtvis något mer för att göra en undersökning feministisk.¹² Frågan är: vad? Är ”feminism” en etikett vi sätter på arbeten som har en viss metod – som ställer vissa särskilda typer av frågor – eller är det ett namn på undersökningar som kommer till vissa särskilda slags resultat? En allmän uppfattning tycks vara att feminism i rättsvetenskapliga sammanhang i första hand (men inte enbart) är en beteckning för *ett metodologiskt synsätt*. Vad en feministisk metodologi mer konkret kan ställa för krav på forskaren är emellertid svårare att sätta fingret på. Att det inte finns någon enhetlig metodologi behöver naturligtvis inte vara något negativt. Gemenskapen bland rättsvetenskapens feminister kan sägas ligga mer i problemformuleringen än i en enhetlig syn på hur problemen rent tekniskt skall analyseras.

1.2 Ett försök till kategorisering

Det finns olika förslag på hur man kan kategorisera feministiska rättsteorier.¹³ En uppdelning kan göras mellan liberal, kulturell och radikal feminism.¹⁴ Den *liberalfeministiska skolan* är associerad med kampen för lika rättigheter och den allmänna kampen för jämlikhet. Det är till exempel sådana frågor som att män och kvinnor skall behandlas lika på arbetsmarknaden som stått i fokus. Mer konkret kan en liberalfeministisk inställning ta sig olika uttryck som på den politiska skalan kan placeras såväl långt ut på den frihetliga liberalismkanten som på den socialliberala kanten som angränsar till socialistiska synsätt. Det är en sak att liberalfeminister kan enas om det legitima i anspråket att kvinnor skall

av en skepsis mot könsbaserade distinktioner och generaliseringar, den andra av att försöka blottlägga ”implicit male bias in neutral legal standards” och den tredje av att försöka åstadkomma en högre värdesättning av kvinnliga erfarenheter. Se Martha Chamallas, *Importing Feminist Theories to Change Tort Law*, 11 *Wisconsin Women’s Law Journal*, s. 389 ff. (1996–97).

¹² Se Katharine T. Bartlett, *Cracking Foundations of Feminist Method*, 8 *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, s. 31 ff. (2000).

¹³ Se för det följande Gary Minda, *Postmodern Legal Movements*, New York 1995, s. 134 ff.

¹⁴ En liknande uppdelning har gjorts mellan feminister som utgår från tre principiellt olika utgångspunkter: ”difference”, ”different voice” och ”dominance”, där det finns betydande likheter mellan ”difference”-synsättet och liberala feminister, ”different voice”-synsättet och kulturella feminister och ”dominance”-synsättet och radikala feminister. Se Cass Sunstein, *Feminism and Legal Theory*, 101 *Harvard Law Review*, s. 826 (1988) och Gary Minda, *Postmodern Legal Movements*, New York 1995, s. 303, n. 42.

ha samma rättigheter som män, men det är en annan sak om denna inställning kan legitimera exempelvis positiv särbehandling. *Den kulturella feminismen* som en rättsteoretisk inställning tar Carol Gilligans oerhört inflytelserika forskning kring moralisk utveckling och skillnaderna mellan pojkars och flickors (mäns/kvinnors) syn i värdeteoretiska och moraliska frågor. En tolkning av Gilligans forskning är att man kan påvisa en särskild "kvinnokultur". Kvinnor som grupp utgör en annan kultur än män som grupp, en kultur som omfattar andra värden vilka bygger på kvinnliga erfarenheter från bland annat barnafödande och barnuppfostran. Inom den kvinnliga kulturen fokuseras mindre på abstrakta värden, rättigheter, formaliteter – begrepp som ofta diskuteras under rubriken "rättvisa" – och mer på relationer och kontakter. Ett känt uttryck för det här är att kvinnor omfattar en särskild etik, en "ethics of care". En kritik som riktas mot rättssystemet från denna feministiska front gäller just att systemet lägger för stor vikt vid regler och abstrakta begrepp och inte nog tar hänsyn till kontext. Den tredje "skola" som jag nämnde kan kallas för *den radikala eller dominansinriktade feministiska inriktningen*. Förgrundsgestalt i denna inriktning är Catherine MacKinnon från University of Michigan. MacKinnons tes är att de ojämlikheter mellan könen som existerar i och fortplantas genom rättssystemet inte är ett resultat av en irrationell eller slumpmässig rättsutveckling utan resultatet av ett systematiskt underordnande av kvinnor i samhället. MacKinnon jämför ofta med de roller som tilldelas könen i sexuella sammanhang, inte minst inom pornografin där kvinnor avbildas som passiva, mottagande och underordnade, och menar att samma könsroller frammanas genom rättssystemets mekanismer. Det här kan låta som en väldigt radikal kritik mot rättsordningen och det är det också, men det kan noteras att MacKinnons mer konkreta tankegångar har fått ett stort inflytande i amerikansk rättsbildning. En sådan tankegång är att sexuella trakasserier på arbetsplatsen är ett könsdiskrimineringsproblem – över huvud taget ser MacKinnon diskriminering även i beteenden som inte traditionellt setts som diskriminerande (om än kanske otillåtna eller omoraliska).

1.3 Den rättspolitiska agendan

Ett genomgående drag hos de feministiska författare som utgör underlag för denna artikel är den tydliga rättspolitiska agendan. Syftet är både att utifrån en feministisk metodologi analysera skadeståndsrätten och lyfta fram outtalade fördomar och till synes oskyldiga men de facto-diskriminerande begrepp. Men syftet är också att denna analys skall kunna användas som ett medel för förändring. Leslie Bender, som är ett ledande namn inom skolan, framhåller följande definition: "By feminism I ... mean an analysis of women's subordination for the purpose of figuring out *how to change it*".¹⁵ I svensk rättsvetenskap är ett sådant

¹⁵ Leslie Bender, A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort, 38 Journal of Legal Education,

tydligt ställningstagande för att forskningen skall ha en förändrande betydelse väl fortfarande förhållandevis ovanligt. En sak är att analysen kan ge upphov till slutsatser om att förändringar är motiverade, men det är en betydligt mer radikal inställning att låta det förändrande syftet ligga till grund för själva analysen. Dessutom förutsätts ju i viss mån slutsatserna av undersökningen med en sådan här programförklaring: Kvinnor är underordnade. Rättsvetenskapens uppgift är då att undersöka hur rättsordningen faktiskt bidrar till denna underordning och hur rätten behöver förändras. Men rättsvetenskapens uppgift är också att tillhandahålla *strategier för förändringsarbetet*.

1.4 Skadeståndsfeministerna

Med dessa generaliseringar i bakgrunden kan ett försök göras till att specificera några karakteristika för den feministiska kritiken och analysen av skadeståndsrätten. Som framgått är det ett antal verk av amerikanska författarinnor (det är alltså nästan enbart kvinnor som ägnat sig åt dessa frågor) som utgör den främsta inspirationskällan för följande reflexioner. Gemensamt för dessa är att det är feministiska synsätt på skadeståndsrätten som kommer att behandlas, vilket är något annat (såvitt jag uppfattat det) än genusperspektiv på skadeståndsrätten. Att det är feministiska perspektiv innebär till exempel att den rättspolitiska undersökningen ligger nära den rättsdogmatiska – rekommendationer eller ställningstaganden för rättsutveckling är således en integrerad del av undersökningen. Vidare tror jag att man kan säga att ett feministiskt syfte medför andra metodföresatser än vad en undersökning av genusperspektiv behöver utgå från. Ett gemensamt drag hos de (flesta) feministiska skadeståndsrättsliga undersökningarna är att de utgår från att det finns skillnader i moraluppfattningar mellan män och kvinnor, och de flesta utgår även från en omsorgsetik, en "ethics of care", som har fått stort genomslag i den samhällsvetenskapliga rättsliga litteraturen och som främst kan kopplas samman med den kulturella feministiska skolan enligt ovanstående kategorisering. Enligt denna uppfattning lägger kvinnor (i allmänhet – det är naturligtvis en generalisering) större vikt vid relationer och kontext vid moraliska värderingar av handlingar och företeelser, medan mäns föreställningar mer utgår från begrepp som rättigheter, rättvisa och konsekvens.

De flesta skadeståndsfeminister kan sägas, enligt den uppdelning som ovan skisserades, hämta de mesta av sina idéer från kulturella eller dominansinriktade feministiska teorier.¹⁶ Just Carol Gilligans undersökning förekommer frekvent

s. 3 ff., på s. 5 (1988). Kursiveringen är min. Definitionen är enligt Bender hämtad ur Linda Gordon, *The Struggle for Reproductive Freedom: Three Stages of Feminism*, i Zillah Eisenstein (red.), *Capitalist Patriarchy and the Case for Socialist Feminism*, New York 1979, s. 107 (fotnot).

¹⁶ Ett visst undantag är Jennifer Wriggins, *Interspousal Tort Immunity and Insurance "Family Member Exclusions": Shared Assumptions, Relational, and Liberal Feminist Challenges*, 17 *Wisconsin Women's Law Journal*, s. 251 ff. (2002).

som en referens.¹⁷ Ingen av de artiklar som jag läst kan rimligen sägas vara liberal i den frihetliga traditionen och ett allmänt intryck är att ”kvinnliga erfarenheter” ibland används som utgångspunkt för tämligen kategoriska generaliseringar mellan män och kvinnor. Åtskilliga kan således sägas följa det feministiska credo som formulerats av Robin West, framstående forskare vid Georgetown University: ”Women are actually or potentially materially connected to other human life. Men aren’t. This material fact has existential consequences. While it may be true *for men* that the individual is ”epistemologically and morally prior to the collectivity”, it is not true for women”.¹⁸ Det här öppnar upp för åtskillig kritik. Det kan kritiseras på en övergripande nivå för att det är ett alldeles för kategoriskt i sin karakteristik av män och kvinnor, för att det missar det essentiella i en libertariansk politisk filosofi, för att det är en non sequitur i det att ”de existentiella konsekvenserna” inte följer av det inledande påståendet etc. En sådan kritik kan i många avseenden vara berättigad men det berättigar inte ett avfärdande av den feministiska rättsvetenskapen som sådan. För även om vissa av utgångspunkterna för vissa av feministerna kan förtjäna kritik betyder det inte att inte forskningsresultaten kan vara intressanta. Och när det gäller skadeståndsrätten är det min personliga åsikt att resultaten är oerhört intressanta. Att inte ta del av dessa perspektiv är att missa ett viktigt bidrag till den skadeståndsrättsliga litteraturen.

1.5 Något om litteraturen

Det har redan framgått att det inte finns några svenska framställningar som kombinerar en feministisk metod med skadeståndsrättslig analys.¹⁹ Den som är intresserad av feministiska perspektiv på skadeståndsrätten specifikt får således söka dessa på andra ställen. Såvitt jag kan bedöma har sådana perspektiv framför allt framförts i den amerikanska litteraturen, men även forskare från andra angloamerikanska länder har lämnat värdefulla bidrag. Några – förhoppningsvis ganska många – av de amerikanska bidragen kommer att tas upp i denna artikels noter. Men artikeln är inte en bibliografi och redogörelsen är naturligtvis

¹⁷ Det kan nämnas att Carol Gilligans bok *In a Different Voice: Psychological Theory and Women’s Development* (finns även i svensk översättning Carol Gilligan, *Med kvinnors röst*, Stockholm 2001) i vilken Gilligan alltså bl.a. argumenterar för att mäns och kvinnors moraliska och psykologiska utveckling skiljer sig åt är det mest citerade icke-juridiska verket i modern amerikansk rättsvetenskap över huvud taget, se Fred R. Shapiro, *The Most-Cited Legal Books Published Since 1978*, 29 *Journal of Legal Studies*, s. 397ff. på s. 407 (2000).

¹⁸ Robin L. West, *Jurisprudence and Gender*, 55 *University of Chicago Law Review*, s. 1 ff., på s. 14 (1988).

¹⁹ Naturligtvis kan allmänna framställningar vara av stort intresse även för den skadeståndsrättsligt intresserade. Som redan framgått finns det till exempel åtskilliga metodologiska insikter i framställningar som Eva-Maria Svensson, *Genus och rätt*, Uppsala 1997, vilka även forskare i skadeståndsrätt kan ta till sig.

ofullständig. Det finns emellertid andra källor för mer heltäckande uppräkningsningar. En särskild typ av litteratur i den amerikanska feministiska rättsvetenskapen är just bibliografin, som räknar upp vilken feministisk litteratur som finns inom exempelvis skadeståndsrätten.²⁰ Syftet bakom sådana framställningar är att skapa uppmärksamhet åt litteraturen även utanför de initierades skara.

2. Feminism, postmodernism och stilistik

2.1 Stilistik – en negligerad aspekt av den juridiska litteraturen

I förordet till sin sympatiska lilla bok *On Writing* skriver Stephen King om en konversation han haft med författarinnan Amy Tan, kanske mest känd för romanen *The Joy Luck Club*, som i likhet med King ofta hänförs till populärförfattarfacket: "One night while we were eating Chinese before a gig in Miami Beach, I asked Amy if there was any one question she was *never* asked during the Q-and-A that follows almost every writer's talk – that question you never get to answer when you're standing in front of a group of author-struck fans and pretending you don't put your pants on one leg at a time like everyone else. Amy paused, thinking it over carefully, and then said: 'No one ever asks about the language'. [...] Amy was right: nobody ever asks about the language. They ask the DeLillos and the Updikes and the Styrons, but they don't ask popular novelists. Yet many of us proles also care about the language, in our own humble way, and care passionately about the art and craft of telling stories on paper."²¹ Det samma kan på många sätt sägas gälla för oss som skriver rättsvetenskaplig litteratur. Vi har med oss från juristutbildningen, som kan ligga olika långt bort i historien, att juristens viktigaste verktyg är språket och att man måste vara försiktig med orden. Typ. Men ingen frågar oss hur vi ser på det juridiska språket i litteraturen. Ingen frågar oss om vårt bildspråk eller vårt sätt att bygga upp meningar eller vår faiblesse för att citera kända jurister eller varför vi skriver så långa meningar och använder oss av en massa uttryck på latin eller varför vi aldrig skulle använda ett ord som "typ". Ingen frågar oss juridiska författare om stil.

²⁰ Se främst Leslie Bender, *An Overview of Feminist Torts Scholarship*, 78 *Cornell Law Review*, s. 575 ff. (1993). Det bör uppmärksammas att det nu har gått ganska många år sedan Bender publicerade sin översikt och att den därför är långt ifrån heltäckande. Det har dock sagts att den feministiska analysen av skadeståndsrätten inte utvecklats i någon mer betydelsefull bemärkelse sedan Benders artikel publicerades, se till exempel Assaf Jacob, *Feminist Approaches to Tort Law Revisited – A Reply to Professor Schwartz*, vol. 2, *Theoretical Inquiries in Law* (Online edition), no. 1, article 7 (2001), <http://www.bepress.com/til/default/vol2/iss1/art7>, s. 24.

²¹ Stephen King, *On Writing*, London 2000, x–xi.

Ett välkommet inslag är därför den stilistiska medvetenhet som feministiska författare, vilket de delar med många andra författare som kan sägas verka inom postmodernistiska approache haft på den rättsvetenskapsteoretiska debatten. Postmodernerna författare har bidragit med en injektion av nya attityder till det juridiska författarskapet. Man kan om man vill använda sig av stora ord tala om *en ny juridisk stilistik*. Det är en stilistik som använder sig av nya metaforer, nya allusioner och nya argumentationslinjer. Den låter företeelser som traditionellt får stå i fokus för den rättsliga forskningen träda tillbaka – en aning, i alla fall – för andra företeelser som brukar stå i skuggan eller vara helt frånvarande i traditionell rättsvetenskap.

Stilistik kan beskrivas som stillära, ett antal olika normer för hur man kan uttrycka sig. Redan det att många feministiska författare inom skadeståndsrätten är medvetna om stilistikens vikt är betydelsefull. Medvetandegörandet av stilistikens inverkan på förståelsen av rätten är i sig ett fräscht inslag eftersom ämnet tidigare varit tämligen sällan belyst i svensk rättsvetenskap – och de gånger det har varit föremål för behandling så har det varit som en aspekt av reflexioner kring den juridiska argumentationen och metoden.²²

2.2 Nya metaforer och nya intryck

Ett stilgrepp är att hämta metaforer från områden som traditionellt ansetts helt otänkbara i den juridiska argumentationen. Vanligt är till exempel pregnanta titlar med formuleringar som påminner om reklamslogans eller bilder från populärkulturen.²³ Än vanligare är intryck från andra vetenskapliga discipliner, som psykologin, sociologin eller den historiska forskningen.²⁴ Stildraget åskådliggör

²² Ett exempel är Stig Strömholm som tar upp ”stilistiska grepp och värderingar” i samband med en undersökning av den juridiska argumentationen, men utan att underställa ämnet någon mer ingående behandling, Stig Strömholm, Till frågan om den juridiska argumentationstekniken, i *Idéer och tillämpningar*, Stockholm 1979, s. 212 ff, på s. 214. (Ursprungligen i *Festskrift till Agge*, Stockholm 1970, s. 305 ff.)

²³ Inlyftandet från populärkulturen och kanske särskilt ungdomskultur börjar bli alltmer påtagligt i rättsvetenskapen. Ofta är det främst ett lån av formuleringar eller uttryck, men det finns även mer ambitiösa försök att integrera ett populärkulturellt synsätt med ett rättsligt. Sådana intryck från (exempelvis) populärkulturen innebär inte nödvändigtvis att man måste köpa hela det postmodernerna paketet (vad nu det än är). Man kan med andra ord låna de stilistiska greppen eller använda sig av intryck från populärkulturen men ändå skriva i en mer traditionell anda. Ett ovanligt lyckat exempel på detta är Paul Butler, *Much Respect: Toward a Hip-Hop Theory of Punishment*, 56 *Stanford Law Review*, s. 983 ff. (2004), som använder sig av berättelser från rapmusik för att kritisera och analysera amerikansk straffrättsideologi.

²⁴ Gilligans moralpsykologiska undersökningar har ju redan nämnts flera gånger. När det gäller den historiska forskningen framstår utbytet mellan disciplinerna som mindre ovanligt med tanke på den tradition av sortera in även materiell rättshistorisk forskning i det rättsvetenskapliga facket. Några exempel från Sverige på rättshistorisk forskning med ett feministiskt perspektiv är Gudrun Andersson, Görel Granström, Karin Jansson och Linda Oja, *Kvinnorna och rätten*, från

att de feministiska approacherna – eller i varje fall många av dem – kan hänföras till de postmoderna synsätten på rätten. (Vad man nu än vill lägga i detta uttryck.²⁵)

Varför är då dessa stilistiska nymodigheter ett positivt inslag i rättsvetenskapen? Är inte valet att hämta sina metaforer och stilgrepp från andra världar än den juridiska världen bara en fråga om personlig smak? Kanske är det till och med en fråga om dålig smak, att kokett och egocentriskt låta författarjaget stå i centrum för framställningarna²⁶ eller hänvisa till dåliga amerikanska filmer²⁷ eller till rapmusik. Tja, vad gäller de rent estetiska aspekterna så är dessa förstås upp till var och en att bedöma. Och det finns förstås en risk att ett stilistiskt inflytande av populärkultur eller andra vetenskaper kan leda till koketteri, att för stunden trendiga namn eller uttryck slängs in för att förmedla intrycket av att författaren ”hängar med”. Men risken för koketteri finns även inom den traditionella stilistiska ramen, om än koketteriet är av ett annat slag. I traditionell stilistik är koketteriet kanske snarare ett utslag av katteri: Vissa etablerade rättsvetenskapliga författare citeras flitigt medan mer okända namn lämnas utanför utan att det är sakligt motiverat; traditionella, seriösa uttryck som hör till juridiska vokabulären används trots att det finns mer allmänt använda moderna synonymer etc.

stormaktstid till rösträttsstrid, Uppsala 1996, Åsa Karlsson Sjögren, Kvinnors rätt i stormaktstidens Gävle, Umeå 1998 och Marja Taussi Sjöberg, Rätten och kvinnorna, Från släktmakt till statsmakt i Sverige på 1500- och 1600-talen, Stockholm 1996. (Dessa referenser är hämtade från Eva Maria Svenssons sammanställning, a.a. s. 44 f.) Två inflytelserika amerikanska artiklar som behandlar skadeståndsrätten ur ett feministiskt, rättshistoriskt perspektiv är Margo Schlanger, *Injured Women Before Common Law Courts, 1860–1930*, 21 *Harvard Women's Law Journal*, s. 79 ff. (1998) och Barbara Y. Welke, *Unreasonable Women: Gender and the Law of Accidental Injury, 1870–1920*, 19 *Law & Society Inquiries*, s. 369 ff. (1994).

²⁵ Just den estetiska karaktären av det postmoderna synsättet framhålls ofta. Gary Minda skriver till exempel att ”Postmodernism is neither a theory nor a concept; it is rather a skeptical attitude or aesthetic that distrusts all attempts to create large-scale, totalising theories in order to explain social phenomena”, *Postmodern Legal Movements*, New York 1995, s. 224. Att begreppet postmodernism är problematiskt berörs till exempel i Håkan Andersson, *Kritisk pluralism – utmaningar för rättsvetenskapen vid millennieskiftet*, JFT 1–2/2000, s. 22 ff., främst s. 40 ff. Anderssons bestämning av begreppet är originell, postmodernism är hos Andersson en beteckning för ”mångsidighetens, öppenhetens, fundamentskritikens och kreativitetens frihetspatos”, a.a. s. 41.

²⁶ Det här har varit ett kritiskt omdöme som riktats mot bland annat Duncan Kennedy, se C.W. Maris van Sandelingenambacht, *Legal Postism and the End of European Private Law*. Duncan Kennedy's *Critique of Adjudication*, 10 *European Review of Private Law*, s. 111 ff., på s. 124: ”In line with his denial of objectivity, Kennedy's *Critique* is partly autobiographical (an approach which is both irritatingly coquettish and sympathetically vivid).”

²⁷ Här tänker jag förmäta mig på min egen artikel *Analyze This! Some Swedish Reflections on the Europeanization of Tort Law*, 15 *European Business Law Review* s. 223 ff. (2004) som har lånat titeln från en halvdan amerikansk komedi men som till sitt innehåll är ett seriöst menat bidrag till den komparativrättsliga metoddiskussion som aktualiserats av de europeiska harmoniseringsprojekten på skadeståndsrättens område.

Ett företräde med en mer öppen stilistisk inställning, en tillåtande attityd till användandet av intryck från utomrättsliga företeelser, är att rättsvetenskapen tydligare återspeglar omvärldens mångfald. Dessutom motverkas kanske riskerna med att rättsvetenskapen bara skriver för sig själv. Vem vet – kanske kan till och med en ny syn på stilistik medföra att rättsvetenskapliga framställningar läses av andra än jurister.

2.3 Humaniserade framställningar

En av de invändningar från feministiskt håll som riktats mot den juridiska litteraturen i allmänhet är att den utgår från en manlig föreställning om rationalitet, att juridiken bäst kan förstås genom hänvisningar till abstrakta begrepp och föreställningar. Istället borde enligt kritikerna framställningarna utgå från mer mänskliga föreställningar, där individuella personer får framstå med sina riktiga namn och där känslor tillåts påverka formuleringarna. Att just namn finns med i en framställning bidrar, tycker jag själv, till att göra det tydligare att det finns människor bakom juridiken, vilket i sin tur bidrar till en förståelse av omständigheterna bakom reglerna och dess tillämpning. Människor som ibland betar sig oöverlagt eller irrationellt eller låter sig kontrolleras av känslor. Sådana bilder blir tydligare med namn i stället för initialer eller, ännu värre, ”X” och ”Y”.²⁸ Katherine Bartlett beskriver i en artikel i *Harvard Law Review* hur hon hade för avsikt att sätta ut förnamnet förutom efternamnet på de författare som hon refererade till.²⁹ Motiveringen var att Katherine Bartlett ville ”humanize and particularize the authors whose ideas I used in this Article”. Men eftersom *Harvard Law Review* tillämpar bluebook-citeringsreglerna var det omöjligt. Bartlett skriver: ”In these rules I see hierarchy, rigidity, and depersonalization, of the not altogether neutral variety”.³⁰ Andra feministiska författare har tagit intryck av Bartletts kamp mot redaktörerna.³¹

Kanske är det en överdrift men jag upplever det som att Bartlett har något ganska viktigt att säga här. Det är kanske inte någon stor sak, men det är en liten förändring i synen på vad som är god juridisk stil som kan ha betydelse. I den mån det inte finns särskilda anledningar till att göra personer anonyma bör vi kanske sträva efter att så gott som möjligt ge våra referenser fullständiga namn,

²⁸ Högsta domstolens publicerade domar skriver numer inte ut ens förnamnet på parterna utan enbart initialer. När det gäller domar, till skillnad från rättsvetenskapliga framställningar, kan sådan anonymisering vara berättigad om det handlar om att skydda personers integritet. Men nog blir avgörandena tråkigare och ibland även svårare att läsa när namnen helt rensats ut.

²⁹ Katharine T. Bartlett, *Feminist Legal Methods*, 103 *Harvard Law Review*, s. 829 ff. (1989–1990).

³⁰ Katharine T. Bartlett, *Feminist Legal Methods*, 103 *Harvard Law Review*, s. 829, stjärnnoten. (1989–1990).

³¹ Leslie Bender, *Changing the Values of Tort Law*, 25 *Tulsa Law Journal*, s. 759 ff., på s. 759, n. (1990).

kanske någon gång med en personlig kommentar eller en egen värdering. Om det är någorlunda elegant utfört så ges en annan mänsklighet åt den rättsvetenskapliga framställningen. Den blir därtill ofta roligare att läsa. Om inte annat för att ge en motbild till karikatyren av den teknokratiska juristen som löser juridiska problem maskinellt utan hänsyn till de bakomliggande mänskliga tragedierna som i alla fall ofta förekommer i skadeståndsrätten.

2.4 Synliggörande av författaren

Ett vanligt stilgrepp i feministiska rättsvetenskapliga framställning är att författaren (eller författarinnan – varför skall den manliga formen vara *default*?) låter det skrivande jaget träda fram i den rättsvetenskapliga texten.³² Genom ett sådant stilgrepp åskådliggörs att rättsvetenskaplig verksamhet handlar om att bygga världar och skapa bilder av rätt, och inte att objektivt återge ”verkliga” företeelser i rättssystemet.

När det gäller stildraget att tydliggöra författaren bakom texten finns det således en metodologisk poäng, nämligen att detta stildrag kan bidra till att nedmontera myten om den objektiva rättsdogmatiska forskningen. Genom att upprepat påvisa att rättsvetenskap är en subjektiv verksamhet tydliggörs att rättsvetenskapliga framställningar alltid är tolkningar av de juridiska data som undersöks (vad som i allmänhet går under beteckningen rättskällor) och att alla tolkningar färgas av tolkarens värderingar, bakgrund och kontext.³³ Stilistiken kan på detta sätt ge uttryck för en metodologisk inställning av epistemologiskt slag: Kunskapen om rätten är subjektiv.³⁴

2.5 Den lilla stora frågan om valet av pronomen

Öppnar man en svensk rättsvetenskaplig bok, säg en avhandling, ser man att i princip undantagslöst författaren i fråga använder sig av pronomenet ”han” som en förment könsneutral beskrivning på vem som helst som kan råka hamna i den

³² Ett ovanligt tydligt exempel är Ann C. Scales, *Feminists in the Field of Time*, 42 *Florida Law Review*, s. 95 ff. (1990).

³³ Det här är naturligtvis en av de mest kända tankarna bakom exempelvis Kuhns och Feyerabends teorier och numer allmängods i den vetenskapsteoretiska debatten. Observationers påverkan av teori noteras även av exempelvis Eva-Maria Svensson, *Genus och rätt*, Uppsala 1997, s. 92 ff., se särskilt s. 97. (”Ett ställningstagande i detta arbete är att subjektet alltid studerar objektet utifrån en teori. Observationen är inte bara en observation utan själva seendet är präglad av en teori.”)

³⁴ Detta ställningstagande ser jag själv som en truism. Men jag vill framhålla att denna epistemologiska inställning inte i sig förutsätter en särskild ontologi och att den inte heller nödvändigtvis behöver innebära några särskilda ställningstaganden i frågan om hur begreppet *sanning* skall förstås i rättsvetenskapliga sammanhang.

rättsliga problemsituation som behandlas.³⁵ Ibland finns det en fotnot eller liknande i början av verket där författaren ber om ursäkt för att det alltid är den manliga formen som används men förklarar det med att han eller hon är van vid att använda ”han”, och att det ändå inte gör så mycket eftersom ”han” skall förstås som även inkluderande ”hon”. Vanligare är dock att ingen sådan kommentar ges över huvud taget. Samtidigt så antas ”människan” i sin svenska grundform vara en ”hon”, till skillnad från exempelvis engelskan som har det manliga ”man” som abstrakt beteckning för ”människa”.³⁶ Så varför är då alla icke-individualiserade personer, såväl skadelidande som skadevällare, i den skadeståndsrättsliga litteraturen – män?

En förklaring till varför personer i juridiska framställningar alltid är män är ”för att det brukar vara så”. Tysta konventioner. Gamla vanor. Slentrian.³⁷ Och – invänder säkert många författare – det spelar ju ändå ingen roll vilket pronomen som används. Idag när vi är uppnått ett stadium av fördomsfrihet och upplysning vet alla att ”han” i rättsvetenskapen även anses inkludera kvinnor. Med den insikten finns det väl egentligen inget problem.³⁸ Eller? Frågan man bör ställa sig är emellertid *varför?* Varför skall vi följa dessa konventioner? Varför användes ett manligt pronomen i texter som inte handlar om just män?

Men spelar det då någon roll? Ja, det gör det. En viktig insikt är nämligen denna: Ord betyder något.³⁹ Det har betydelse att juridikens språk är mannens

³⁵ Mitt intryck är att samma gäller i andra juridiska sammanhang, som exempelvis undervisning. När det gäller språkbruket inom myndigheterna finns det en större medvetenhet. Det framhålls således i Myndigheternas skrivregler, 5 uppl., Stockholm 2001 (Ds 2001:32), s. 27 f. att i texter som skall vara könsneutrala bör skriva han eller hon. Men så där väldigt radikalt är knappast rekommendationerna för myndighetsspråket. I skrivreglerna står nämligen även följande att läsa (s. 27): ”I många texter, särskilt författningstexter, användes tidigare *alltid* pronomenet *han* (och den maskulina ändelsen -e) när man syftade på båda könen: ”Om den skattskyldige vill begära omprövning, skall *han* göra detta skriftligt.” Det är fortfarande användbart när man avser både män och kvinnor eller där substantivet är en abstraktion, t.ex. *arbetsgivaren*, *lagstiftaren*.” Lagstiftaren är således fortfarande en man i Sverige och det är ett språkbruk som i alla fall Statsrådsberedningen inte ser några problem med.

³⁶ Jfr Leslie Bender, A Lawyer’s Primer on Feminist Theory and Tort, 38 Journal of Legal Education, s. 3 ff., s. 6 (1988).

³⁷ Det här är vanor som inte är helt lätt att bryta. Jag har själv vinnlagt mig i min undervisning om att alltid använda ”hon” som beteckning på abstrakta skadelidande eller skadevällare. Men det är inte sällan som språkvalet känns konstigt eller onaturligt, särskilt när det gäller som en beteckning på skadevällare.

³⁸ Se angående detta Robyn Martin, A Feminist View of the Reasonable Man: An Alternative Approach to Liability in Negligence for Personal Injury, 23 Anglo-American Law Review, s. 334 ff., s. 341 f. (1994).

³⁹ Detta är ett återkommande tema i den feministiska kritiken av skadeståndsrätten. Se till exempel Lucinda Finley, Breaking Women’s Silence: The Dilemma of the Gendered Nature of Legal Reasoning, 64 Notre Dame Law Review, s. 886 ff. (1989). Finleys artikel inleds med orden: ”Language matters. Law matters. Legal language matters.” Se även Robyn Martin, A Feminist View of the Reasonable Man: An Alternative Approach to Liability in Negligence for Personal Injury, 23 Anglo-American Law Review, s. 334 ff., särskilt på s. 341 f. (1994).

språk. Varje gång immaterialrätten använder uttrycket *upphovsman* som en generisk beteckning för en författare eller en konstnär, varje gång som processrätten talar om *rådman* och *lagman* (trots att det kanske är kvinnliga domare som avses), varje gång den offentliga rätten beskriver en *ombudsman*, varje gång riksdagen refereras till som *lagstiftaren*, varje gång en advokat hänvisar till sin *huvudman*, varje gång familjerätten berättar om *förmyndare* och *överförmyndare* (varför inte *förmynderska*⁴⁰?), varje gång arbetsrätten tar upp *fackliga förtroendemän* och varje gång skadeståndsrätten utgår från begrepp som *skadevållare* så betyder det något. En manlig norm reproduceras. Det är mannen som är utgångspunkten och kvinnan är undantaget. *Och detta betyder något*. Det betyder något eftersom det färgar våra föreställningar och dessa föreställningar sätter tysta gränser för den rättsliga argumentationen.

3. Feministisk kritik mot skadeståndsrättens fundament

3.1 Analys på olika nivåer

Man kan skilja mellan två olika fronter i den feministiska kritiken mot skadeståndsrätten som den kommit till uttryck i de källor som ovan nämnts. Dels kan feministiska argument användas för att kritisera skadeståndsrättsliga begrepp, regler eller principer, som t.ex. culpabegreppet eller principen om att tredje-mansskador inte är ersättningsgilla. Några exempel på sådana kritiska argument kommer att ges i nästa avsnitt. Men förutom kritiken mot verktygen i den skadeståndsrättsliga praktikens verktyglåda är ett kanske viktigare inslag i kritiken mot mer grundläggande aspekter av rättssystemet som utgör fundamentet för såväl skadeståndsrätten som andra delar av rättssystemet.

Redan genom att angripa skadeståndsrätten från traditionella kategorier eller begrepp, säg – exempelvis – culpa, så accepterar man en rådande världsbild. Den feministiska analysen av skadeståndsrätten följer på många sätt andra linjer än traditionell analys, och inte sällan presenteras resultaten av undersökningarna i kategorier som framstår som främmande eller ovanliga för oss som i vart fall till vardags verkar i mer traditionella paradigmen.⁴¹ Kanske borde en presentation

⁴⁰ Enligt Microsoft Words stavningskontroll finns det inget ord som ”förmynderska”. Istället föreslås ”försynderska”!

⁴¹ I vissa sammanhang har dessa kategorier varit utsatt för attacker även från traditionellt håll. Detta har medfört att i USA vissa traditionella kategorier övergetts för nya lösningar, vilket öppnat upp för nya slags skadeståndsmöjlighet. Ett exempel på detta är s.k. market share liability som främst diskuterats i samband med tobaks-, läkemedels-, patient- eller miljöskador. Problematiken kan främst ses som en konsekvens av kausalitetskriteriets begränsning av skadelidar- och skadevållarklasserna. För att ersättning skall kunna utgå i skadeståndsrätten fordras en individuellt bestämd orsakrelation mellan just skadelidande x och skadevållare y. Bevisbördan ligger

av feministiska synsätt på skadeståndsrätten vara helt frigjord från de traditionella kategorierna. Kanske borde jag i en sådan här presentation över huvud taget inte bry mig om vad som idag på grund av mer eller mindre slumpmässigt utvecklade juridisk-språkliga konventioner råkar gå under rubriken ”skadeståndsrätt”.⁴² Lämpligare kanske är att utgå från andra begrepp som går på tvären genom skilda juridiska discipliner – som begreppet ansvar, vilket förekommer inte bara i straff- och skadeståndsrätt utan även förvaltningsrätt. Eller varför inte sätta begrepp som ”rättighet” eller ”person” som start för analysen och istället fokusera på hur mänsklig integritet skyddas i samhället. Eller varför inte begreppet ”omsorg”? Sådana omformuleringar av föremålet för den vetenskapliga undersökningen uppfattas som radikala. Men det kan vara värt att hålla i åtanke att det finns illustrera exempel på hur sådana omformuleringar av forskningsuppgiften tidigare vunnit stora framgångar, när det framförts av väletablerade forskare med fötterna tryggt förankrade i traditionell rättsvetenskap.⁴³

3.2 Kritiken mot rättsliga dikotomier

Med ett mer övergripande synsätt har således feminister kritiserat rättsordningen i allmänhet och skadeståndsrätten i synnerhet för att utgå från ohållbara dualismer, dikotomier eller distinktioner.⁴⁴ Redan uppdelningen av kategorier, där den ena kategorin antas stå i motsatsförhållande till, eller vara i mer grundläggande mening skild från, den andra, ses som ett manligt synsätt. Ett feminis-

i allmänhet på den skadelidande och huvudregeln i svensk rätt är att den skadelidande måste styrka orsakssamband (även om det finns bevislättnader i fall av påstådd orsakskonkurrens). Av olika skäl har det ansetts att kausalitetskriteriet i samband med bevisreglerna i vissa fall ställer upp alltför höga krav på de skadelidande. I USA har det exempelvis ansetts överstigit att en kändare som påstår sig ha skadats till följd av ett läkemedel som producerats av flera läkemedelsbolag ska isolera exakt vilket företags produkter det var som orsakade skadan och dessutom bevisa detta. Som en konsekvens har domstolarna i vissa fall funnit att samtliga som varit verksamma på en marknad får bära ett kollektivt ansvar, som i praktiken delas upp efter marknadsandelar. (Se främst *Sindell v. Abbott Laboratories*, 26 Cal. 3d 588, 163 Cal. Rptr. 132, 607 P. 2d 924 från 1980). Dessa fall av marknadsansvar har medfört en enorm debatt i amerikansk rättsvetenskap, men även i Sverige har rättsutvecklingen uppmärksammats. Se t.ex. Bill W. Dufwa, *Flera skadeståndsskyldiga*, Stockholm 1993, nr 2900 (s. 1125).

⁴² Se exempelvis den kritik mot Gary Schwartz som framförs i Joanne Conaghan, *Tort Law and Feminist Critique*, *Current Legal Problems* 2003, främst på s. 178 ff.

⁴³ Jag tänker här på disciplinen ”ersättningsrätt” som syftade till att undersöka regler om ersättning till skadade, oavsett om dessa traditionellt hänförts till skadeståndsrätt eller något annat rättsområde. Den viktigaste större framställningen är Carl Martin Roos, *Ersättningsrätt och ersättnings-system*, Stockholm 1990 och intressanta metodologiska anmärkningar ges i Carl Martin Roos, *Ersättningsrätt – en forskningsinriktning*, i *Festskrift till Jan Hellner*, Stockholm 1984, s. 501 ff. och Jan Hellner, *Ersättningsrätt*, i *Svensk rätt i omvandling*, Stockholm 1976, s. 169 ff.

⁴⁴ Se för det följande Leslie Bender, *A Lawyer’s Primer on Feminist Theory and Tort*, 38 *Journal of Legal Education*, s. 3 ff., på s. 27 (1988).

tiskt synsätt är att utgå mer från gråskalor, nyanser och att lägga emfas på likheter snarare än skillnader. Denna inställning återspeglas till exempel i att feministiska kritiker av skadeståndsrätten inte ser något motsatsförhållande mellan vad vi i Sverige skulle kalla för de rättsdogmatiska och de rättspolitiska aspekterna av en rättsvetenskaplig undersökning. Dessa två aspekter är inte två sidor av samma mynt – utan samma sida av samma mynt, om än myntet kan betraktas i olika ljus. ”Feminism describes shades of differences and varieties rather than distinct oppositions, series of relationships rather than fine-line divisions with undebatable attributes on each side.”⁴⁵ Exempel på denna kritik som har betydelse för skadeståndsrätten gäller uppdelningen mellan individ och kollektiv samt den sammanhängande distinktionen mellan privat och offentlig, som återspeglas i uppdelningen privaträtt och offentlig rätt.

3.2.1 Individ/kollektiv

Skadeståndsrätten är till sin karaktär individualistisk. Den utgår från att en individuell skadevällare kan bli ersättningsskyldig för skada som drabbar en viss annan individ i ett enskilt fall. Varje moment i den skadeståndsbedömningen är individualiserat.⁴⁶ Det krävs att just käranden drabbas av en påvisbar skada (och ett uttryck för detta individualiserade krav är att s.k. tredjemansskador som huvudregel faller utanför det skadeståndsgrundande området). Det krävs enligt huvudregeln att just svaranden varit vårdslös (även om det finns regler som gör att svaranden får ta ansvar även för annans vårdslöshet, främst genom principalansvarsregleringen).⁴⁷ Och det krävs att kausalitet mellan just svarandens vårdslösa handling eller underlåtenhet och kärandens skada föreligger.

Skadeståndsrättens utgångspunkter i individualiserade moment framstår i allmänhet som givna, men de är inte självklara. De bygger tvärtom på ett antal filosofiska och värderingsgrundande premisser. Ansvarsbedömningen bygger på vad som ibland (i vart fall i amerikansk straffrättsteori) brukar benämnas som en libertariansk metafysik, vilket inte är det samma som en libertariansk politisk teori. Tanken enligt denna uppfattning är – och jag förenklar igen – att varje individ är försedd med en fri vilja vilket också gör att varje individ kan avkrävas ansvar för sina egna val och handlingar. Handlingar (inklusive agerande som skadeståndsrättsligt betecknas som underlåtenhet) kan moraliskt utvärderas utifrån omständigheter som var för handen vid när handlingen begicks. En viktig aspekt av denna moraliska utvärdering är de omständigheter som är att hänföra till den handlandes psykiska tillstånd vid tillfället (insikter, kunskaper etc.), vil-

⁴⁵ Leslie Bender, A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort, 38 Journal of Legal Education, s. 3 ff., på s. 27 (1988).

⁴⁶ Nedanstående karakteristik är naturligtvis en grov förenkling.

⁴⁷ Dessutom finns det ett mer långtgående avsteg från den förenklade beskrivning i de regler som föreskriver ett *rent strikt ansvar*, dvs. ett ansvar oberoende av vårdslöshet.

ket alltså är det som står i centrum för bedömningen snarare än de effekter som handlingarna medför. Synsättet bygger också på vissa metafysiska föreställningar om kausalitet, som innebär att kausala förlopp kan analyseras individuellt. Mer specifikt utgår ett traditionellt skadeståndssynsätt från en kausalitetsuppfattning av humeskt slag – varje orsaksförlopp kan förklaras utifrån kausala generaliseringar eller naturlagar som gör att effekter (händelser eller möjligtvis fakta eller ”troper”) framstår som nödvändiga konsekvenser utifrån de betingelser som sammantaget utgör orsaken. Detta synsätt förutsätter också ett linjärt tidsbegrepp. Effekter föregås alltid av sina orsaker. Alla dessa filosofiska premisser kan ifrågasättas och har också ifrågasatts från feministiskt håll. En linje i denna kritik är ett ifrågasättande av utgångspunkten att individer kan förstås som epistemologiskt, etiskt och ontologiskt autonoma. Det är tvärtom kollektivet eller gruppen som är utgångspunkten och därefter kan man möjligtvis individualisera olika personer.⁴⁸

3.2.2 Privat/offentlig; privaträtt/offentlig rätt

Ur rättslig synvinkel får kritiken mot distinktionen mellan individ/kollektiv konsekvenser för distinktionen mellan privat och offentlig som görs i åtskilliga juridiska sammanhang och som bland annat ligger till grund för uppdelningen mellan privaträtt och offentlig rätt. Uppdelningen av rätten i en privat och en offentlig del bygger på en föreställning om att individer rimligen kan sägas vara autonoma i de bemärkelser som nämnts och om denna autonomi enbart är en chimär kan det framstå som olämpligt att upprätthålla privaträtt/offentligrättsdistinktionen. När det gäller skadeståndsrätten har emellertid vissa feminister kritiserat uppdelningen även utifrån mer praktiska synvinklar. Startpunkten för denna kritik är ofta s.k. mass torts-fall, på svenska skulle vi väl kalla det för mass-skadeståndsfällen. Fallen karakteriseras av att såväl skadelidar- som skadevållarsidan ofta identifieras som grupper: Det finns ett stort antal personer som har lidit likadana eller likartade skador vilka antas ha orsakats på samma eller likartat sätt och det finns ett flertal personer (i allmänhet juridiska personer) som har agerat på samma eller likartat sätt och detta agerande antas kunna leda till skador av den aktuella typen. För att konkretisera kan som exempel tas skadeståndsprocesserna om ansvar för tobaksproducenter för skador till följd av rökning, där ett stort antal personer skadats på likartat sätt (även om det fanns variationer) och det fanns ett antal tobaksföretag som identifierades som potentiella skadevållare. Andra exempel på samma slags problemställningar kan ges från miljöskaderättsens område, patientskador till följd av exempelvis bristfälliga produkter som används i vården, läkemedelsskador osv. Det har ibland sagts att

⁴⁸ Se Robin L. West, *Jurisprudence and Gender*, 55 *University of Chicago Law Review*, s. 1 ff., på s. 15 (1988).

masskadorna passar illa in i den traditionella skadeståndsrättsliga strukturen, som utgår från en individuellt bestämd skadevällare och en individuellt bestämd skadelidande som knyts samman genom ett (individuellt bestämt) kausalsamband. I masskadefallen går inte dessa individuella bestämmningar att upprätthålla, menar kritikerna, eftersom skadeförloppens komplexitet gör de traditionella begreppen till oöverstigliga hinder för framgångsrika skadeståndsyrkanden även i berättigade fall. Den skadelidande som skadats till följd av en defekt generisk och masstillverkad produkt (såg ett läkemedel) kan ofta inte styrka att det var just producenten X:s produkter som orsakade skadan. Lägg därtill att det kan vara svårt att påvisa vårdslöshet inom organisationer som stora företag till svårigheten som alltid finns med att anföra bevisning om skadan. Masskadefallen uppställer därför, enligt kritikerna, så svåra hinder för att legitima anspråk skall kunna nå framgång att det står i strid med de grundläggande tankarna bakom skadeståndsrätten.⁴⁹

Ur en mer praktisk synvinkel har det hävdats med särskilt masskadefallen som bakgrund att distinktionerna mellan individ/kollektiv och privaträtt/offentlig rätt är ohållbara i ett modernt ekonomiskt samhälle.⁵⁰ Företag i dagens samhälle är inte sällan enormt stora och komplexa organisationer inom vilka individuella personer fattar beslut å organisationens vägnar som medför risker för åtskilliga människor utanför och innanför organisationen. Det är en ohållbar fiktion att låta dessa beslutsfattare vara skadeståndsrättsligt skyddade och att de skadelidande skall vara begränsade till att söka ersättning från företaget, eftersom företagens organisatoriska struktur gör det svårt att utreda hur en skada faktiskt kommit att ske. Därtill finns det en orimlig maktbalans mellan stora företag och små skadelidande vilket kommer att påverka möjligheterna för skadelidande att utkräva ersättning på flera sätt. Från feministiskt håll har åtskilliga förslag lagts fram för hur denna situation skall kunna förändras. Förslagen skulle i en svensk kontext hänföras till olika områden, som processrätten, skadeståndsrätten och bolagsrätten. Som exempel kan nämnas att det har föreslagits långtgående möjligheter att genom ansvarsgenombrott utkräva skadeståndsansvar från beslutsfattare i företag och möjligheten att utkräva personligt ansvar från företrädare (eller ägare) för företag bör sättas i samband med den makt som företrädaren i företaget har att fatta beslut av det slag som antas ha lett till skadan,⁵¹ att en skadelidande skall kunna få ersättning inte enbart utifrån sina "egna" ska-

⁴⁹ Ur ett svenskt perspektiv kan det vara värt att påminna om att många av de svåraste problemen faller under särskild lagstiftning, som kan innehålla regler om speciella försäkringar på området, som medför att problemen kanske aldrig uppstår. Exempel på detta är just läkemedelsskadorna.

⁵⁰ Se Leslie Bender, *Feminist Re(Torts): Thoughts on the Liability Crisis, Mass Torts, Power, and Responsibilities*, 1990 *Duke Law Journal*, s. 848 ff., på s. 869 f.

⁵¹ Leslie Bender, *Feminist Re(Torts): Thoughts on the Liability Crisis, Mass Torts, Power, and Responsibilities*, 1990 *Duke Law Journal*, s. 848 ff., på s. 870.

dor utan även för de skador som hon drabbats som medlem i en grupp,⁵² att bevisreglerna för krav mot företag skall förändras och att bevisbördan i hög utsträckning skall läggas på svaranden,⁵³ stora företag skall över huvud taget inte utgöra ett privaträttsligt subjekt utan en särskild kategori skall formuleras för sådana företag som gör dem till särskilda juridiska entiteter som inte kan sägas vara vare sig privaträttsliga eller offentligrättsliga i den traditionella bemärkelsen av uttrycken,⁵⁴ etc. Det här är radikala förslag som känns igen från företrädare för critical legal studies-lägret och knappast något som alla feministiska skulle skriva under på. Men det är åsikter som framförts under den feministiska rubriken.

4. Feministisk kritik mot skadeståndsrättsliga begrepp m.m.

En feministisk kritik av skadeståndsrätten kan således rikta in sig mot vissa distinktioner som underbygger de rättsliga föreställningarna och begreppen. Men kritiken kan också riktas mot begreppen *per se*. Skadeståndsrättslig analys kretsar kring vissa centrala begrepp. I centrum står den heliga begreppstreenigheten culpa/kauslighet/skada. Det kan därför vara intressant att se hur dessa begrepp kan underkastas en feministisk syn. Det bör framhållas att det naturligtvis inte finns någon klar uppdelning mellan en kritik av det här slaget och av det slag som redogjorts för i förra avsnittet. Dessutom finns det en växelverkan mellan dessa två fronter av kritisk analys. Här skall ett försök till några skissartade reflexioner kring hur en feministisk kritik och analys av de fundamentala skadeståndsrättsliga begreppen ges. Sådana reflexioner kan ge upphov till nya impulser och dessa impulser kan medföra att begrepp som sällan eller aldrig ifrågasätts inte längre framstår som lika självklara. Analysen kan alltså medföra att fundamenten för den skadeståndsrättsliga analysen, begreppen, börjar vittra sönder och nya begrepp eller metoder får sökas i dess ställe.

⁵² Leslie Bender, *Feminist Re(Torts): Thoughts on the Liability Crisis, Mass Torts, Power, and Responsibilities*, 1990 *Duke Law Journal*, s. 848 ff., på s. 870 f.

⁵³ Leslie Bender, *Feminist Re(Torts): Thoughts on the Liability Crisis, Mass Torts, Power, and Responsibilities*, 1990 *Duke Law Journal*, s. 848 ff., på s. 886 ff. ("I propose the following solution to the unequal power distribution in mass torts which would place the economic loss on a corporate defendant who created the risk of harm. When a defendant is a powerful corporation or collective organization, there should be no presumption in its favor. Instead the presumption should lie with the injured party in that case.")

⁵⁴ Leslie Bender, *Feminist Re(Torts): Thoughts on the Liability Crisis, Mass Torts, Power, and Responsibilities*, 1990 *Duke Law Journal*, s. 848 ff., främst på s. 871 f.

4.1 Culpa

En förutsättning i svensk rätt för att skadeståndsansvar skall föreligga är att den som orsakat skadan förfarit vårdslöst eller culpöst. Detta krav är alls ingen självklarhet. En alternativ ordning – som haft inflytelserika uppbackare i den skadeståndsteoretiska diskussionen⁵⁵ – vore till exempel att utgå från att alla som orsakar skador också får ersätta dessa, om det inte finns några skäl för att den skadevällande handlingen varit ursäktlig. Vid en renodlad situation framstår en sådan reglering intuitivt ganska rimlig, ur moralisk synvinkel: Vi har två personer – en skadevällare och ett offer för skadevällandet och är det då inte rimligare att allokera kostnaderna för skadan på skadevällaren snarare än offret. Men så ser vi alltså inte på det i svensk rätt och det finns goda skäl att anföra även för den svenska inställningen (som f.ö. omfattas av de flesta andra rättsordningar också). Det krävs således, om inget annat särskilt är stadgat, att skadevällaren varit culpös för att skadeståndsskyldighet skall uppstå.

Culpabedömningen är välkänt svårfångad. Vid utförandet av bedömningen har alltid en mängd olika typer av normer spelat in. Vissa av dessa normer är explicita och i olika utsträckning tillgängliga för vem som helst (i rättskällor som lagtext, praxis, förarbeten men även i normkällor som inte på samma självklara sätt kan placeras in i en rättskällestruktur, såsom branschregler och idrottsregler), medan andra är implicita och ibland även omedvetna (moraliska normer eller känslor). För att åstadkomma enhetlighet i culpabedömningen har man traditionellt utgått från vissa idealiserade personer, som har jämförts med hur skadevällaren i det enskilda fallet betett sig. Dessa idealpersoner har uteslutande varit män. I svensk rätt förekommer således referenser till en ”bonus pater familias” – den gode familjefadern – fortfarande.⁵⁶ Det är ett uttryck som fortfarande används i moderna läroböcker om än syftet mest är att göra en rättshistorisk illustration.⁵⁷ Min egen erfarenhet från att ha examinerat studenter i skadeståndsrätt ett flertal gånger är att studenter inte sällan klamrar sig fast vid bonus pater familias-formeln, förmodligen eftersom det ger en stadga åt argumentatio-

⁵⁵ Här tänker jag främst på Richard Epstein. Se främst Epsteins serie av artiklar i *Journal of Legal Studies* under 1970-talet: *A Theory of Strict Liability*, 2 *Journal of Legal Studies*, s. 151 ff. (1973), *Defense and Subsequent Pleas in a System of Strict Liability*, 3 *Journal of Legal Studies*, s. 165 ff. (1974), *Intentional Harms*, 4 *Journal of Legal Studies*, s. 391 ff. (1975), *Nuisance Law: Corrective Justice and its Utilitarian Constraints*, 8 *Journal of Legal Studies*, s. 49 ff. (1979) samt *Causation and Corrective Justice: A Reply to Two Critics*, 8 *Journal of Legal Studies*, s. 477 ff. (1979). Se även Epstein, *Causation – In Context: An Afterword*, 63 *Chicago-Kent Law Review*, s. 653 ff. (1987).

⁵⁶ Som jämförelse kan tas uttrycket ”reasonable man” som tidigare använts i amerikansk rätt, vilket nu i allmänhet ersatts av uttrycket ”reasonable person”. Feministiska perspektiv på ”reasonable man”-standarden ges bland annat i Margo Schlanger, *Gender Matters: Teaching a Reasonable Woman Standard in Personal Injury Law*, 45 *St. Louis University Law Journal*, s. 769 ff. (2001).

⁵⁷ Se Jan Hellner och Svante Johansson, *Skadeståndsrätt*, 6 uppl., Stockholm 2000, s. 125 och Jan Hellner, *Skadeståndsrätten. En introduktion*, 2 uppl., Stockholm 2000, s. 26.

nen kring vad som annars framstår som ett luddigt och svårfångat begrepp. Det finns risker med att använda sig av uttryck med en tydlig utgångspunkt i manliga normer, som *bonus pater familias*, även om man i samma andetag lägger till att det idag inte kan användas för bedömningar utan kvalifikationer eller nyanseringar. Att valet av metaforer av det här slaget kan ha betydelse har redan diskuterats: Genom att använda sig av mäns beteenden som metafor för aktsamhet kan våra normativa uppfattningar påverkas. Varför inte helt enkelt förpassa dessa gamla bilder till historiens soptipp en gång för alla?

Att de explicit manliga normerna för vårdslöshetsbedömningen inte längre kan anses direkt vägledande för culpabedömningen medför inte att det inte fortfarande kan finnas ett kvardröjande, könssnedvridande inslag i culpabedömningen. Vilka verktyg har vi egentligen ersatt *bonus pater familias*-bedömningen med? Den förhärskande uppfattningen i svensk rätt idag, i likhet med många andra rättsordningar, är att bedömningen av om någon har förfarit vårdslöst skall utföras på ett objektiva sätt. Den mest extrema formuleringen av hur vårdslöshetsbedömningen bör utföras är den rättsekonomiska versionen av *Learned Hand*-formeln, mest känd i Richard Posners tappning. *Learned Hand*-formeln i den rättsekonomiska formuleringen kan utan omsvep klassificeras som den mest framgångsrika rättsekonomiska teorin (om nu teori är rätt ord, tes kanske vore ett bättre uttryck) på privaträttens område. Även i Sverige har formeln fått en tung uppbackare i Jan Hellner, som lägger Posners teori till grund för sitt eget förslag av hur den fria bedömningen av culpa bör utföras, om än med vissa (betydelsefulla) modifieringar. Högsta domstolen har (såvitt jag vet, är väl bäst att tillägga) aldrig uttryckligen grundat en vårdslöshetsbedömning på *Learned Hand*-formeln men de för *Hand*-formeln typiska avvägningarna mellan risk och nytta i en steg för steg-modell kan skönjas i åtskilliga rättsfall.⁵⁸ I USA har *Learned Hand*-formeln fått ett enormt inflytande i kanske främst akademisk, särskilt rättsekonomisk litteratur. Men motreaktionen har varit stark. Det har således hävdats att den rättsekonomiska formuleringen av *Hand* i praktiken inte överensstämmer med hur domstolarna faktiskt utför vårdslöshetsbedömningarna.⁵⁹ Domstolarna företar i allmänhet inte, inte heller i USA, några kvasimatematiska avvägningar mellan risk och nytta vid sina vårdslöshetsbedömningar. (Med möjligt undantag för avgöranden från Posners domstol.) En annan linje i kritiken har varit att *Learned Hands* formel leder till omoraliska resultat och står

⁵⁸ Ett tydligt exempel är NJA 1981 s. 683.

⁵⁹ Richard W. Wright har kritiserat den rättsekonomiska versionen av *Hand*-formeln ur flera synvinklar, inklusive denna. Se Richard W. Wright, *Negligence in the Courts: Introduction and Commentary*, 77 *Chicago-Kent Law Review*, s. 425 ff. (2002), *Justice and Reasonable Care in Negligence Law*, 47 *American Journal of Jurisprudence*, s. 143 ff. (2002) samt *Hand, Posner, and the Myth of the "Hand Formula"*, 4 *Theoretical Inquiries in Law*, s. 145 ff. (2003). Liknande synpunkter om än av mer principiellt slag förs fram i Richard W. Wright, *The Standards of Care in Negligence Law*, i: David Owen (red.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, Oxford 1995, s. 249 ff.

i strid med grundläggande rättviseföreställningar: Det är helt enkelt inte acceptabelt att utsätta någon annan för en personskada enbart på den grunden att den nytta som skadevällaren därmed uppnår överstiger det värde rättsordningen sätter på skadan.

Ett återkommande tema i den feministiska analysen av skadeståndsrätten är kritiken mot det objektiviserade synsättet på vårdslöshetsbedömningen i allmänhet och Hand-formeln i synnerhet. Detta är enligt min uppfattning också en av de mest tilltalande tankegångarna i den feministiska kritiken och kan enkelt överföras till svenska förhållanden. Hand-formeln är i grund och botten en moraliskt stötande konstruktion och tesen att Hand-formeln kan förklara hur domstolarna faktiskt utför culpabedömningen är helt enkelt falsk. Som mest kan hävdas att Hand-formeln i vissa fall kan *skönjas* i svensk praxis, på så vis att domstolarnas – med vilket här i första hand Högsta domstolen avses – argumentation påminner om Hand-formel och resultatet kan förklaras utifrån ett Hand-perspektiv. Men detta är i sådana fall en ganska klen och innehållslös tes och förklaringsvärdet är lågt.

Den viktigaste kritiken mot den rättseconomiska tappningen av Learned Hand-formeln i detta sammanhang är emellertid den moraliska. Formeln bygger på moraliskt oacceptabla grunder och kan därför inte anses vägledande för hur bedömningen skall utföras.⁶⁰ Ett feministiskt inslag i kritiken mot Learned Hand-formeln kan ta sikte på formelns förmenta rationalitet. Enligt Learned Hand-formeln är ett riskfyllt beteende rationellt och tillåtligt om kostnaderna för att avhålla sig från risken är större för skadevällaren, än vad kostnaderna för offret är om skadan inträffar. Med andra ord är det inte vårdslöst att föra över sina risker på potentiella offer om man bara kan tjäna tillräckligt mycket på att ta riskerna. (Denna slutsats gäller f.ö. även enligt Hellners delvis annorlunda formulerade variant av culpakriteriet.) Enligt min egen uppfattning är en culpamodell som ger sådana uppenbart omoraliska resultat absurd. Så har även feministiska forskare resonerat. Leslie Bender har således i olika sammanhang framhållit att den rättseconomiska förståelsen av skadeståndsrätten är ohållbar, eftersom den reducerar mänskligt lidande till effektivitetskalkyler på ett sätt som inte överensstämmer med det värde som vi tillskriver integritet och jämlikhet.⁶¹ Men man behöver inte låta sig påverkas av feministiska tankegångar för att komma till

⁶⁰ Det finns naturligtvis en koppling mellan den rättsdogmatiska och den moraliska kritiken mot Learned Hand-formeln. Genom att formeln uppfattas som omoralisk, eller rättare sagt: den vilar på moraliska föreställningar som leder till omoraliska resultat, framstår den också som en mindre trovärdig förklaring för hur domstolarna faktiskt resonerat i fall där de inte uttryckligen förlitat sig på en Hand-modell (vilket inte skett ofta i svensk rätt). Det är helt enkelt inte trovärdigt i frånvaro av empiriskt stöd att domstolarna skulle anse det rimligt att personer har rätt att skjuta över sina risker på andra om de bara kan tjäna tillräckligt på det.

⁶¹ Se Leslie Bender, *A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort*, 38 *Journal of Legal Education*, s. 3 ff., s. 31 (1988) och Leslie Bender, *Changing the Values of Tort Law*, 25 *Tulsa Law Journal*, s. 759 ff., på s. 767 (1990).

slutsatsen att Learned Hand-formeln är omoralisk. Vad som däremot kan sägas vara ett feministiskt inslag i debatten är kritiken mot att en matematisk formel som Learned Hand på något sätt skulle vara mer rationell än exempelvis öppna skälighetsresonemang *in casu*. En välkänd tankegång i feministisk teori är just att män tenderar att fästa större vikt vid ”hårda” teorier som är övergripande och allomfattande, som fokuserar på objektivt konstaterbara fenomen och relationer, och som helst skall tillhandahålla en matematisk och formaliserad modell som kan användas vid tolkningen av data. Rättsekonomin är ett typexempel på sådan teoribildning. Kvinnor å andra sidan har lättare att acceptera teoretiska modeller som är öppna för inslag av känslor vilka är svårare att översätta till formler eller siffror.⁶² Applicerat på vårdslöshetsbedömningen innebär sådana tankegångar att fokus skall ligga mindre på en effektivitetsbedömning och mer på en kontextuell bedömning som också inkluderar hänsynstagande till (exempelvis) skadelidandes och skadevållarens emotionella situation. Det är konstigt om en sådan förändring av fokus skulle ses som en förskjutning mot ett mindre rationellt synsätt. Som en författare uttrycker det: ”Why should we accept that it is ‘reasonable’ to let an accident happen when it is more expensive to prevent it, if such a calculated approach to human suffering affronts us?”⁶³ Ja, varför skall vi det egentligen?

4.2 Tredjemansskador

Många fall av skadevållande ger negativa konsekvenser för inte bara en person utan för flera eller till och med många personer. Dessa personer är i en mening att anse som skadelidande. Men i åtskilliga fall gör skadeståndsrätten en uppdelning mellan vad vi kan kalla för primära skadelidande och sekundära skadelidande. Uppdelningen görs framför allt i fall där de skador som en skadelidande drabbas av är en reflexverkan eller en följd av en skada som en annan skadelidande – som på detta vis kan kallas för den primära – drabbas av. I svensk skadeståndsrätt betecknar vi (ibland) de som drabbas av sådana följdverkningar av skador som drabbat annat rättssubjekt för tredje män och de skador de drabbas av kallar vi för tredjemansskador.⁶⁴ Ibland görs en uppdelning mellan olika slags tredjemansskador enligt vilken kärnområdet för tredjemansskaderegleringen är ekonomiska följdverkningar av en skada som en annan person drabbats av, men

⁶² Ett stöd för att det föreligger sådana skillnader mellan mäns och kvinnors uppfattningar är Carol Gilligans tidigare nämnda bok *In a Different Voice*, där skillnaden i pojkars och flickors ”moraliska uppfostran” analyseras utifrån experimentella erfarenheter.

⁶³ Assaf Jacob, *Feminist Approaches to Tort Law Revisited – A Reply to Professor Schwartz*, vol. 2, *Theoretical Inquiries in Law* (Online edition), no. 1, article 7 (2001), <http://www.bepress.com/til/default/vol2/iss1/art7>, s. 13.

⁶⁴ Just det: Åter igen är det mannen som är normen.

– liksom så mycket av begreppsbildningen när det gäller tredjemansskadorna – skälen för en sådan uppdelning är inte helt glasklara. Huvudregeln är hur som helst att tredjemansskador inte är ersättningsgilla i svensk rätt.

Det finns som antytts åtskilligt som man kan kritisera med begreppsbildningen kring tredjemansskadorna, men det tänker jag inte göra här. En kritik som dock passar in förevarande sammanhang gäller själva principen som exkluderar åtskilliga skador från det ersättningsgilla området. Principen innebär alltså till exempel att om en person i min närhet skadas och det leder till negativa konsekvenser även för mig så har jag ingen rätt till ersättning, förutom i vissa undantagsfall.⁶⁵ Men en sådan princip är svår att förena med det relationella synsätt som förordas av de feministiska kritikerna. Individer är inte öar. Vi är produkter av vår omgivning och våra relationer med andra människor.⁶⁶ Detta borde få återverkningar även för skadeståndsrätten. När en familjemedlem skadas (en personskada) drabbar det hela familjen. Men det gäller inte bara för familjemedlemmar. Ett ganska utförligt citat från Leslie Bender beskriver dessa tankar tydligt: ”A harm to a family member is clearly a harm to the family as a group. To call it a harm to an individual is to remove it from its context and reality, yet to call it a harm to a collective or a group also misses the point. It is one harm that has many facets, affecting the needs of individuals as members of groups. This insight is not only true of families. People are mutually dependent. If a worker or workers are injured and can no longer work, there is a harm to other people at the workplace in a real, lived way. And what about the harm to one’s dear and close friends? Are the intimacies of close personal relationships and their mutual dependencies invisible to the law? Our legal system must recognize our mutual dependence. We can hardly imagine an individual without some intersecting groups, so that the concept of individual as isolated and capa-

⁶⁵ När det gäller de situationer där en personskada lett till döden görs uttryckligen nu undantag från exklusionsprincipen för personer som stått den avlidna särskilt nära, enligt skadeståndslagen 5 kap. 2 § 3 p. Regeln bygger bland annat på en rättspraxis från Högsta domstolen där ersättningsmöjligheterna för anhöriga till personer som bragts om livet genom brott steg för steg utvidgades under närmare två decenniers tämligen radikalt rättsskapande aktivitet i domstolen. När nu begreppsbildningen tagits upp kan det noteras att även regeln om ersättning till anhöriga utgått från en uppdelning mellan primära och sekundära skador, på så sätt att de anhörigas skador systematiskt är avhängiga det primära offrets (den avlidnas) rätt till skadestånd. Det är för att den anhörigas skador är en följd av en annan skada som de ger rätt till ersättning. Men det här är väl inte det mest naturliga eller intuitiva sättet att se på skador som drabbar en familjemedlem? Är det inte mer naturligt att se alla familjemedlemmar som primära skadelidande när en familjemedlem dödas genom en skadeståndsgrundande handling, om än skadorna är av olika slag? Mer om detta strax nedan. Se vidare för en allmän redogörelse av tredjemansskadeproblematiken och för vilka situationer som kan berättiga till ersättning, Håkan Andersson, *Trepartsrelationer i skadeståndsrätten*, Uppsala 1997.

⁶⁶ Det här kan väl alla oavsett filosofiska eller politiska uppfattningar hålla med om. Åsikterna går däremot snabbt isär när vi försöker fylla ut denna premiss och i en högre grad när vi skall dra moraliska och juridiska konsekvenser av premissen.

ble of being harmed alone is almost inconceivable.”⁶⁷ I ljuset av dessa observationer framstår tredjemansskadeinskränkningen som svårförsvarbar. Argumenten för en inskränkning av ansvaret är främst ekonomiska – men varför skall sådana ekonomiska argument få försteg för de moraliska övervägande som Benders resonemang medför?

4.3 Kausalitet

Att den feministiska analysen av skadeståndsrätten ibland har uttalat metafysiska utgångspunkter är särskilt tydligt i kritiken mot kausalitetsbegreppet. Jag vill i detta sammanhang inte föregripa den mer genomgripande undersökning av kausalitetsbegreppet som jag håller på med, där den feministiska kritiken mot begreppet spelar en viktig roll.⁶⁸ Kort kan emellertid sägas att den feministiska kritiken mot kausalitetsbegreppet (delvis) utgår från ett ifrågasättande av det absoluta, linjära tidsbegreppet till fördel för ett cykliskt, relativt tidsbegrepp.⁶⁹ Eftersom juridikens kausalitetsföreställningar är intimt förknippade med det traditionella tidsbegreppet (en orsak måste alltid föregå skadan i tid för att orsaks-samband skall anses föreligga) är denna linje i kritiken ett grundskott mot förhärskande skadeståndsrättsliga föreställningar.

4.4 Masskador och bevisning

En annan måltavla för den feministiska kritiken av skadeståndsrätten har redan berörts, nämligen masskadeståndfallen. I situationer av masskador (som de ovan beskrivits) är det ett komplex av rättsregler – inte enbart skadeståndsrättsliga – som antas sammantaget innebära en ohållbar ordning vad gäller möjligheterna att utkräva skadestånd. Olika kritiker fokuserar på olika faktorer men som exempel på aspekter som kritiserats kan nämnas den skadeståndsrättsliga immuniteten för beslutsfattare inom stora bolag, obalansen i ekonomiska förutsättningar för att driva en skadeståndsprocess om man jämför en enskild skadelidande och ett stort företag,⁷⁰ att det skadeståndsrättsliga kravet på att bedöm-

⁶⁷ Leslie Bender, *Feminist Re(Torts): Thoughts on the Liability Crisis, Mass Torts, Power, and Responsibilities*, 1990 *Duke Law Journal*, s. 848 ff., på s. 870 f., n. 59.

⁶⁸ Jag håller för närvarande på med min doktorsavhandling som behandlar just kausalitetsbegreppet, som jag hoppas kunna lägga fram inom kort.

⁶⁹ Som jag ser det finns det vissa paralleller här mellan den samtida diskussionen och den klassiska striden mellan Leibniz och Newton rörande tidens och rummets filosofi.

⁷⁰ Denna kritik kan framstå som betydligt mer relevant i en amerikansk kontext än i en svensk, där det kan antas finnas större möjligheter även för ”fattiga” skadelidande att driva sin talan i ett tvistemål genom rättshjälpskyddet etc. Men det är bara en gradskillnad. En låginkomsttagare i Sverige kan nog många gånger uppleva att det är alltför stor ekonomisk risk att driva ett skade-

ningen av varje enskilt skadeståndsrättsligt begrepp (culpa, kausalitet, skada) skall göras individuellt i det enskilda fallet leder till ohållbara konsekvenser i masskadefallen, att de bevisrättsliga svårigheterna som följer av att bevisbördan i allmänhet ligger på den skadelidande samt att beviskraven härvid uppfattas som alltför svåruppnådda, etc.

Ett konkret förslag utifrån denna kritik har redan berörts ovan. Dessa olika faktorer samverkar enligt kritikerna till att göra den skadelidandes utgångsläge alltför svag i masskadefallen. Ett sätt att motverka den snedvridna styrkebalansen kan vara att lägga över bevisbördan på företaget eller företagen i masskadefallen.⁷¹ Det är i ett fall rörande culpaansvar således företaget som har bevisbördan för att den skadelidande inte lidit skada, för att vårdslöshet inte förelegat och för att kausalitet inte är för handen.

5. Reflexioner ur ett svenskt perspektiv

5.1 Allmänt

Vad kan då svensk skadeståndsrätt lära sig från dessa feministiska tankegångar som ovan skisserats? Min uppfattning är att det viktigaste bidraget från den feministiska kritiken är att den får oss att ställa nya frågor. Den medför dels ett ifrågasättande av de grundläggande begreppen som skadeståndsanalysen kretsar kring, men också varför det över huvud taget är dessa begrepp som skall tas till utgångspunkt för analysen. Som redan nämnts är min egen uppfattning att en skadeståndsrättslig analys bör utgå från situationen att någon orsakar någon annan en skada och där den skadelidande yrkar en särskild slags ersättning, skadestånd, för denna skada från just den person som orsakat skadan. Men att denna struktur är en lämplig utgångspunkt för analysen av skadeståndsrätten, och det som gör en skadeståndsrättslig undersökning till just en skadeståndsrättslig undersökning, innebär inte att inte andra rättsvetenskapliga utredningar av skador också kan vara intressanta, till exempel försäkringsrättsliga undersökningar avseende socialförsäkringarnas roll vid skador. Det är kanske främst vid sådana mer övergripande synsätt som de feministiska inslag som här diskuterats har en viktig roll.

För svenskt vidkommande är det uppenbart att kvinnliga erfarenheter länge varit osynliga i rättsbildningen när det gäller rättsordningens syn på skador. Ska-

ståndskrav mot ett stort företag, eller flera företag, i en tvist även om man tar hänsyn till de möjligheter som finns att få ekonomisk hjälp med rättegångskostnaderna. Därtill finns det naturligtvis psykologiska hinder som gör att det uppfattas som svårt att ta upp kampen med en Goliat i en rättegång.

⁷¹ Detta hävdas bland annat av Leslie Bender, se Leslie Bender, *Feminist Re(Torts): Thoughts on the Liability Crisis, Mass Torts, Power, and Responsibilities*, 1990 *Duke Law Journal*, s. 848 ff.

dor som traditionellt – och även fortfarande – drabbar män i oproportionerligt hög grad har prioriterats genom införandet av mer eller mindre obligatoriska försäkringar eller ersättningslösningar. Vissa skillnader har blivit betydligt mindre genom åren. Idag täcks således såväl kvinnor som män av trygghetsförsäkringar för arbetsskador, oavsett om de arbetar inom kvinno- eller mansdominerande yrken. Men viktiga skillnader återstår. Arbetsskadorna ger flera exempel. Fler kvinnor än män är fortfarande ”hemmafruar”, om än det vanligaste idag är att heltidshemmafrun blivit en deltidshemmafru, och i hemmet är man inte skyddad av någon trygghetsförsäkring. Kvinnor har därför ofta ett sämre skydd än män.

Detta är bara ett exempel på hur en intressant forskningsuppgift kan återfinnas i gränslandet mellan rättsdogmatik och rättssociologi som tar sitt avstamp i genusfrågeställningar, vilken ofta faller mellan olika stolar med de traditionella disciplinuppdelningarna.

5.2 Vad kan feminismen göra för skadeståndsrätten?

Redan av den ovanstående genomgången av olika feministiska perspektiv på skadeståndsrätten framgår att utanförperspektiv,⁷² som exempelvis kan tillföras av feministisk teori, är berikande för den skadeståndsrättsliga analysen. Det feministiska perspektivet är tvärvetenskapligt och tvärdisciplinärt. Genom dessa nya frågeställningar och nya metoder ges en djupare bild av skadeståndsrätten. Riskerna för att exempelvis vissa frågor skall hamna mellan två ”stolar”, att de inte riktigt passar in i vare sig skadeståndsrättsliga analysen eller inom andra discipliner, minskar härmed. Utanförperspektiven bör rymmas inom ramen för den traditionella behandlingen av skadeståndsrätten. Det är exempelvis rimligt att även sådana perspektiv tas upp inom undervisning i skadeståndsrätt på grundnivå,⁷³ i läroböcker⁷⁴ samt i rättsbildande sammanhang. Min egen uppfattning är att dessa utanförperspektiv inom utbildningen eller i litteraturen inte är något som skall hänföras till ämnen som allmän rättslära eller juridisk metod eller liknande. En feministisk analys av skadeståndsrätten är en skadeståndsrättslig analys och en feministisk analys av straffrätten är en straffrättslig

⁷² Se angående uttrycket ”utanförperspektiv” ovan vid n. 6.

⁷³ Angående feministiska perspektiv i undervisningssammanhang berörs detta bland annat i Lucinda Finley, *A Break in the Silence: Including Women's Issues in a Tort Course*, 1 *Yale Journal of Law and Feminism*, s. 41 ff. (1989).

⁷⁴ I den amerikanska debatten så har just frånvaron av feministiska perspektiv i skadeståndsrättsliga läroböcker gett upphov till en diskussion om huruvida det behövs särskilda feministiska framställningar i skadeståndsrätt. Som ett exempel kan nämnas Carl Tobias, som har argumenterat för att en feministisk casebook bör tas fram, se Carl Tobias, *The Case for a Feminist Torts Casebook*, 38 *Villanova Law Review*, s. 1517 ff. (1993). Se även Leslie Bender, *An Overview of Feminist Torts Scholarship*, 78 *Cornell Law Review*, s. 575 ff, på s. 596 (1993)

analys. Sådana perspektiv måste också få plats i de traditionella disciplinerna. En annan sak är att det av praktiska skäl inte går att hinna med *samtliga* möjliga infallsvinklar inom varje enskilt ämne på till exempel juristlinjens grundutbildning. Men det är ett rimligt krav även inom denna del av utbildningen att de etablerade utanförperspektiven, som de genusorienterade, rättsekonomiska eller filosofiska (beroende på ämnet) åtminstone tas upp till viss behandling.⁷⁵

5.3 Vad kan skadeståndsrätten göra för feminismen?

Det har ovan nämnts i ett flertal sammanhang att de som analyserat skadeståndsrätten ur en feministisk synvinkel ofta inte gör en skillnad mellan att undersöka och att kritisera samt förorda förändringar av rätten. En integrerad del i den feministiska analysen är således att hitta strategier för förändring av rättssystemet. Ett sätt att uttrycka detta är att hitta strategier för att synliggöra och motverka det strukturella, patriarkala förtrycket som det kommer till uttryck inom olika delar av rättssystemet. ”The primary task of feminist scholars is to awaken women and men to insidious ways in which patriarchy distorts all our lives. [...] Feminism rejects patriarchy in order to construct a world in which every person is empowered rather than one in which some people are overpowered.”⁷⁶ Enligt min mening kan sådana förändringsstrategier mycket väl vara legitima även utan den teoretiska överbyggnaden i teorier om patriarkatet. I den mån könsbaserade snedvridningar kan påvisas inom skadeståndsrätten – och det kan det – är det en legitim uppgift för forskare att föreslå strategier för hur denna situation skall gå att förändra.

Skadeståndsrätten framstår allmänt sett som ett användbart verktyg för att driva rättspolitiska frågor. Den rättspolitiska argumentationen har alltid legat nära den rättsdogmatiska på skadeståndsrättens område, eftersom de skadeståndsrättsliga grundbegreppen lämnar tämligen stort svängrum för olika ställ-

⁷⁵ En personlig reflexion utifrån verksamheten vid Stockholms universitet: Om man jämför utbildningen på juristlinjen med andra samhällsvetenskapliga utbildningar är det frapperande att exempelvis genusperspektivet inte över huvud taget tas upp inom ramen för de materiella studierna, medan det inom andra ämnen anses höra till de allra mest grundläggande infallsvinklarna. Läser man grundkursen i statsvetenskap i Stockholm ingår en lärobok i feministisk politisk teori i litteraturlistan redan på de första fem poängen av kursen. Liknande iakttagelser kan göras vad gäller andra ämnen som har beröringspunkter med juridiken, exempelvis förekommer genusperspektiv redan på grundkurserna i sociologi, företagsekonomi och kriminologi. På juristlinjen kan man fortfarande läsa åtminstone sex terminer innan man hör ordet ”genus” och jag tror att vissa går igenom hela linjen utan att ha kommit i kontakt med det. Det är ju egentligen oerhört märkligt med tanke på hur mycket intressant litteratur det finns i ämnet. Det går inte heller att förklara med att juristlinjen skall vara en yrkesutbildning. Även yrkesverksamma jurister måste väl rimligtvis ges någon uppfattning om olika perspektiv på hur arbetsredskapen kan förstås.

⁷⁶ Leslie Bender, *A Lawyer's Primer on Feminist Theory and Tort*, 38 *Journal of Legal Education*, s. 3 ff., på s. 8 f. (1988).

ningstaganden i den enskilda situationen. Utrymmet för att låta skadeståndsrätten fylla andra funktioner än de traditionella ökar dessutom genom skadeståndsrättens expandering, eller, som det ibland kallas, amerikanisering. Att skadeståndsrätten på detta sätt vidgas behöver inte vara något negativt även för den som är skeptisk mot mer vidlyftiga skadeståndsrättsordningar (som de amerikanska). I ett senmodernt samhälle där de stora lösningarna i hög grad övergetts kan skadeståndsrätten exempelvis få en allt viktigare *socialskyddsfunktion*.⁷⁷

Genom skadeståndsrättens öppenhet för rättspolitisk argumentation ges förhållandevis stora möjligheter för juridisk aktivism. Skadeståndsrätten kan därför fungera som ett verktyg för att få upp feministiska frågor på "agendan". Så har skadeståndsrätten också använts i USA. Till exempel har skadeståndskrav med anledning av sexuella trakasserier på arbetsplatser riktats mot arbetsgivare. Problematiken har därmed uppmärksamats. Även i Sverige kan skadeståndsrätten användas för aktivistiska syften motiverade av feministiska tankegångar. Om det sedan är en legitim användning av de juridiska verktygen beror på hur de i praktiken sätts i användning.

Mårten Schultz

⁷⁷ Se vidare Thomas Wilhelmsson, *Senmodern ansvars rätt*, Uppsala 2001, främst kap. 6.